

# Ausnutzen einer trügerischen Beweiseinheit als spezifisches Unrecht des § 281 StGB Zugleich Besprechung von BGH, Beschl. v. 27.7.2020 – 5 StR 146/19 (Aufgabe von BGHSt 20, 17)

Von Wiss. Mit. **Korbinian Grabmeier**, Augsburg\*

*Der Beitrag behandelt den Missbrauch von Ausweispapieren gem. § 281 StGB. Der Verfasser sieht das spezifische Unrecht des Tatbestands im Ausnutzen einer trügerischen Beweiseinheit aus Ausweispapier und Sichausweisendem. Die Verbindung zu einer Beweiseinheit werde hergestellt durch die Überprüfbarkeit der Identität anhand der im Ausweispapier enthaltenen Identifikationsmerkmale. Der Verfasser lehnt aus diesem Grund die Rechtsprechungsänderung des Bundesgerichtshofs (Beschl. v. 27.7.2020 – 5 StR 146/19) ab, wonach ein für einen anderen ausgestelltes Ausweispapier auch gebraucht, wer zur Täuschung über seine Identität kein Original, sondern lediglich eine (digitale) Kopie übermittelt (Aufgabe von BGHSt 20, 17). Bei Vorlage einer Kopie sei, so der Verfasser, der Vorlegende grundsätzlich nicht greifbar, sodass diese Beweiseinheit mangels Überprüfbarkeit nicht bestehe. Damit werde kein besonderer Vertrauenstatbestand missbraucht. Die Rechtsprechung zum mittelbaren Gebrauch einer unechten Urkunde zu § 267 StGB dürfe daher nicht auf § 281 StGB übertragen werden.*

## I. Einführung

Ist die Übermittlung einer (digitalen) Kopie eines für einen anderen ausgestellten Ausweises (zur Täuschung im Rechtsverkehr) ein Gebrauch im Sinne des Missbrauchs von Ausweispapieren gem. § 281 StGB? Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs bejaht dies in seinem Beschluss vom 27.7.2020<sup>1</sup> unter Aufgabe der abweichenden Rechtsprechung des 4. Senats,<sup>2</sup> welche für den Gebrauch im Sinne der Vorschrift die Vorlage des Originals voraussetzte. Nunmehr erkennt der Senat auch die Vorlage einer Kopie als (mittelbaren) Gebrauch an. Ein Pfad, den die Rechtsprechung im Rahmen der Urkundenfälschung schon seit Langem beschreibt.

Die Entscheidung gibt Anlass, das spezifische Unrecht des Missbrauchs von Ausweispapieren herauszuarbeiten und seine Stellung innerhalb der Urkundendelikte zu beleuchten. Dabei soll gezeigt werden, dass der vom 5. Senat vollzogene Auslegungsgleichlauf des Gebrauchs im Rahmen von § 267 StGB einerseits und § 281 StGB andererseits auf einer unzureichenden Differenzierung beruht und daher keinen Beifall verdient.

## II. Die Entscheidung des Senats

Dem Verfahren liegt ein Urteil des Landgerichts Hamburg zugrunde, mit folgenden (hier zusammengefasst wiedergegebenen) Feststellungen:

\* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht (Prof. Dr. Peter Kasiske) an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg.

<sup>1</sup> BGH, Beschl. v. 27.7.2020 – 5 StR 146/19 = NJW 2020, 3260.

<sup>2</sup> BGH, Urt. v. 4.9.1964 – 4 StR 324/64 = BGHSt 20, 17.

Der mittel- und wohnungslose Angeklagte mietete sich Anfang 2017 in einem Hamburger Hotel ein. Um sich dies und einen luxuriösen Lebensstil zu finanzieren, beging er zahlreiche Straftaten. Mehrmals bot er über das Internet (u.a. auf eBay) hochpreisige Armbanduhren an, obwohl er diese weder liefern konnte noch wollte. Dabei übersandte er in mehreren Fällen die elektronische Bilddatei von Personalausweisen bzw. rumänischen Identitätskarten, jeweils von dritten Personen, um über seine Identität zu täuschen. Die Ausweise hatten deren Inhaber zum Teil verloren, zum Teil waren dem Angeklagten die digitalen Fotos im Rahmen vorheriger Verkaufsverhandlungen seinerseits zugemailt worden.

Das Landgericht verurteilte den Angeklagten u.a. wegen Betrugs in Tateinheit mit Missbrauch von Ausweispapieren. Mit seinem Beschluss verwirft der Senat die Revision des Angeklagten im Hinblick auf die Verurteilung wegen Missbrauchs von Ausweispapieren. Der Entscheidung war eine Anfrage an die anderen Senate vorausgegangen.<sup>3</sup> Der 4. Senat hatte sich für die Abkehr von seiner früheren Entscheidung offen gezeigt,<sup>4</sup> auch die übrigen vorsorglich adressierten Senate hatten keine entgegenstehende Rechtsprechung geltend gemacht,<sup>5</sup> wobei der 2. Senat lautstarke Bedenken angemeldet hatte.<sup>6</sup> Der 2. Senat hatte aber auf keine eigenen entgegenstehenden Entscheidungen verweisen können, sodass eine Vorlage an den Großen Senat gem. § 132 Abs. 3 S. 1 GVG ausschied.

Der Tatbestand des § 281 StGB stellt es (in Var. 1<sup>7</sup>) unter Strafe, ein für einen anderen ausgestelltes Ausweispapier zur Täuschung im Rechtsverkehr zu gebrauchen. Der Entscheidung des Senats liegt die Frage zugrunde, ob der Gebrauch im Sinne des § 281 StGB die Möglichkeit der unmittelbaren Wahrnehmung des Ausweispapiers durch das Gegenüber verlangt oder ob genügt, dass diese Möglichkeit vermittelt wird, namentlich durch eine Kopie (sog. mittelbarer Gebrauch<sup>8</sup>).

Im Rahmen der Urkundenfälschung ist dies seit Langem umstritten. