

§ 95 Abs.1 Nr.5 AufenthG kann als Auffangnorm strafbares Verhalten erfassen, das zur Tatzeit nach der mit Ablauf des 31. Dezember 2004 außer Kraft getretenen Vorschrift des § 92 Abs.2 Nr.2 AuslG strafbar war. Falsche Angaben zu den Personalien im Rahmen des Asylverfahrens reichen dazu jedoch nicht aus, selbst wenn die Ausländerbehörde diese ohne Nachfrage bei dem betroffenen Ausländer für ein sich an das Asylverfahren anschließendes ausländerrechtliches Verfahren übernimmt.

(Amtlicher Leitsatz)

(3) 1 Ss 410/08 (156/08)

KG Berlin

Beschluss vom 22.12.2009

T e n o r

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Berlin vom 6. August 2008 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung – auch über die Kosten der Revision – an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

G r ü n d e

Das Amtsgericht Tiergarten in Berlin hat den Angeklagten wegen Betruges und mittelbarer Falschbeurkundung in Tateinheit mit einem Vergehen gegen § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zehn Monaten verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Auf die zulässig auf die Verurteilung wegen mittelbarer Falschbeurkundung in Tateinheit mit dem Vergehen gegen das Aufenthaltsgesetz beschränkte Berufung des Angeklagten hat das Landgericht das amtsgerichtliche Urteil dahingehend abgeändert, dass der Angeklagte wegen Betruges und wegen eines Vergehens nach § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von acht Monaten mit Strafaussetzung zur Bewährung verurteilt worden ist. Die dagegen gerichtete Revision des Angeklagten, mit der die Verletzung sachlichen Rechts gerügt wird, hat (vorläufigen) Erfolg.

Ausweislich der landgerichtlichen Feststellungen hat der Angeklagte nach illegaler Einreise nach Deutschland aus dem Abschiebegewahrsam heraus einen Asylantrag unter Angabe falscher Personalien gestellt. Nach Ablehnung des Asylantrages gelang es der Ausländer-

behörde wegen der falschen Personalien nicht, die für eine Abschiebung erforderlichen Papiere zu beschaffen. Aus diesem Grund erteilte das Landeseinwohneramt Berlin dem Angeklagten am 7. Januar 2004 eine Duldung und stellte ihm ein mit den falschen Personalien und dem Lichtbild des Angeklagten versehenes Ausweisersatzpapier aus.

Diese Feststellungen belegen ein strafbares Verhalten des Angeklagten nach § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG nicht. Der Senat teilt dabei die Auffassung der Strafkammer, dass allein diese Norm vorliegend Anwendung finden kann. Die zur Tatzeit geltende Strafvorschrift des § 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG ist mit Ablauf des 31. Dezember 2004 außer Kraft getreten. Die jetzt geltende Fassung des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG, die das dem Angeklagten vorgeworfene Erschleichen einer Duldung unter falschen Personalien unter Strafe stellt, ist jedoch erst am 1. November 2007 in Kraft getreten. Mithin kommt eine Strafbarkeit des Angeklagten nur nach der Auffangnorm des § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG in Betracht, deren Inkrafttreten sich an die Aufhebung der früheren Strafnorm des Ausländergesetzes unmittelbar anschloss.

Der Senat teilt nicht die von Mosbacher (Gemeinschaftskommentar zum Aufenthaltsgesetz, § 95 Rdn. 137) vertretene Auffassung, der die Anwendung dieser Vorschrift auf vor ihrem Inkrafttreten begangene Taten schon deswegen für unzulässig hält, weil eine verwaltungsakzessorische Strafbarkeit ohne Geltung der entsprechenden verwaltungsrechtlichen Handlungsnorm „ersichtlich absurd“ sei, eine Anwendung auf vor dem Inkrafttreten der Norm begangene Taten mit § 2 StGB nicht vereinbar sei und dem das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot aus Art 103 Abs. 2 GG entgegenstehe. Diese Ansicht verkennt Sinn und Zweck der Vorschrift des § 2 StGB. Maßgeblich ist dabei nicht die Wortwahl der neu in Kraft getretenen Vorschrift und deren eventuelle Bezugnahme auf andere Vorschriften des Gesetzes. Vielmehr ist bei der Prüfung, welche der Vorschriften als „mildere“ Anwendung findet und ob die Tat seit ihrer Begehung bis zum Erlass des Urteils ununterbrochen strafbar gewesen ist, der Straffall nach allen Richtungen unter die in Betracht kommenden Einzelbestimmungen sowohl des alten als auch des neuen Rechts zu subsumieren. Abzustellen ist danach auf die gesamte Rechtslage vor und nach der Gesetzesänderung (vgl. BGHSt 26, 167).

Die Urteilsgründe belegen allerdings eine Strafbarkeit des Angeklagten nach §§ 95 Abs. 1 Nr. 5, 49 Abs. 2 AufenthG nicht. Danach macht sich nur strafbar, wer entgegen § 49 Abs. 2 AufenthG eine Angabe nicht, nicht richtig oder nicht vollständig macht. Nach § 49 Abs. 2 AufenthG ist jeder Ausländer verpflichtet, den mit dem Vollzug des Ausländerrechts betrau-

ten Behörden auf Verlangen die erforderlichen Angaben zu seinem Alter, seiner Identität und Staatsangehörigkeit zu machen.

Damit stellt die Norm nur die unrichtigen Angaben unter Strafe, die auf Verlangen der Ausländerbehörde dieser gegenüber gemacht werden. Eine solche Aufforderung an den Angeklagten ist den Urteilsfeststellungen ebenso wenig zu entnehmen wie falsche Angaben des Angeklagten gegenüber der Ausländerbehörde. Die Feststellungen weisen lediglich aus, dass der Angeklagte im Rahmen des Asylverfahrens falsche Angaben zu seinen Personalien gemacht hat. Dieses Verhalten erfüllt jedoch keinen Straftatbestand. Die asylrechtliche Aufenthaltsgestattung ist kein Aufenthaltstitel im Sinne des Ausländergesetzes (vgl. Hailbronner, Ausländerrecht, § 95 AufenthG Rdn. 63 m.N.). Der Gesetzgeber hat bewusst von einer Strafandrohung für das Erschleichen der Asylanerkennung sowohl im Asylverfahrensgesetz als auch im Ausländerrecht abgesehen (vgl. KG, Urteil vom 15. Dezember 2008 – (4) 1 Ss 284/08 (222/08) – m.w.N. - juris Rdn. 6). Falsche Angaben eines Ausländers gegenüber der Asylbehörde erfüllen daher als solche den Tatbestand des § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG nicht, auch wenn die Ausländerbehörde diese ohne Nachfrage bei dem betroffenen Ausländer für ein sich an das Asylverfahren anschließendes ausländerrechtliches Verfahren übernimmt.

Der Tatbestand ist vielmehr nur dann erfüllt, wenn gegenüber den mit dem Vollzug des Ausländerrechts betrauten Behörden innerhalb deren Zuständigkeit nach § 71 AufenthG falsche oder unvollständige Angaben im Sinne von § 49 AufenthG gemacht werden (vgl. OLG Celle, Urteil vom 14. Februar 2007 – 21 Ss 84/06 – in Juris).

Der neue Tatrichter wird daher zu prüfen haben, ob der Angeklagte die unzutreffenden Angaben über seine Personalien auch gegenüber der Ausländerbehörde wiederholt hat.