

Nachschlagewerk: ja

BGHSt : ja

Veröffentlichung : ja

StGB §§ 27, 271

AufenthG § 95

1. Der Annahme einer Beihilfe (§ 27 StGB) zum unerlaubten Aufenthalt eines Ausländers nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG durch tätige Hilfeleistung steht es nicht entgegen, dass der Haupttäter auch ungeachtet der Hilfeleistung zur Fortsetzung des unerlaubten Aufenthalts entschlossen ist.
2. Die Bescheinigung nach § 60a Abs. 4 in Verbindung mit § 78 Abs. 7 Satz 1, 2, Abs. 6 AufenthG, auch in Verbindung mit § 63 Abs. 5 AsylVfG, ist hinsichtlich der Personalangaben jedenfalls dann keine öffentliche Urkunde im Sinne des § 271 StGB, wenn die Verwaltungsbehörde den Hinweis in die Urkunde aufnimmt, dass die Personalangaben auf den eigenen Angaben des Ausländers beruhen (§ 78 Abs. 6 Satz 2 Nr. 10 AufenthG).
3. Die Sonderregelung des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG konsumiert den allgemeinen Tatbestand der mittelbaren Falschbeurkundung (§ 271 Abs. 1, 2 StGB).



5 StR 266/09

# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

vom 2. September 2009  
in der Strafsache  
gegen

wegen mittelbarer Falschbeurkundung u. a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 2. September 2009 beschlossen:

Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Berlin vom 15. Januar 2009 wird mit der Maßgabe als unbegründet nach § 349 Abs. 2 StPO verworfen, dass der Angeklagte im Fall 2 der Urteilsgründe wegen Erschleichens einer Duldung nach § 95 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG verurteilt ist.

Der Beschwerdeführer hat die Kosten des Rechtsmittels zu tragen.

### G r ü n d e

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt eines Ausländers und wegen mittelbarer Falschbeurkundung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Monaten verurteilt. Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten führt mit der Sachrüge zu einer Änderung des Schuldspruchs für Fall 2 der Urteilsgründe. Im Übrigen ist sie unbegründet nach § 349 Abs. 2 StPO.
- 2 1. Der Schuldspruch wegen Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG, § 27 StGB ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.
- 3 a) Dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe kann hinreichend deutlich entnommen werden, dass sich der Haupttäter, der vietnamesische Staatsangehörige B. , im Tatzeitraum unerlaubt in Deutschland aufgehalten hat.

- 4           aa) B. war zuvor illegal nach Deutschland geschleust worden, ohne dass er den Ausländerbehörden seine Einreise oder seinen Aufenthalt offenbart hatte. Deswegen konnte ihm keine Duldung (§ 60a AufenthG) erteilt werden. Die Frage eines die Erfüllung des Tatbestands ausschließenden hypothetischen Duldungsanspruchs (hierzu BVerfG – Kammer – NStZ 2003, 488, 489) stellt sich mithin nicht (BGHR AuslG § 92 Unerlaubter Aufenthalt 4 m.w.N.). Das Inkrafttreten des Aufenthaltsgesetzes hat insoweit keine Änderung herbeigeführt (vgl. Mosbacher in GK-AufenthG § 95 Rdn. 73).
- 5           bb) Umstände, nach denen dem B. die Ausreise unmöglich oder unzumutbar gewesen sein könnte, hat das Landgericht nicht festgestellt. Jedenfalls solche der Ausreise entgegenstehenden tatsächlichen oder rechtlichen Hindernisse, die mit der illegalen Einreise typischerweise verbunden sind (z. B. Passlosigkeit, Nichtaufnahme durch einen anderen Staat wegen ungeklärter Identität), würden der Annahme einer rechtswidrigen Haupttat auch nicht widerstreiten. Dabei muss nicht entschieden werden, ob Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit schon deswegen nicht gegeben ist, weil dem „untergetauchten“ Ausländer stets ein „Auftauchen“ zum Zweck der Erlangung einer Duldung möglich und zumutbar ist (BGH StV 2005, 24, 26; krit. Mosbacher aaO § 95 Rdn. 80 ff.). Denn unter dem Blickwinkel der sogenannten *omissio libera in causa* (vgl. BGHSt 47, 318, 320 f.; BGH, Beschluss vom 9. Juni 2008 – 5 StR 98/08; Weigend in LK 12. Aufl. § 13 Rdn. 67) ist dem illegal eingereisten Täter insoweit die Berufung auf eine etwaige Handlungsunfähigkeit oder Unzumutbarkeit versagt (vgl. OLG Frankfurt NStZ-RR 2001, 57, 59). Ob für „atypische“ Hinderungsgründe, wie etwa eine die Ausreise unmöglich machende schwere Erkrankung, anderes zu gelten hätte, muss der Senat nicht entscheiden; Anhaltspunkte für deren Vorliegen sind nach den Urteilsgründen nicht vorhanden.
- 6           b) Die Bewertung des Tatgerichts, der Angeklagte habe dem B. im Sinne des § 27 StGB Hilfe geleistet, ist frei von Rechtsfehlern.

