



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

4 ARs 14/19

vom
4. Dezember 2019
in der Strafsache
gegen

wegen Betrugs u.a.

hier: Anfragebeschluss des 5. Strafsenats vom 8. Mai 2019 (5 StR 146/19)

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 4. Dezember 2019 gemäß § 132 Abs. 3 Satz 3 GVG beschlossen:

Der Senat stimmt dem im Tenor des Anfragebeschlusses des 5. Strafsenats vom 8. Mai 2019 formulierten Rechtssatz unter Aufgabe eigener entgegenstehender Rechtsprechung zu.

Gründe:

- 1 1. Der 5. Strafsenat hat über die Revision des Angeklagten zu entscheiden, der in 38 Fällen wegen Betrugs, teilweise in Tateinheit begangen mit anderen Straftaten, unter anderem mit Missbrauch von Ausweispapieren gemäß § 281 Abs. 1 StGB, zu Freiheitsstrafe verurteilt wurde. Soweit ein tateinheitlicher Schuldspruch wegen Missbrauchs von Ausweispapieren erfolgt ist, war der Angeklagte in drei Fällen als Verkäufer hochpreisiger Armbanduhren im Online-Handel unter dem Namen einer tatsächlich existierenden Person aufgetreten und hatte dem späteren Käufer zur Täuschung über seine Identität digitale Lichtbilddateien des (deutschen) Personalausweises der betreffenden Person übersandt. In zwei weiteren Fällen ging der Angeklagte beim Abschluss von Kaufverträgen über Mobiltelefone in gleicher Weise vor, indem er dem Käufer eine Kopie bzw. eine Bilddatei einer echten rumänischen Identitätskarte vorlegte.

- 2 Der 5. Strafsenat erachtet in allen fünf Fällen den Straftatbestand des § 281 Abs. 1 Satz 1 StGB als erfüllt, da der Angeklagte durch Vorlage einer di-

gitalen Bilddatei bzw. einer Kopie des Dokuments jeweils ein für eine andere Person ausgestellttes Ausweispapier gebraucht habe, um seinen Vertragspartner zu einem rechtserheblichen Verhalten zu veranlassen.

3 Der 5. Strafsenat beabsichtigt zu entscheiden:

4 „Auch durch Vorlage einer Kopie oder elektronische Übersendung des Bildes eines echten Ausweises kann ein Ausweispapier im Sinne von § 281 Abs. 1 Satz 1 StGB zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht werden.“

5 2. Der beabsichtigten Entscheidung des 5. Strafsenats steht die bisherige Rechtsprechung des 4. Strafsenats entgegen:

6 Nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats kann derjenige, der eine unbeglaubigte Fotokopie eines Ausweispapiers oder einer einem Ausweispapier gleichgestellten Urkunde zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht, nicht wegen (vollendeten) Ausweismissbrauchs gemäß § 281 StGB bestraft werden (BGH, Urteil vom 4. September 1964 – 4 StR 324/64, BGHSt 20, 17). Zur Begründung hat der Senat darauf verwiesen, dass § 281 StGB in beiden Absätzen nur den Missbrauch der Urschrift, nicht aber denjenigen von Surrogaten unter Strafe stelle. Den Erwägungen des Reichsgerichts in dessen Urteil vom 17. Juni 1935 (3 D 420/35, RGSt 69, 228), ein Gebrauchmachen von einer Urkunde im Sinne des § 267 StGB aF liege auch dann vor, wenn der Täter die Urkunde dem zu Täuschenden nicht in Urschrift, sondern nur durch eine Fotografie zur „sinnlichen Wahrnehmung“ bringe, sei für die Vorschrift des § 281 StGB nicht beizutreten, „weil sie das gesetzliche Erfordernis des Gebrauchmachens von der Urschrift aufweichen und ins Gegenteil verkehren“ (BGH, Urteil vom 4. September 1964 – 4 StR 324/64, BGHSt 20, 17, 18).

7 3. An dieser Rechtsprechung, der sich das Schrifttum überwiegend angeschlossen hat (vgl. etwa MüKo-StGB/Erb, 3. Aufl., § 281 Rn. 8; Lackner/Kühl/Heger, 29. Aufl., § 281 Rn. 3; Schönke/Schröder/Heine/Schuster, StGB, 30. Aufl., § 281 Rn. 5; NK-StGB/Puppe/Schumann, 5. Aufl., § 281 Rn. 7; SSW-StGB/Wittig, 4. Aufl., § 281 Rn. 6; LK-StGB/Zieschang, 12. Aufl., § 281 Rn. 9), hält der Senat nicht mehr fest.

8 a) Zwar folgt der Senat den rechtlichen Erwägungen des 5. Strafsenats in dessen Anfragebeschluss vom 8. Mai 2019 nicht uneingeschränkt.

9 So teilt der Senat nicht die Erwägung im Anfragebeschluss, für eine einheitliche Auslegung des Merkmals „Gebrauchen“ in § 281 Abs. 1 und § 267 Abs. 1 StGB spreche auch, dass der Gesetzgeber bei der Reform des Passwesens durch das Gesetz zur Förderung des elektronischen Identitätsnachweises vom 7. Juli 2017 (BGBl. I S. 2310) durch die Vorschriften des § 18 Abs. 3 PassG und des § 20 Abs. 2 PAuswG das Ablichten von Pässen und Personalausweisen erstmals ausdrücklich erlaubt und zur Begründung hierfür auf das Interesse des Rechtsverkehrs an der Verwendung fotokopierter, fotografiertes oder eingescannter Ausweise verwiesen habe.

10 Der Senat erachtet demgegenüber diese Änderungen des PassG und des PAuswG nicht als tragfähiges Argument für die vom 5. Strafsenat beabsichtigte Änderung der Rechtsprechung zur Tatbestandsmäßigkeit des Gebrauchs eines Ausweispapiers im Sinne des § 281 Abs. 1 StGB.

11 aa) Ausweislich der Materialien zum Gesetz zur Förderung des elektronischen Identitätsnachweises ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass sich das Verbot des Scannens, Ablichtens und Fotografieren des Personalauswei-

ses gemäß § 20 Abs. 2 PAuswG aF als „nicht praxisgerecht erwiesen“ habe, weil im behördlichen wie im privaten Rechtsverkehr ein berechtigtes Bedürfnis für das Kopieren des Personalausweises bestehen könne (vgl. BT-Drucks. 18/11279, S. 27). Damit hat der Gesetzgeber lediglich anerkannt, dass ein Bedürfnis für das Anfertigen einer solchen Kopie bestehen kann. Hieraus folgt jedoch nicht, dass es ihm darum ging, im Rechtsverkehr eine Kopie an die Stelle der Urschrift des Ausweispapiers treten zu lassen. Im Gegenteil hat der Gesetzgeber ausdrücklich betont, dass „das öffentliche Interesse an dem Personalausweis als einem verlässlichen, hoheitlichen Identifizierungsdokument zu wahren“ sei, und deshalb angeordnet, dass die Ablichtung „jederzeit als Kopie erkennbar sein“ müsse (BT-Drucks. 18/11279, S. 27).

12 bb) Auch der Rechtsverkehr verlangt zur Identifizierung einer Person jedenfalls in denjenigen Fällen, in denen der Identität der Person für das Rechtsgeschäft eine herausgehobene Bedeutung zukommt, unverändert die Vorlage der Urschrift des Ausweispapiers. Dies zeigt sich insbesondere bei notariell zu beurkundenden Rechtsgeschäften sowie Rechtsgeschäften im Anwendungsbereich des Geldwäschegesetzes.

13 So muss ein Notar bei einer Beurkundung gemäß § 10 Abs. 3 Satz 1 BeurkG in der Niederschrift vermerken, wie er sich Gewissheit über die Person der Beteiligten verschafft hat. Nach § 26 Abs. 1 Satz 1 DNot hat er diese Feststellung „mit besonderer Sorgfalt“ zu treffen. Dies setzt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs regelmäßig voraus, dass sich der Notar einen amtlichen Lichtbildausweis vorlegen lässt (vgl. BGH, Urteil vom 20. März 1956 – III ZR 11/55, DNotZ 1956, 502, 503; RGZ, 81, 125; 156, 82; Staudinger/Hertel, BGB, § 10 BeurkG Rn. 334; Grziwotz, MittBayNot 2019, 208).

