

HRRS-Nummer: HRRS 2005 Nr. 459

Bearbeiter: Ulf Buermeyer

Zitiervorschlag: BGH HRRS 2005 Nr. 459, Rn. X

BGH 2 StR 457/04 - Urteil vom 27. April 2005 (LG Darmstadt)

BGHSt 50, 105; unerlaubter Aufenthalt; verwaltungsakzessorischer Tatbestand; Aufenthaltsgenehmigung (Tatbestandswirkung); Visum; intertemporales Strafrecht (milderes Recht; Änderung des persönlichen Anwendungsbereichs); Schengener Durchführungsübereinkommen (Positivstaaten; Negativstaaten); Bestimmtheitsgrundsatz.

§ 92 Abs. 1 Nr. 1 und 6 AuslG; § 92 a Abs. 1 AuslG; § 95 Abs. 1 Nr. 2 und 3 AufenthG; § 96 Abs. 1 AufenthG; § 2 Abs. 1 und 3 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

Leitsätze

1. Bei der Prüfung, ob ein strafbares Verhalten im Sinne der §§ 92 Abs. 1 Nr. 1 und 6, 92 a Abs. 1 AuslG bzw. der §§ 95 Abs. 1 Nr. 2 und 3, 96 Abs. 1 AufenthG vorliegt, gebietet es das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG, allein auf eine formell wirksame Einreise- oder Aufenthaltsgenehmigung (Visum) abzustellen. Ausländerrechtlichen Erlaubnissen kommt daher in den verwaltungsakzessorischen Tatbeständen des Ausländergesetzes und des Aufenthaltsgesetzes Tatbestandswirkung zu. (BGHSt)

2. Das Bestimmtheitsgebot verlangt für Straftatbestände, die das Fehlen einer verwaltungsrechtlichen Erlaubnis vorsehen, einen eindeutigen Auslegungsmaßstab in Bezug auf ihre verwaltungsrechtlichen Vorgaben. Deshalb muss eine nach verwaltungsrechtlichen Vorschriften wirksam erteilte Aufenthaltsgenehmigung im Strafrecht grundsätzlich Tatbestandswirkung entfalten, auch wenn sie rechtsmissbräuchlich erlangt wurde. Etwas anders kann nur dort gelten, wo das Gesetz durch Täuschung, Drohung oder Bestechung erlangten Erlaubnissen die Wirksamkeit abspricht. (Bearbeiter)

3. Ändert sich der persönliche Anwendungsbereich eines Straftatbestands, so dass der Angeklagte nicht mehr zu dem mit Strafe bedrohten Personenkreis zählt, während der Gebotsgehalt der Norm im übrigen unverändert bleibt, so gilt § 2 Abs. 3 StGB nicht, so dass bereits begangene Verstöße des Angeklagten verfolgsbar bleiben. (Bearbeiter)

Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Darmstadt vom 7. Juni 2004

a) im Schuldspruch im Fall II. 7 der Urteilsgründe dahin neu gefaßt, daß der Angeklagte des unerlaubten Besitzes von Schußwaffen und von Munition schuldig ist,

b) mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben - in den Fällen II. 1 bis 3 der Urteilsgründe und - im Ausspruch über die Gesamtfreiheitsstrafe.

2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

3. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe

I.

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern in sechs Fällen ¹ (Einzelstrafen zwischen neun und zwölf Monaten) und wegen Verstoßes gegen das Waffengesetz (richtig: wegen unerlaubten Besitzes von Schußwaffen und von Munition; Einzelstrafe zwei Jahre) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von

drei Jahren und neun Monaten verurteilt.

Nach den Feststellungen vermietete der Angeklagte in den Jahren 2001 bis 2003 gegen Entgelt in einem von ihm selbst 2
angemieteten Anwesen in N. Zimmer an Ausländer aus Rußland, der Ukraine und Litauen. Dabei handelte es sich
vorwiegend um Personen, die - wie er wußte - allein mit dem Zweck eingereist waren, in Deutschland einer
Erwerbstätigkeit nachzugehen.

Unter den Ausländern befanden sich auch Frauen, die in Deutschland der Prostitution nachgehen wollten. Die 3
eingereisten Personen wurden meist durch Busfahrer, denen der Angeklagte seine Telefonnummer übergeben hatte,
an diesen vermittelt. Der Angeklagte sorgte dann gegen Bezahlung für Unterkunft und Unterhalt und half zum Teil den
Frauen auch bei der Aufnahme einer Tätigkeit als Prostituierte. Soweit die Anklage ihm in diesem Zusammenhang
tateinheitlich schweren Menschenhandel (§ 181 Abs. 1 Nr. 1 StGB aF) zur Last legte, ist das Landgericht nach § 154 a
Abs. 2 StPO verfahren.

Bei Bedarf kümmerte der Angeklagte sich gegen entsprechende Bezahlung ferner um die Verlängerung des Visums. 4