- 7           aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist grundsätzlich jede Handlung als Hilfeleistung anzusehen, die die Herbeiführung des Taterfolgs durch den Haupttäter objektiv fördert oder erleichtert; dass sie für den Eintritt des Erfolgs in seinem konkreten Gepräge kausal wird, ist nicht erforderlich (BGH NJW 2007, 384, 388 m.w.N., insoweit in BGHSt 51, 144 nicht abgedruckt; BGH NJW 2008, 1460, 1461). Anders liegt es nur, wenn der Beihilfehandlung jede Eignung zur Förderung der Haupttat fehlt oder sie erkennbar nutzlos für das Gelingen der Tat ist (BGH NJW 2008, 1460, 1461; vgl. auch BGH StV 1996, 87).
- 8           bb) Nach diesen Grundsätzen ist die vom Angeklagten entfaltete Tätigkeit als Beihilfe zu werten. Er hat den B. beherbergt und dessen Lebensunterhalt gewährleistet. Es liegt auf der Hand, dass er hierdurch die Verletzung der Ausreisepflicht durch diesen objektiv gefördert und erleichtert hat (vgl. König NJW 2002, 1623, 1624). Allerdings hat das Landgericht – worauf der Generalbundesanwalt in seiner Antragsschrift zutreffend hinweist – nicht festgestellt, ob B. auch ohne die Hilfeleistung des Angeklagten zur Fortsetzung des unerlaubten Aufenthalts entschlossen gewesen wäre. Jedoch ließe eine solche Willenshaltung des B. entgegen einer in der Rechtsprechung vertretenen Auffassung (BayObLG NStZ 1999, 627; NJW 2002, 1663; OLG Düsseldorf StV 2002, 312; KG NStZ 2006, 530) die Strafbarkeit des Angeklagten nicht entfallen. Denn nach allgemeinen Regeln, die auch beim Dauerdelikt keine Änderung erfahren (vgl. BGH NStZ 2004, 44, 45), muss die Hilfeleistung nicht *conditio sine qua non* für die Fortsetzung des unerlaubten Aufenthalts sein (vgl. OLG Köln NStZ-RR 2003, 184; OLG Frankfurt NStZ-RR 2005, 184, 186; König NJW 2002, 1623, 1624 f.; ebenso Fischer, StGB 56. Aufl. § 27 Rdn. 8; siehe auch BayObLG, Beschlüsse vom 22. November 2004 – 4 St RR 179/04 – und vom 20. Dezember 2004 – 4 St RR 184/04). Ein Fall der psychischen Beihilfe, der bei fest entschlossenen Haupttätern besonders sorgfältiger Prüfung bedürfte (vgl. etwa BGHSt 46, 107, 115), liegt nicht vor, weil der Angeklagte den B. durch tätige Hilfe

unterstützt hat. Eines ausdrücklichen Eingehens auf das Vorstellungsbild des B. durch das Landgericht bedurfte es nach alledem nicht.

9 cc) Soweit der Bundesgerichtshof eine Ausnahme für den Fall erwogen hat, dass der Gehilfe dem Haupttäter eine Unterbringung in menschenunwürdigen Verhältnissen ersparen will (BGH NJW 1990, 2207, 2208), ist vorliegend nicht ersichtlich, dass sich der Angeklagte von derartigen Motiven hat leiten lassen.

10 c) Der Angeklagte hat den B. zugleich möglicherweise dabei unterstützt oder ihn dazu verleitet, unter der Angabe eines falschen Geburtsdatums einen Asylantrag zu stellen (UA S. 5). Es beschwert den Angeklagten nicht, dass das Landgericht die Prüfung unterlassen hat, ob er sich deswegen der Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung nach § 84 Abs. 1 AsylVfG schuldig gemacht hat.

11 2. Nach den Feststellungen hat der Angeklagte im Fall 2 der Urteilsgründe am 28. August 2007 eine vorübergehende Aussetzung der Abschiebung (Duldung) im Sinne des § 60a AufenthG beantragt und dabei einen falschen Namen, ein falsches Geburtsdatum sowie einen falschen Geburtsort angegeben. Seine Angaben wurden in die Bescheinigung nach § 60a Abs. 4, § 78 Abs. 7 AufenthG übernommen. Mit dieser Urkunde wies er sich gegenüber zwei Polizeibeamten aus.

12 a) Mit Recht beanstandet die Revision, dass das Landgericht den Angeklagten hierfür wegen mittelbarer Falschbeurkundung (§ 271 StGB) verurteilt hat.

13 aa) Die Bescheinigung über die Duldung (§ 60a Abs. 4, § 78 Abs. 7 Satz 1, 2 i.V.m. Abs. 6 AufenthG) entfaltet nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus (Terrorismusbekämpfungsgesetz) vom 9. Januar 2002 (BGBl I S. 361, 3142) am 1. Januar 2002 hin-

sichtlich der Personalangaben des Antragstellers jedenfalls nicht mehr uneingeschränkt die nach § 271 StGB erforderliche Beweiskraft für und gegen jedermann. Das Gleiche gilt für die Bescheinigung über die vom Landgericht angesprochene Aufenthaltsgestattung nach §§ 63, 64 AsylVfG.

14 (1) Es unterliegt freilich keinem Zweifel, dass die genannten Bescheinigungen als solche öffentliche Urkunden darstellen (BGHSt 42, 131). Dem entspricht § 276a StGB, der Aufenthaltstitel und Duldungen für die Anwendung der §§ 275, 276 StGB amtlichen Ausweisen gleichstellt. Indessen muss nicht jede der in einer öffentlichen Urkunde enthaltenen Angaben öffentlichen Glauben im Sinne des § 271 StGB genießen. Die Frage der Beweiskraft ist vielmehr – unter Anlegung eines strengen Maßstabs – für die jeweils betroffenen Angaben anhand der für die Errichtung und den Zweck der Urkunde maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen, aber auch nach der Verkehrsanschauung zu prüfen (BGHSt – GS – 22, 201, 203; BGHSt 42, 131; BGH NJW 1996, 470).

15 (2) § 78 Abs. 7 Satz 2, Abs. 6 Satz 2 Nr. 10 AufenthG, auch i.V.m. § 63 Abs. 5 AsylVfG, erlaubt es den Behörden, in die genannten Bescheinigungen den Hinweis aufzunehmen, dass die Personalangaben auf den eigenen Angaben des Ausländers beruhen. Mit diesen Regelungen hat der Gesetzgeber einen – von der Bundesregierung unterstützten (BT-Drucks 14/7754 S. 3) – Vorschlag des Bundesrates aufgegriffen. Der Vorschlag war damit begründet, dass gerade „bei Duldungsinhabern, bei denen die Personalien häufig nur auf eigenen Angaben“ beruhen, „die Anmerkung ‚Identität nicht nachgewiesen‘ möglich sein“ müsse (BT-Drucks 14/7727 S. 9; zu § 39 Abs. 1 Satz 3 AuslG a.F.).