- 14 Entsprechendes gilt im Anwendungsbereich des Geldwäschegesetzes. Gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 1 GwG zählt zu den allgemeinen Sorgfaltspflichten die Identifizierung des Vertragspartners. Sie muss anhand eines gültigen amtlichen Ausweises, der ein Lichtbild des Inhabers enthält und mit dem die Pass- und Ausweispflicht im Inland erfüllt wird (§ 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GwG), oder mit einem elektronischen Identitätsausweis nach § 18 PersAuswG erfolgen (§ 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GwG).
- 15 cc) Überdies verfängt der Hinweis auf das (bundesdeutsche) PassG sowie das PAuswG auch deshalb nicht, weil Ausweispapiere im Sinne des § 281 Abs. 1 Satz 1 StGB sämtliche Urkunden sind, die von einer Behörde oder einer Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, ausgestellt sind, um die Identität einer Person oder ihre persönlichen Verhältnisse zu beweisen (vgl. LK-Zieschang, 12. Aufl., § 281 Rn. 4 mwN). Neben deutschen Pässen und Personalausweisen gehören dazu auch die – im Sachverhalt des Anfragebeschlusses ebenfalls bedeutsamen – ausländischen Identitätspapiere; auf sie finden die Regelungen des deutschen PassG und PAuswG keine Anwendung.
- 16 b) Unbeschadet der vorstehenden Erwägungen zur unverändert bestehenden Bedeutung der Urschrift eines hoheitlichen Passes oder Personalausweises, die für eine eigenständige Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Gebrauchen“ im Sinne des § 281 Abs. 1 StGB sprechen könnte, teilt der Senat aber im Ergebnis die dem Anfragebeschluss zugrundeliegende Rechtsansicht des 5. Strafsenats, dass der Begriff des „Gebrauchens“ in § 281 Abs. 1 StGB ebenso wie in § 267 Abs. 1 StGB auszulegen ist, und gibt seine entgegenstehende bisherige Rechtsprechung auf.

17 Hierfür sind im Wesentlichen die folgenden Erwägungen maßgeblich:

18 aa) Wie im Anfragebeschluss näher ausgeführt ist, entspricht es der ständigen – allerdings im Schrifttum vielfach kritisierten (vgl. etwa MüKo-StGB/Erb, 3. Aufl., § 267 Rn. 198 ff.; SSW-StGB/Wittig, 4. Aufl., § 267 Rn. 81; LK-StGB/Zieschang, 12. Aufl., § 267 Rn. 120, 217; jeweils mwN) – Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Urkundenfälschung nach § 267 Abs. 1 StGB, dass von einer Urkunde auch durch Vorlage einer Kopie oder sonstigen Abbildung der Urkunde im Sinne von § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB Gebrauch gemacht werden kann, da auf diese Weise die sinnliche Wahrnehmung der abgebildeten Urkunde selbst ermöglicht wird (vgl. BGH, Urteile vom 30. November 1953 – 1 StR 318/53, BGHSt 5, 291, 292; vom 11. Mai 1971 – 1 StR 387/70, BGHSt 24, 140, 142; vom 23. September 2015 – 2 StR 434/14, NJW 2016, 884, 886). Diese bereits durch das Reichsgericht (vgl. RG, Urteil vom 17. Juni 1935 – 3 D 420/35, RGSt 69, 228) entwickelte und vom Bundesgerichtshof aufgegriffene Rechtsprechung diene dazu, Strafbarkeitslücken zu schließen, die durch die technischen Möglichkeiten, falsche Urkunden durch Abbildungen sinnlich wahrnehmbar zu machen, aufgetreten waren. Die Gefahr des Missbrauchs von Urkunden im Rechtsverkehr durch bildgebende Medien besteht im Zeitalter der Digitalisierung mehr denn je. Ein tragfähiger Anlass zur Aufgabe der ständigen Rechtsprechung zur (weiten) Auslegung des Tatbestandsmerkmals des Gebrauchs einer falschen oder verfälschten Urkunde im Sinne des § 267 Abs. 1 StGB besteht vor diesem Hintergrund nicht.

19 bb) Ausgehend von dieser Rechtsprechung zu § 267 Abs. 1 StGB vermag der Senat letztlich keine durchgreifende Rechtfertigung für eine unterschiedliche Auslegung des Merkmals „Gebrauchen“ in § 267 Abs. 1 StGB einerseits und § 281 Abs. 1 StGB andererseits zu erkennen.

20 (1) Das Senatsurteil vom 4. September 1964 (4 StR 324/64, BGHSt 20, 17) ist insoweit nicht ergiebig. Der Sache nach erschöpft es sich in einer kritischen Würdigung – und Ablehnung – der bereits zu dieser Zeit in der Rechtsprechung vorherrschenden weiten Auslegung des Merkmals „Gebrauchen“ in § 267 Abs. 1 StGB, ohne jedoch Besonderheiten des § 281 StGB aufzuzeigen, aufgrund derer eine unterschiedliche Auslegung geboten wäre. Zu einer Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen zur Klärung des Tatbestandsmerkmals „Gebrauchen“ sah sich der Senat seinerzeit nur deshalb nicht veranlasst, weil seine Entscheidung zu § 281 StGB und nicht zu § 267 StGB erging (vgl. BGH, Urteil vom 4. September 1964 – 4 StR 434/64, BGHSt 20, 17, 20; ebenso umgekehrt der 1. Strafsenat in seinem zu § 267 StGB ergangenen Urteil vom 12. Januar 1965 – 1 StR 480/64, NJW 1965, 642).