Im einzelnen hat das Landgericht folgende sechs Taten festgestellt. 5

In den Fällen II. 1 und 2 holte der Angeklagte die im November bzw. Oktober 2001 jeweils mit einem Touristenvisum 6
eingereisten russischen Staatsangehörigen N. und D. bzw. "Larissa" und "Tanja" (genauere Personalien konnten nicht
festgestellt werden) vom Bahnhof oder Bus ab und gewährte ihnen gegen Bezahlung Unterkunft. Die Frauen sollten der
Prostitution nachgehen, was "Larissa" und "Tanja" auch später taten. Die ebenfalls mit einem Touristenvisum im
Oktober 2001 eingereiste russische Staatsangehörige "Irina" arbeitete nicht als Prostituierte, sondern putzte und
kochte für die Mitbewohner des Anwesens in N. als Gegenleistung für die ihr vom Angeklagten gewährte Unterkunft (Fall
II. 3). Im Februar 2002 holte dieser die litauische Staatsangehörige G. K., die zur Arbeitsaufnahme in die
Bundesrepublik eingereist war, allerdings nicht über das für die beabsichtigte Arbeitsaufnahme erforderliche, mit
Zustimmung der Ausländerbehörde erteilte Visum verfügte, am Bahnhof in F. ab und ließ sie in dem Anwesen in N.
übernachten. Am nächsten Tag brachte er sie zurück nach F. und übergab sie drei unbekanntem Männern, die sie zu
ihrer Arbeitsstelle brachten, wo sie der Prostitution nachging. Der Angeklagte erhielt für seine "Unkosten" von G. K. 100
€ (Fall II. 4). Die mit einem Touristenvisum eingereiste russische Staatsangehörige A. D., die der Prostitution
nachgehen wollte, vermittelte der Angeklagte in ein Bordell und half ihr bei der Verlängerung ihres Visums. Dafür erhielt
er von A. D. mindestens 100 € (Fall II. 5). Die ebenfalls mit einem Touristenvisum eingereiste ukrainische
Staatsangehörige "Alona", die bereits in einem Bordell in L. tätig war, vermittelte er auf deren Wunsch in ein anderes
Bordell (Fall II. 6). Zwischenzeitlich wohnte die Frau im Anwesen in N. Zur Abdeckung der Unkosten des Angeklagten,
unter anderem für die Gewährung der Unterkunft, die Vermittlung in ein Bordell oder eine zuvor veranlaßte
Visumsverlängerung erhielt der Angeklagte 25 % der Prostitutionseinnahmen, insgesamt 827,80 €.

Nach den weiteren Feststellungen des Landgerichts verwahrte der Angeklagte in seiner Wohnung in N. eine 7
Schußwaffe Typ DoubleAction-Revolver, Marke Charter arms Corp., Modell Bulldog, Kal. 44 S & W Special, eine
russische Signalpistole, Modell cn 81, Kal. 26,5 mm, Nr. 245 sowie Patronen verschiedenen Kalibers (Fall II. 7).
Außerdem wurden in seiner Wohnung zwei Elektroschocker und Handschellen gefunden.

Das Landgericht ist der Ansicht, der Angeklagte habe sich wegen gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern in 8
sechs Fällen (Fälle II. 1 bis 6; § 92 Abs. 1 Nr. 1, § 92 a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 AuslG) sowie wegen unerlaubten
Besitzes von Schußwaffen und von Munition (Fall II. 7; § 52 Abs. 3 Nr. 2 Buchst. a und b WaffG) strafbar gemacht. Die
vom Angeklagten unterstützten Ausländer seien - was er wußte - ohne Aufenthaltserlaubnis in die Bundesrepublik
Deutschland eingereist und hätten sich dort auch ohne Aufenthaltserlaubnis aufgehalten, da sie zwar ein
Touristenvisum hatten, dieses aber angesichts ihrer bereits im Zeitpunkt der Einreise beabsichtigten Aufnahme einer
Erwerbstätigkeit nicht die erforderliche Aufenthaltsgenehmigung beinhaltete.

Im Fall II. 4 habe sich die litauische Staatsangehörige G. K. als "Positivstaaterin" mit der Arbeitsaufnahme wegen 9
unerlaubten Aufenthalts strafbar gemacht.

II.

Die gegen diese Entscheidung gerichtete Revision des Angeklagten hat mit der Sachrüge teilweise Erfolg. 10

Der Senat teilt nicht die Auffassung des Landgerichts hinsichtlich der Beurteilung der Strafbarkeit (§ 92 Abs. 1 Nr. 1 und 11
6 AuslG) der aus Rußland und der Ukraine mit einem Touristenvisum eingereisten Frauen. Damit entfällt auch die
Grundlage für eine Verurteilung des Angeklagten nach § 92 a Abs. 1 und 2 Nr. 1 AuslG. Denn diese Straftatbestände

knüpfen an die nach § 92 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 6 AusIG strafbare Handlung von Ausländern an. Nach § 92 a AusIG macht sich strafbar, wer einen anderen zu einer der in § 92 Abs. 1 AusIG aufgeführten Handlungen anstiftet oder ihm dazu Hilfe leistet.

Strafbares Verhalten im Sinne dieser Vorschrift setzt aber eine unerlaubte Einreise oder einen unerlaubten Aufenthalt voraus. Die Beantwortung der Frage, ob die Einreise oder der Aufenthalt eines Ausländers "unerlaubt" ist, ist auf der Grundlage der einschlägigen verwaltungsrechtlichen Vorschriften zu entscheiden. 12

Eine nach verwaltungsrechtlichen Regeln wirksam erlassene Erlaubnis entfaltet aber im Ausländerrecht, wie auch sonst bei verwaltungsakzessorischen Straftatbeständen Tatbestandswirkung (vgl. Franke in Franke/ Wienroeder, BtMG 2. Aufl. § 3 Rdn. 2; Steindorf, Waffenrecht 7. Aufl. Vor § 52 a Rdn. 34 f.). Mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG kommt es bei der Prüfung, ob ein strafbares Verhalten im Sinne der § 92 Abs. 1 Nr. 1 und 6, § 92 a Abs. 1 AusIG vorliegt, deshalb allein auf eine formell wirksame Einreise- oder Aufenthaltsgenehmigung an. 13