16 Wird der Hinweis nach § 78 Abs. 6 Satz 2 Nr. 10 AufenthG in die Bescheinigung aufgenommen, so ist hierdurch für den Rechtsverkehr unmissverständlich klargestellt, dass sich die Urkunde hinsichtlich der Personalangaben keine Beweiskraft beimisst (OLG Karlsruhe StV 2009, 133; OLG

Naumburg StV 2007, 134; KG NStZ 2009, 448; siehe auch OLG Stuttgart NStZ-RR 2008, 155). Für diesen Fall scheidet auch eine Strafbarkeit nach § 271 StGB aus.

17           bb) Ob die dem Angeklagten ausgestellte Duldungsbescheinigung den bezeichneten Hinweis enthält, hat das Landgericht nicht festgestellt. Jedoch kommt es darauf nicht maßgebend an. Dabei muss der Senat nicht entscheiden, ob es der für § 271 StGB erforderlichen Beweiskraft auch in Fällen ermangelt, in denen die Personalangaben zwar ausschließlich auf den Mitteilungen des Antragstellers beruhen, die Behörde den Hinweis nach § 78 Abs. 6 Satz 2 Nr. 10 AufenthG aber gleichwohl unterlassen hat (vgl. OLG Karlsruhe StV 2009, 133), oder ob die gesetzlich vorgegebene Hinweismöglichkeit die Beweiskraft der relevanten Personalangaben gar generell in Frage zu stellen vermag. Denn der Gesetzgeber hat in Bezug auf Falschangaben im ausländerrechtlichen Verfahren und den Gebrauch hierdurch erschlichener Bescheinigungen durch § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG eine Sonderregelung geschaffen, die die allgemeine Vorschrift des § 271 Abs. 1, 2 StGB konsumiert.

18           (1) § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG stellt denjenigen unter Strafe, der unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen einen Aufenthaltstitel oder eine Duldung zu beschaffen oder eine so beschaffte Urkunde wissentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht. Die Strafvorschrift will das ausländerrechtliche Verwaltungsverfahren im Interesse materiell richtiger Entscheidungen gegenüber Falschangaben absichern (vgl. OLG Karlsruhe NStZ-RR 2004, 376) und das Vertrauen des Rechtsverkehrs in die materielle Richtigkeit der Verwaltungsentscheidung schützen (BayObLG NStZ-RR 2000, 344, 345; Mosbacher aaO § 95 Rdn. 246; für § 95 Abs. 2 Nr. 2, 2. Alternative AufenthG auch Aurnhammer, Spezielles Ausländerstrafrecht 1996 S. 82, 147; a.M. Cantzler, Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit 2004 S. 117 ff.).

19 Um einen möglichst umfassenden Schutz zu gewährleisten, ist durch § 95 Abs. 2 Nr. 2, 1. Alternative AufenthG bereits die Unterbreitung unrichtiger oder unvollständiger Angaben unter Strafe gestellt. Zur Erteilung der Bescheinigung braucht es nicht zu kommen. Es müssen auch nicht gerade die falschen Angaben geeignet sein, die Ausstellung der Urkunde zu bewirken; vielmehr genügt es, wenn sie für das Verfahren allgemein von Bedeutung sind und damit grundsätzlich zur Verschaffung eines unrechtmäßigen Aufenthaltstitels bzw. einer Duldung führen können (vgl. BGH, Urteil vom 24. Oktober 2007 – 1 StR 189/07; OLG Karlsruhe Justiz 1998, 223, 224; NStZ-RR 2004, 376), die richtige Anwendung des materiellen Aufenthaltsrechts wegen der Falschangaben mithin abstrakt gefährdet ist (BayObLG NStZ-RR 2000, 344, 345; BayVGH, Beschluss vom 20. März 2008 – 19 C 08.22, 19 CS 08.21). Die betroffenen Angaben müssen keine erhöhte Beweiskraft entfalten (BayVGH aaO; Hailbronner, Ausländerrecht § 95 AufenthG Rdn. 94).