21 (2) Der Senat teilt die Auffassung des anfragenden 5. Strafsenats, dass bereits der insoweit gleichlautende Wortlaut beider Vorschriften dafür streitet, das Merkmal „Gebrauchen“ in § 281 Abs. 1 StGB ebenso wie in § 267 Abs. 1 StGB auszulegen (vgl. Rn. 19 des Anfragebeschlusses).

22 (3) Hinzu kommt, dass nicht alle von § 281 StGB erfassten Tatobjekte – neben den Ausweispapieren nach Absatz 1 der Vorschrift sind dies gemäß ihrem Absatz 2 Zeugnisse und andere Urkunden, die im Verkehr als Ausweis verwendet werden – bei ihrer Verwendung im Rechtsverkehr denselben strengen Maßstäben unterliegen.

23 Anders als bei der nur durch Vorlage der Urschrift eines hoheitlichen Passes oder Personalausweises möglichen eindeutigen Identifizierung einer bestimmten Person begnügt sich der Rechtsverkehr beim Nachweis bestimmter persönlicher Umstände oder Eigenschaften einer Person mit der Vorlage be-

glaubiger oder sogar unbeglaubigter Kopien. Dies gilt etwa für Schulzeugnisse, Taufscheine, Geburtsurkunden, Waffenbesitz- oder Lohnsteuerkarten (vgl. Schönke/Schröder/Heine/Schuster, StGB, 30. Aufl., § 281 Rn. 4; LK-StGB/Zieschang, 12. Aufl., § 281 Rn. 6; Lackner/Kühl/Heger, StGB, 29. Aufl., § 281 Rn. 2; Fischer, StGB, 67. Aufl., § 281 Rn. 2; enger MüKo-StGB/Erb, 3. Aufl., § 281 Rn. 5). Jedenfalls für die Verwendung von Zeugnissen und anderen Urkunden im Sinne des § 281 Abs. 2 StGB, die im Rechtsverkehr als Ausweis verwendet werden, wäre es vor diesem Hintergrund nicht gerechtfertigt, einem Betroffenen jeglichen strafrechtlichen Schutz abzusprechen, wenn er sich – entsprechend den zu § 267 Abs. 1 StGB entwickelten Grundsätzen der Rechtsprechung – auf eine ihm vom Täter vorgelegte Kopie verlässt.

24 Mit Blick auf den Schutzzweck der Norm erschiene es aber nicht sachgerecht, denselben Begriff des „Gebrauchens“ nicht nur im Verhältnis von § 281 Abs. 1 StGB zu § 267 Abs. 1 StGB, sondern sogar innerhalb der Vorschrift des § 281 StGB, namentlich im Verhältnis zu den von Absatz 2 erfassten Urkunden, unterschiedlich auszulegen.

25 (4) Zudem vermeidet eine einheitliche Auslegung des Merkmals des „Gebrauchens“ in § 267 StGB und § 281 StGB ansonsten nicht auflösbare Wertungswidersprüche. Es ließe sich kaum rechtfertigen, im Rahmen des Anwendungsbereichs des § 281 StGB einen Täter straflos zu stellen, der zu seiner Identifizierung im Rechtsverkehr lediglich die Kopie oder eine andere Abbildung eines echten Ausweises vorlegt, demgegenüber aber denjenigen, der zur Täuschung im Rechtsverkehr die Kopie oder Abbildung eines gefälschten Ausweises verwendet, gemäß § 267 StGB sogar aus einer mit deutlich höherer Strafandrohung versehenen Strafvorschrift zu bestrafen. In beiden Fällen vertraut der Rechtsverkehr jeweils nur auf die Kopie oder Abbildung eines Ausweisdo-

kuments – in dem einen Fall auf die Kopie eines gefälschten, im anderen Fall auf diejenige eines echten Ausweisdokuments. Weshalb sein Vertrauen in die Kopie oder Abbildung der Urkunde in dem einen Fall (§ 267 StGB) geschützt, im anderen Fall (§ 281 StGB) aber nicht schützenswert sein sollte, ließe sich schwerlich begründen.

26 (5) Schließlich steht, worauf der 5. Strafsenat zutreffend hinweist (vgl. Rn. 22 des Anfragebeschlusses), auch die Gesetzesentstehung einer einheitlichen Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Gebrauchen“ in § 267 Abs. 1 StGB und § 281 Abs. 1 StGB nicht entgegen.

Sost-Scheible

Roggenbuck

Quentin

Feilcke

Bartel