1. Die Verurteilung des Angeklagten wegen Einschleusens von Ausländern in den Fällen II. 1 bis 3 hat keinen Bestand, weil in diesen Fällen weder eine unerlaubte Einreise noch ein unerlaubter Aufenthalt der betroffenen Frauen in der Bundesrepublik gegeben war und der Angeklagte nach den bisherigen Feststellungen auch keine Tätigkeiten entfaltet hat, durch die der unerlaubte Aufenthalt der Frauen im Rahmen von § 92 a Abs. 1 AusIG gefördert wurde. 14

a) Das Landgericht hat der Verurteilung des Angeklagten aber zutreffend § 92 a Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, § 92 Abs. 1 Nr. 1 AusIG zugrunde gelegt. Das Ausländergesetz ist zwar mit Wirkung vom 1. Januar 2005 aufgehoben und durch das Aufenthaltsgesetz (AufenthG) ersetzt worden (vgl. Art. 15 Abs. 3 Nr. 1 Zuwanderungsgesetz - BGBl 2004 I 1950 ff.). Die Strafbarkeit des Angeklagten beurteilt sich jedoch weiterhin nach dem zur Tatzeit geltenden Recht, da § 96 Abs. 1 i.V.m. § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ebenfalls das Hilfeleisten zum unerlaubten Aufenthalt von Ausländern unter Strafe stellt und auch die Strafrahmen beider Vorschriften identisch sind (Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe). Das Aufenthaltsgesetz ist insoweit nicht milder als das Ausländergesetz, das deshalb anzuwenden ist (§ 2 Abs. 1 und 3 StGB). 15

b) Wegen Einschleusens von Ausländern machte sich gemäß § 92 a AusIG strafbar, wer einem anderen zu einem nach § 92 Abs. 1 Nr. 1 AusIG unerlaubten Aufenthalt Hilfe leistete. Tathandlung des § 92 Abs. 1 Nr. 1 AusIG ist das Verbleiben des Ausländers im Bundesgebiet nach der Einreise, ohne über die nach § 3 AusIG erforderliche Aufenthaltsgenehmigung oder eine Duldung nach § 55 AusIG zu verfügen. Auch die Frage der verwaltungsrechtlichen Genehmigungspflichtigkeit beurteilt sich nach dem zur Tatzeit geltenden Recht und damit nach dem Ausländergesetz (BGH, Beschl. vom 7. April 2005 - 2 StR 524/04). Nach der bisherigen Regelung bedurften diejenigen Ausländer keiner Aufenthaltsgenehmigung, die aufgrund von Rechtsvorschriften einreisen durften, die dem Ausländergesetz vorgingen (z.B. EU-Bürger) oder als Angehörige von Staaten, die ebenso wie die Bundesrepublik Deutschland dem Schengener Durchführungsübereinkommen beigetreten sind (sog. Positivstaaten), vom Erfordernis einer Aufenthaltsgenehmigung für Kurzaufenthalte befreit waren (vgl. § 3 Abs. 1 AusIG i.V.m. § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 12 Abs. 1 DVAusIG i.V.m. Art. 1 Abs. 2, Art. 4 Abs. 3 i.V.m. Anlage II EUVisaVO i.V.m. Art. 20 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 Buchst. a, c bis e des Schengener Durchführungsübereinkommens). 16

Angehörige aller anderen Staaten (sog. Negativstaaten) waren hingegen grundsätzlich visumpflichtig, d.h. sie mußten bei der Einreise im Besitz der gemäß § 58 Abs. 1 AusIG erforderlichen Aufenthaltsgenehmigung sein. Bei der vor der Einreise von einer Auslandsvertretung ausgestellten, auch als Visum bezeichneten, Aufenthaltsgenehmigung handelt es sich nur um eine besondere Form der Aufenthaltsgenehmigung. Fehlt diese, reist der Ausländer unerlaubt ein und hält sich regelmäßig auch unerlaubt im Bundesgebiet auf (BGH NSTZ 2001, 101; Westphal/Stoppa, Ausländerrecht für die Polizei 2. Aufl. [2001] S. 503). 17

c) Unerlaubt hält sich jedoch nur derjenige im Inland auf, der nicht über die "erforderliche" Aufenthaltsgenehmigung i.S. der §§ 3 Abs. 1, 58 Abs. 1 AusIG verfügt. Wann dies der Fall ist, ist in der strafrechtlichen Rechtsprechung, der verwaltungsrechtlichen Literatur und der obergerichtlichen Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte umstritten. 18

aa) Die Oberverwaltungsgerichte und die Mehrheit der ausländerrechtlichen Kommentarliteratur vertreten in Fortführung der Rechtsprechung zum Ausländergesetz 1965 einen materiell-rechtlichen Standpunkt. Danach ist die Einreise - und damit auch der sich daran anschließende Aufenthalt - eines mit einem Touristenvisum zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit eingereisten Ausländers unerlaubt, wenn die für den tatsächlichen Zweck erforderliche Aufenthaltsgenehmigung fehlt. Beabsichtigt ein Ausländer bereits bei der Einreise die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit, ist die im Sinne von § 58 Abs. 1 Nr. 1 AusIG "erforderliche Aufenthaltsgenehmigung" das für den angestrebten konkreten Aufenthaltswitz notwendige, mit Zustimmung der Ausländerbehörde gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2 DVAusIG erteilte Visum 19

(VGH Kassel EZAR 622 Nr. 20 [S. 4]; NVwZ-RR 1993, 213; InfAusIR 1993, 369; 1994, 349; 1996, 142 mit ablehnender Anmerkung Lüdke InfAusIR 1996, 276; OVG Münster InfAusIR 1991, 232; 1994, 138; DVBI 2001, 1007 = NVwZ-RR 2001, 538; Beschl. vom 24. Februar 1998 - 18 B 177/97 [S. 2]; OVG Schleswig InfAusIR 1992, 125 [zu § 69 Abs. 2 Nr. 1 AusIG]; VGH Mannheim InfAusIR 1993, 14, 15; OVG Hamburg EZAR 622 Nr. 12; VG Darmstadt InfAusIR 2004, 97, 98; Renner, Kommentar zum Ausländerrecht 7. Aufl. [1999] § 58 Rdn. 5; derselbe in NVwZ 1993, 729, 731; Kloesel/Christ/Häußer, Deutsches Ausländerrecht [Juli 2003] § 58 Rdn. 5, 7; Funke-Kaiser in Gemeinschaftskommentar zum Ausländerrecht, Bd. II § 58 Rdn. 6 f., 19; Lauer NSTZ 2000, 661, 662 = Anm. zu BGH, Beschl. vom 11. Februar 2000 - 3 StR 308/99).