20 Aufgrund der in dieser Weise umfassend erfolgten Pönalisierung abstrakt gefährlicher Handlungen bereits im Vorfeld ausländerrechtlicher Entscheidungen (vgl. BGH NStZ 2007, 289) und der Strafbarkeit des Gebrauchs erschlichener Bescheinigungen ist in den hier relevanten Fällen in der Praxis keine Tat nach § 271 Abs. 1, 2 StGB ersichtlich, die nicht bereits von § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG erfasst wird. Wegen der in § 271 Abs. 1, 2 StGB nicht enthaltenen Erfordernisse absichtlichen Verhaltens in § 95 Abs. 2 Nr. 2, 1. Alternative AufenthG oder wissentlichen Urkundengebrauchs in § 95 Abs. 2 Nr. 2, 2. Alternative AufenthG kommen allein theoretisch Abweichungen in Betracht, welche der Annahme von Konsumtion nicht entgegenstehen.

21 (2) Es besteht auch kein Bedürfnis, eine zugleich mit dem Erschleichen des Aufenthaltstitels bzw. der Duldung verwirklichte mittelbare Falschbeurkundung im Schuldspruch eigenständig zum Ausdruck zu bringen. Der spezifische Unrechts- und Schuldgehalt der Erschleichung der Urkunden und des Urkundengebrauchs kommt in einer Verurteilung nach § 95 Abs. 2 Nr. 2

AufenthG hinreichend zum Ausdruck, ohne dass die Klarstellungsfunktion der Tateinheit die Ausurteilung einer Tat nach § 271 StGB erfordern würde (a.M. Fischer aaO § 271 Rdn. 19). Dem entspricht es, dass § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG denselben Strafraumen androht wie § 271 Abs. 1, 2 StGB. Letztlich korreliert auch der Schutzzweck des § 271 StGB (Vertrauen des Rechtsverkehrs in die Beweiskraft öffentlicher Urkunden; Zieschang in LK 12. Aufl. § 271 Rdn. 2) weitgehend mit dem des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG (Vertrauen des Rechtsverkehrs in die materielle Richtigkeit der ausländerrechtlichen Verwaltungsentscheidung).

22                    b) Der Angeklagte hat sich aufgrund der Falschangaben und des anschließenden Gebrauchs der hierdurch erlangten Duldungsbescheinigung nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG strafbar gemacht.

23                    aa) Er hat die Tat am 28. August 2007, mithin am Tag des Inkrafttretens des Gesetzes zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 19. August 2007 (BGBl I S. 1970) begangen, mit der die zuvor hinsichtlich des Erschleichens einer Duldung bestehende Strafbarkeitslücke behoben worden ist (vgl. Mosbacher in GK-AufenthG § 95 Rdn. 244 sowie BT-Drucks 16/5065 S. 199). Die von ihm gemachten Personalangaben waren geeignet, zur Erlangung einer unrechtmäßigen Duldung zu führen. Der Angeklagte hat die erlangte Urkunde durch Vorzeigen gegenüber zwei Polizeibeamten wissentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr eingesetzt. Dabei handelt es sich um eine Tat des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG (Mosbacher aaO § 95 Rdn. 263).

24                    bb) Der Senat berichtigt den Schuldspruch entsprechend. § 265 StPO steht nicht entgegen, weil sich der Angeklagte nicht anders als geschehen hätte verteidigen können. Die im Fall 2 der Urteilsgründe verhängte Einzel Freiheitsstrafe von vier Monaten und damit auch die Gesamtfreiheitsstrafe haben Bestand. Die Schuldspruchänderung lässt den Unrechts- und Schuldgehalt der Tat unberührt. Der Senat schließt aus, dass das Landgericht eine

niedrigere Einzelfreiheitsstrafe verhängt hätte, wenn es die Tat rechtlich zutreffend bewertet hätte.

Basdorf

Raum

Brause

Schneider

König