Zur Begründung dieser Auffassung wird im wesentlichen auf den Wortlaut des § 58 Abs. 1 Nr. 1 AusIG und den Willen des Gesetzgebers abgestellt. Die Vorschrift verlange schon nach ihrem Wortlaut eine "erforderliche", d.h. nicht irgendeine, sondern die materiell-rechtlich erforderliche Aufenthaltsgenehmigung. 20

Diese materiell-rechtliche Betrachtungsweise entspreche der Intention der Regelung, als Instrument der Zuwanderungskontrolle die materielle Frage, ob sich der Ausländer im Bundesgebiet aufhalten darf, vor dessen Einreise zu prüfen und zu entscheiden (BTDrucks. 11/6321 S. 81 zu § 71 Abs. 2 AusIG; VGH Kassel InfAusIR 1994, 349, 350). Konzeption und Gesetzssystematik verdeutlichten, daß § 58 Abs. 1 AusIG auf die materiell-rechtlich unerlaubte Einreise abstelle. Dessen Anknüpfungspunkt sei die in § 3 Abs. 1 Satz 1 AusIG erwähnte Genehmigungspflicht für Einreise und Aufenthalt. Der Gesetzgeber habe zwischen Einreise und Aufenthalt keine Unterscheidung getroffen. 21

Die Frage der Erlaubniserteilung sei einheitlich zu beurteilen. In den Gesetzesmaterialien zu § 58 Abs. 1 AusIG sei zudem von der "materiell unerlaubten Einreise" die Rede (BTDrucks. 11/6321 S. 76). Daß damit keine Abgrenzung zu § 59 Abs. 1 AusIG gemeint sei, ergebe sich aus der Verweisung auf § 18 Abs. 2 AusIG 1965, für den die materiell unerlaubte Einreise Voraussetzung der zwingenden Zurückweisung war (OVG Münster DVBI 2001, 1007, 1008 I. Sp.). § 1 DVAusIG, der an rein objektive Kriterien anknüpfe, lasse sich nicht entnehmen, daß der Gesetzgeber auch für den Begriff der unerlaubten Einreise einen objektiven Maßstab anlegen wollte (VGH Kassel aaO). Daß zwischenzeitlich die allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Ausländerrecht (AusIGVwV) in Kraft getreten sei, stehe dem nicht entgegen. Zwar verstehe diese den Begriff "erforderlich" im Sinne von § 58 Abs. 1 Nr. 1 AusIG dahin, daß es ausreichend sei, wenn der Ausländer irgendeine Aufenthaltsgenehmigung besitze (Nr. 58.1.1.3.1 der vorgenannten Verwaltungsvorschrift), diese Regelung sei für die Gerichte jedoch nicht bindend. Maßgeblich für die Auslegung sei nicht eine norminterpretierende Verwaltungsvorschrift mit verwaltungsinterner Wirkung, sondern das Gesetz (OVG Münster DVBI 2001, 1007, 1009 r. Sp.). Bei einer nur formellen Betrachtungsweise ergäben sich zudem erhebliche Strafbarkeitslücken, insbesondere in Fällen, in denen - wie hier - die Hilfe erst nach Erschleichen der Visa geleistet werde oder die Visa durch kollusives Zusammenwirken bzw. durch Bestechung erlangt worden seien (Lauer NSTZ 2000, 661, 663). 22

bb) Demgegenüber stellen die strafrechtliche Rechtsprechung (BGH NJW 2000, 1732 = NSTZ 2000, 657; BGH, Beschl. vom 5. November 1997 - 2 StR 513/97; Beschl. vom 18. Oktober 2001 - 3 StR 247/01; Beschl. vom 20. April 2004 - 4 StR 67/04) und einige Verwaltungsgerichte sowie Stimmen in der Literatur (VG Düsseldorf InfAusIR 1993, 371; BayObLG NSTZ-RR 2000, 344, 346; NJW 2002, 1282, 1283; Senge in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze AusIG § 92 Rdn. 4b f., 21; Hailbronner, Ausländerrecht [Stand September 2004] § 58 Rdn. 5; Westphal/Stoppa, Ausländerrecht für die Polizei S. 364, 506 f.; dieselben in NJW 1999, 2137, 2140; Westphal in Huber, Handbuch des Ausländer- und Asylrechts Band II ?Stand 1. Mai 2003??§ 58 Rdn. 26; Hofmann InfAusIR 1991, 351; Lorenz NSTZ 2002, 640, 643; Lüdke InfAusIR 1996, 276; Ott ZAR 1994, 76 ff.; Pfaff ZAR 1992, 117, 120) auf rein formale Gesichtspunkte ab. Eine unerlaubte Einreise und ein unerlaubter Aufenthalt scheiden danach bereits dann aus, wenn irgendeine Aufenthaltsgenehmigung erteilt wurde, unabhängig von ihrer materiell-rechtlichen Richtigkeit. Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Frage, soweit ersichtlich, bisher nicht entschieden, sondern sie ausdrücklich offengelassen (BVerwG NVwZ 1997, 189 = BVerwGE 100, 287). 23

d) Der letztgenannten formellen Betrachtung ist für die Beurteilung strafrechtlich relevanter Verhaltensweisen der Vorzug zu geben. 24

aa) Bereits die Prinzipien des allgemeinen Verwaltungsrechts sprechen für eine formale Betrachtungsweise. Die erschlichene Aufenthaltsgenehmigung ist als Verwaltungshandeln wirksam, solange sie nicht zurückgenommen wurde. 25

Nichtig ist sie als begünstigender Verwaltungsakt nur in den in § 44 VwVfG genannten Fällen, nämlich wenn sie an schweren und offensichtlichen Fehlern leidet (§ 44 Abs. 1 VwVfG), besondere in § 44 Abs. 2 VwVfG ausdrücklich bezeichnete Nichtigkeitsgründe vorliegen oder wenn in anderen Gesetzen eine ausdrückliche Regelung dazu getroffen wird. In allen anderen Fällen ist sie lediglich rechtswidrig, insbesondere auch bei Mängeln in der Willensbildung, die auf 26

arglistiger Täuschung durch falsche Angaben beruhen (vgl. OLG Frankfurt StV 1999, 95; BVerwG DVBl 1985, 624; Kopp/Ramsauer, VwVfG 8. Aufl. § 44 Rdn. 19) oder wenn die nach einer Rechtsvorschrift erforderliche Mitwirkung einer anderen Behörde unterblieben ist (vgl. § 44 Abs. 3 Nr. 4 VwVfG). In diesen Fällen kann die Aufenthaltsgenehmigung lediglich gemäß § 48 VwVfG zurückgenommen werden (Kloesel/Christ/Häußler aaO § 43 Rdn. 1 b).

bb) Die formale Sichtweise entspricht auch der Verwaltungspraxis, die auf der vom Bundesinnenministerium erlassenen Ausführungsverordnung zum Ausländergesetz (AusIG-VwV) beruht. Nach Nummer 58.1.1.3.2 AusIG-VwV liegt keine unerlaubte Einreise vor, wenn der Ausländer mit einem Visum einreist, das aufgrund seiner Angaben ohne die erforderliche Zustimmung der Ausländerbehörde zu der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit (§ 11 DVAusIG) erteilt worden ist, obwohl er bereits bei der Einreise einen Aufenthaltswitzweck beabsichtigt, für den er ein Visum benötigt, das nur mit Zustimmung der Ausländerbehörde erteilt werden darf (so auch BGH NJW 2000, 1732, 1733 = NStZ 2000, 657, 658). Das Bundesministerium des Inneren hatte bereits in seinem Rundschreiben vom 20. Mai 1996 (InfAusIR 1996, 317) ausdrücklich darauf hingewiesen, daß für § 1 Abs. 1 DVAusIG ein objektiver Maßstab gilt, d.h. die Befreiung nicht vom subjektiven Willen hinsichtlich Dauer und Zweck abhängig sein soll. In dem Rundschreiben heißt es weiter, daß auch der Negativstaater, der ein Touristenvisum besitzt, zweifellos nicht den Tatbestand der unerlaubten Einreise nach § 58 Abs. 1 Nr. 1 AusIG erfüllt, auch wenn bei der Einreise bereits feststeht, daß er einer Auflage im Visum zuwider eine Erwerbstätigkeit aufnehmen will. 27

cc) Für das Abstellen nur auf formale Gesichtspunkte spricht nunmehr auch das am 1. Januar 2005 in Kraft getretene Zuwanderungsgesetz, durch das das Ausländergesetz aufgehoben und durch das Aufenthaltsgesetz ersetzt worden ist. Nach § 14 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ist die Einreise unerlaubt, wenn der Ausländer keine nach § 4 AufenthG erforderliche Aufenthaltsgenehmigung vorweisen kann. In der Begründung zu den Gesetzentwürfen heißt es dazu durchgehend, daß sich die Erforderlichkeit des Aufenthaltstitels nach objektiven Kriterien und nicht nach dem beabsichtigten Zweck bemißt. Der Gesetzgeber beabsichtigte hiermit eine Klarstellung angesichts der unterschiedlichen Auffassung in Rechtsprechung und Literatur (14. Wahlperiode: Gesetzentwurf der Bundesregierung BRDrucks. 921/01 S. 151; Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen BTDrucks. 14/7387 S. 68; 15. Wahlperiode: Gesetzentwurf der Bundesregierung BRDrucks. 22/03 S. 164; BTDrucks. 15/420 S. 73). 28

dd) Für einen formalen Maßstab spricht - über die Entscheidung des Bundesgerichtshofs NJW 2000, 1732 hinausgehend - auch die zunehmende Überlagerung des deutschen Ausländerrechts durch internationale Vereinheitlichungen, insbesondere durch die Erteilung von Schengen-Visa. Damit wird die Einreise aus einem anderen Schengen-Land nach Deutschland unabhängig von nationalen Verfahren oder Feinsteuerungsmöglichkeiten (z.B. Auflagen oder Bedingungen) ausdrücklich erlaubt. Auch dies gebietet es, die Frage der unerlaubten Einreise nach objektiven Kriterien zu beurteilen (Westphal in Huber aaO § 58 Rdn. 35). 29

e) Ausschlaggebend für die strafrechtliche Beurteilung der Einreise und des Aufenthalts von Ausländern nach objektiven Kriterien ist jedoch das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG, dem bei der Auslegung von Straftatbeständen Rechnung getragen werden muß. Tatbestände, die für ein unerlaubtes und deshalb strafbares Handeln oder Unterlassen das Fehlen einer verwaltungsrechtlichen Erlaubnis vorsehen, bedürfen eines eindeutigen Auslegungsmaßstabs in Bezug auf ihre verwaltungsrechtlichen Vorgaben. Würden - verborgene - materiell-rechtliche Mängel, etwa infolge von Täuschung oder sonstiger mißbräuchlicher Verhaltensweisen des Erlaubnisadressaten, zum Abgrenzungskriterium des strafbaren und nicht strafbaren Verhaltens gemacht, so wären deren Voraussetzungen und Grenzen im allgemeinen ungewiß, weil im Einzelfall von zufällig nachweisbaren und nicht nachweisbaren Tatumständen abhängig. 30

Deshalb muß eine nach verwaltungsrechtlichen Vorschriften wirksam erteilte Aufenthaltsgenehmigung im Strafrecht grundsätzlich Tatbestandswirkung entfalten, auch wenn sie rechtsmißbräuchlich erlangt wurde. Etwas anders kann nur dort gelten, wo das Gesetz durch Täuschung erschlichenen oder durch Drohung oder Bestechung erlangten Erlaubnissen, wie etwa in § 330 d Nr. 5 StGB oder § 34 Abs. 8 AWG, die Wirksamkeit abspricht (vgl. Tröndle/ Fischer, StGB 52. Aufl. Vor § 324 Rdn. 8 f.; Steindorf, Waffenrecht 7. Aufl. Vor § 52 a Rdn. 34 f.). Diesen Weg ist der Gesetzgeber im Ausländerrecht bisher nicht gegangen. Zwar hat er in § 92 Abs. 2 Nr. 2 AusIG bzw. § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG die Art und Weise der Beschaffung einer Aufenthaltsgenehmigung, soweit diese durch unvollständige oder falsche Angaben erlangt worden ist, unter Strafe gestellt, jedoch ohne den so erlangten Erlaubnissen als solchen die formelle Wirksamkeit abzuspochen. Hieraus folgt, daß das Gesetz auch bei der erschlichenen Einreise- oder Aufenthaltsgenehmigung von ihrer formellen Bestandskraft ausgeht. Wären schon die Einreise oder der Aufenthalt mit einem erschlichenen Visum als "unerlaubt" strafbar, wären die Tatbestandsalternativen des § 92 Abs. 2 Nr. 2 AusIG bzw. des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG zudem überflüssig. 31

f) Auch aus Sinn und Zweck der strafrechtlichen Tatbestände ergeben sich gegen die formale Sichtweise keine 32

durchgreifenden Bedenken. Diese Auslegung führt zwar in Fällen der vorliegenden Art zu einer Verneinung der Strafbarkeit nach § 92 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 6 AuslG, der Ausländer macht sich allerdings durch Erschleichen einer Aufenthaltsgenehmigung und das Gebrauchen dieser Urkunde nach § 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG bzw. § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG strafbar, der dazu Hilfe leistende Dritte insoweit wegen Einschleusens gemäß § 92 a Abs. 1 AuslG bzw. § 96 Abs. 1 AufenthG. Zu Strafbarkeitslücken führt die formale, allein auf das Vorliegen einer Aufenthaltsgenehmigung abstellende Betrachtung allerdings beim Gehilfen des Negativstaaters in den Fällen, in denen der Hilfeleistende weder an der unredlichen Erlangung des Visums noch an der damit unternommenen Einreise beteiligt, sondern lediglich bei der Arbeitsaufnahme behilflich ist. Darin liegt zwar eine Besserstellung des Gehilfen des mit einem Touristenvisum eingereisten Negativstaaters gegenüber demjenigen des Positivstaaters. Denn der Positivstaater benötigt für die Einreise kein Visum, darf aber nicht ohne entsprechende Erlaubnis arbeiten.

Tut er es dennoch, macht er sich wegen unerlaubten Aufenthalts strafbar. Derjenige, der ihn dabei unterstützt, macht sich wegen Beihilfe strafbar. Die den Gehilfen betreffende Besserstellung folgt jedoch unmittelbar aus § 92 a AuslG bzw. § 96 AufenthG, die nur einzelne Tathandlungen des § 92 Abs. 1 AuslG bzw. § 95 AufenthG als Anknüpfungspunkt für ein strafbares Einschleusen ansehen. 33

Diese Lücken zu schließen, ist Aufgabe des Gesetzgebers. 34

2. Folgerungen für die vom Landgericht ausgeteilten Fälle 35

a) Fälle II. 1 bis 3 36

Unter Zugrundelegung dieser Rechtsauffassung scheidet in den Fällen II. 1 bis 3 eine Strafbarkeit des Angeklagten wegen Hilfeleistens zum unerlaubten Aufenthalt bzw. zur unerlaubten Einreise nach § 92 a i.V.m. § 92 Abs. 1 Nr. 1 und 6 AuslG, wie sie das Landgericht angenommen hat, aus. Die Frauen aus Rußland und der Ukraine verfügten nach den Feststellungen als Negativstaaterinnen über Touristenvisa und damit über die erforderliche Aufenthaltsgenehmigung. 37

Weder ihre Einreise noch ihr anschließender Aufenthalt waren unerlaubt. Es fehlt folglich schon an einer Tat im Sinne des § 92 Abs. 1 Nr. 1 und 6 AuslG, zu der der Angeklagte Hilfe geleistet hat. 38

Ob das Vorgehen des Angeklagten möglicherweise die tatsächlichen Voraussetzungen einer Beihilfe zu einer Zuwiderhandlung gegen eine Auflage (§ 92 Abs. 1 Nr. 3 AuslG i.V.m. § 27 StGB) erfüllt hat, ergeben die Urteilsgründe nicht. Dies bedarf indes auch keiner näheren Aufklärung, weil mit der Aufhebung des Ausländergesetzes dieser Straftatbestand ersatzlos weggefallen ist. Das Aufenthaltsgesetz enthält einen solchen Straftatbestand nicht mehr, sondern wertet den Verstoß gegen eine Auflage, die dem Ausländer ein Arbeitsverbot auferlegt, lediglich als Ordnungswidrigkeit (§ 98 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG). 39

Das Aufenthaltsgesetz ist insoweit das mildere Recht (§ 2 Abs. 3 StGB). 40

Der Angeklagte hat sich nach den bisherigen Feststellungen in den Fällen II. 1 bis 3 auch nicht wegen Hilfeleistens zum Gebrauch einer mit unwahren Angaben erlangten Aufenthaltsgenehmigung gemäß § 92 a Abs. 1 i.V.m. § 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG strafbar gemacht. Das Gebrauchmachen setzt ein Vorlegen, Vorzeigen, Hinterlegen oder Übergeben der Urkunde voraus (Senge in Erbs/Kohlhaas AuslG § 92 Rdn. 39 a). Daß der Angeklagte den in den vorliegenden Fällen betroffenen Frauen dazu Hilfe geleistet hat, ist den Feststellungen indes ebenfalls nicht zu entnehmen, die Transportfahrten zu den Bordellen oder das Gewähren einer Unterkunft stehen in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Gebrauchmachen und stellen daher kein Hilfeleisten dar. 41

Der Senat kann daher die - vom Generalbundesanwalt in seiner Stellungnahme angesprochene - Frage offen lassen, ob das Gebrauchmachen einer mit unwahren Angaben erschlichenen Aufenthaltsgenehmigung (§ 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG) erst mit der Ausreise des Ausländers beendet und daher Beihilfe bis zu diesem Zeitpunkt noch möglich ist. 42

Ein Freispruch des Angeklagten in diesen Fällen durch den Senat scheidet jedoch aus. Der Senat vermag nicht auszuschließen, daß in einer neuen Hauptverhandlung weitere Feststellungen zu einer möglichen Einbindung des Angeklagten in die Beschaffung der Visa, insbesondere zu den Umständen, unter denen die Ausländerinnen diese im Ausland erlangten, getroffen werden können (§ 92 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. § 92 a Abs. 1 AuslG). Nach den bisherigen Feststellungen wurden bei der Durchsuchung der Wohnung des Angeklagten im Wohnzimmer neben verschiedenen Einladungsschreiben für russische und ukrainische Staatsangehörige, die zur Visaerlangung bei einer Auslandsvertretung verwendet werden konnten, auch zahlreiche russische, ukrainische und litauische Paßkopien gefunden. Diverse im Urteil wiedergegebene Telefongespräche des Angeklagten mit verschiedenen Personen belegen 43

(auch nach Ansicht der Strafkammer, UA S. 39), daß der Angeklagte "tiefer in die Beschaffung von Visa verstrickt gewesen ist ..." Die Zeugin N. hat zudem im Ermittlungsverfahren wiederholt angegeben, daß sie gemeinsam mit der Zeugin D. (Fall II. 1) mit der russischen Busreise-gesellschaft A. (UA S. 14) eingereist sei, die Frauen zur Ausübung der Prostitution u.a. nach Deutschland vermittelte (UA S. 14 ff.) und von der sie auch die Telefonnummer des Angeklagten erhalten habe (UA S. 63). Auch wenn die Strafkammer der Aussage nicht zu folgen vermochte, weil sie sich wegen der Weigerung der Zeugin, nach Deutschland zu kommen, keinen persönlichen Eindruck von ihrer Glaubwürdigkeit verschaffen konnte, lassen die weiteren festgestellten Indizien eine Beteiligung des Angeklagten nicht als ausgeschlossen, sondern sogar als naheliegend erscheinen.

Der neue Tatrichter wird bei der Würdigung des Beweisstoffs zu berücksichtigen haben, daß erst die Gesamtheit aller Indizien-tatsachen die Überzeugung von der Täterschaft des Angeklagten vermitteln kann, selbst wenn keine der Indizien-tatsachen für sich allein zum Nachweis ausreicht (BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 2; BGH NSTZ-RR 2003, 271).

b) Fälle II. 5 und 6

Die Verurteilung des Angeklagten in den Fällen 5 und 6 begegnet dagegen im Ergebnis keinen Bedenken. Zwar scheidet auch hier die vom Landgericht zugrundegelegte Strafbarkeit nach § 92 a Abs. 1 i.V.m. § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG bzw. die vom Generalbundesanwalt angesprochene Strafbarkeit nach § 92 Abs. 1 Nr. 3 AuslG i.V.m. § 27 StGB aus den oben angeführten Gründen aus. Der Angeklagte hat sich jedoch wegen Einschleusens von Ausländern durch Hilfeleisten zum Erschleichen der Verlängerung einer Aufenthaltsgenehmigung bzw. zum Gebrauchmachen nach § 92 a Abs. 1 i.V.m. § 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG strafbar gemacht, indem er der russischen Staatsangehörigen A. D. (Fall II. 5) gegen Zahlung von 100 € und der ukrainischen Staatsangehörigen "Alona" (Fall II. 6) gegen Zahlung von insgesamt 827,80 € bei der Verlängerung ihrer vor der Einreise erworbenen Aufenthaltsgenehmigungen behilflich war. Die Frauen hatten sich insoweit gemäß § 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG wegen unrichtiger Angaben bei der Verlängerung des Visums (§ 13 AuslG) bzw. durch Gebrauchmachen des mit unwahren Angaben erlangten (ursprünglichen) Visums (durch Vorlage bei der Stellung des Verlängerungsantrags) schuldig gemacht, da sie auch hier ihre (beabsichtigte und ausgeübte) Erwerbstätigkeit verschwiegen haben. Auf die Verlängerung finden dieselben Vorschriften Anwendung wie für die Erteilung (§ 13 Abs. 1 AuslG). Der Ausländer, der falsche Angaben macht, verwirklicht den Tatbestand des § 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG; der ihm dabei Hilfeleistende den Tatbestand des § 92 a Abs. 1 i.V.m. § 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG. Diese Strafbarkeit allein im Inland begangener Handlungen ist durch das Aufenthaltsgesetz nicht entfallen. Unrichtige Angaben bei der Verlängerung des Visums sind auch nach dem Aufenthaltsgesetz strafbar (§ 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG). Die Strafbarkeit des "Gehilfen" richtet sich nach § 96 Abs. 1 AufenthG. Da sich auch hier die Strafrahmen des Ausländergesetzes und des Aufenthaltsgesetzes entsprechen, ist das zur Tatzeit geltende Ausländergesetz anzuwenden.

§ 265 StPO steht der Anwendung einer anderen Alternative des § 92 a AuslG nicht entgegen, weil sich der Angeklagte nicht anders als geschehen hätte verteidigen können. Die verhängten Einzelstrafen beruhen hierauf nicht.

c) Fall II. 4

Die Verurteilung wegen gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern gemäß § 92 a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 AuslG im Fall II. 4 ist rechtsfehlerfrei.

Die litauische Staatsangehörige G. K. war im Zeitpunkt ihrer Einreise sogenannte Positivstaaterin und daher berechtigt, bei einem Kurzaufenthalt bis zu drei Monaten ohne Visum einzureisen. Sie durfte sich aber nur dann ohne Aufenthaltsgenehmigung im Bundesgebiet aufhalten, wenn sie keiner Erwerbstätigkeit nachging (vgl. § 3 Abs. 1 AuslG i.V.m. § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 12 Abs. 1 DVAuslG sowie Art. 1 Abs. 2, Art. 4 Abs. 3 i.V.m. Anlage II EUVisaVO).

Mit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit wurde ihr Aufenthalt genehmigungsbedürftig und - da sie über keine Aufenthaltsgenehmigung verfügte - unerlaubt mit der Folge, daß sie sich nach § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG strafbar machte (BGHR AuslG § 47 [1965] Aufenthalt 1; BGH, Beschl. vom 20. April 2004 - 4 StR 67/04; Beschl. vom 28. Oktober 2004 - 5 StR 3/04; Senge in Erbs/Kohlhaas, AuslG § 3 Rdn. 5, § 92 Rdn. 3; aA Stoppa in Huber, aaO § 92 Rdn. 19 unter Hinweis auf die Erlaubnisfiktion des § 69 Abs. 3 S. 2 i.V.m. Abs. 1 AuslG).

Zu dieser Straftat hat der Angeklagte durch die Gewährung einer Übernachtungsmöglichkeit und Erbringung von Transportleistungen Hilfe geleistet.

Als Hilfeleistung im Sinne des § 92 a Abs. 1 AuslG ist - wie bei der Beihilfe nach § 27 StGB - grundsätzlich jede

Handlung anzusehen, welche die Herbeiführung des Taterfolgs durch den Täter in irgendeiner Weise objektiv gefördert hat. Die Hilfeleistung muß nicht zur Ausführung der Tat selbst geleistet werden, es genügt schon die Unterstützung bei einer vorbereitenden Handlung (BGHSt 16, 12, 14; 28, 346, 348; BGH StV 2000, 492, 493 m.w.N.). Der Angeklagte hat nach den Feststellungen G. K. eröffnet, daß sie in Deutschland der Prostitution nachgehen sollte und sie zu diesem Zweck auch nach F. gefahren. Als Gegenleistung erhielt er 100 €. Seine Handlungen dienten somit unmittelbar der Aufnahme der Erwerbstätigkeit der Ausländerin und wurden nach den Feststellungen in der Absicht erbracht, sich eine fortlaufende Einnahmequelle zu verschaffen.

Die Voraussetzungen gewerbsmäßigen Handelns gemäß § 92 a Abs. 2 Nr. 1 AuslG sind somit ausreichend festgestellt. 54

Der Verurteilung steht nicht entgegen, daß das Aufenthaltsgesetz auf litauische Staatsangehörige nach dem Beitritt Litauens zur Europäischen Union zum 1. Mai 2004 grundsätzlich nicht mehr anwendbar ist (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG), denn § 2 Abs. 3 StGB gilt insoweit nicht. Für Angehörige der Beitrittsstaaten gilt - wie für alle Unionsbürger - vorrangig das Freizüg/EU vom 30. Juli 2004 (BGBl 2004 I 1950, 1986). Der Beitritt führt jedoch nicht zur Straflosigkeit von Ausländern, die vor diesem Zeitpunkt den Tatbestand des unerlaubten Aufenthalts nach § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG verwirklicht haben, sondern zieht lediglich eine Einschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs des Aufenthaltsgesetzes nach sich. Für diese gilt § 2 Abs. 3 StGB indes nicht (vgl. Mosbacher wistra 2005, 54, 55). Die strafrechtlich sanktionierte Gebotsnorm hingegen blieb unverändert, denn auch nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 bzw. § 96 Abs. 1 und Abs. 2 AufenthG sind der unerlaubte Aufenthalt bzw. ein Hilfeleisten dazu weiterhin strafbar. 55

d) Verurteilung nach dem Waffengesetz (Fall II. 7) 56

Das Landgericht hat die Tat zutreffend als unerlaubten Besitz von Schußwaffen und von Munition gewertet (§ 2 Abs. 2, § 52 Abs. 3 Nr. 2 Buchst. a und b WaffG nF). Ein Double-Action-Revolver ist nach der am 1. April 2003 in Kraft getretenen Neuregelung des Waffengesetzes keine halbautomatische Schußwaffe (WaffG Anlage 1 Ziff. 2.3). Die Urteilsformel ("wegen Verstoßes gegen das Waffengesetz") kennzeichnet die Tat allerdings nur ungenau und ist deshalb unzureichend (BGH, Beschl. vom 12. April 1994 - 4 StR 128/94 - und vom 5. September 2000 - 3 StR 226/00). Der Senat hat daher den Schuldspruch neu gefaßt. 57

Auch der Strafausspruch hält im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand. Die Verhängung einer Einzelstrafe, die im oberen Bereich des Strafrahmens des § 52 Abs. 3 Nr. 2 Buchst. a und b WaffG nF (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe) liegt, überschreitet angesichts der Menge der besessenen, z.T. auch manipulierten Munition und des Besitzes von zwei Schußwaffen nicht den Rahmen schuldangemessenen Strafens. Die Strafzumessungserwägungen selbst enthalten keine Rechtsfehler, auch nicht soweit es auf UA S. 70 heißt: "Nicht zu verkennen war zudem die erhöhte Gefährlichkeit, die von schußbereiten Waffen in Händen von Personen ausgeht, die sich wie der Angeklagte im "Sicherheits"gewerbe und Rotlichtmilieu bewegen. Aufgrund dieses Umstandes kommt zudem auch dem Besitz von insgesamt zwei Elektroschockern und Handschellen vorliegend ein besonderes Gewicht zu." Damit hat das Landgericht den möglicherweise erlaubten Besitz der Elektroschocker (§ 2 Abs. 2 bis 4 WaffG i.V.m. Anlage 2 Abschnitt 1 Ziff. 1.3.6) und der Handschellen ersichtlich nur als Indiz für die kriminelle Energie des Angeklagten werten wollen, der sich im Rotlichtmilieu bewegte. 58

3. Die Aufhebung der Schuldsprüche in den Fällen II. 1 bis 3 führt zur Aufhebung der Gesamtfreiheitsstrafe. 59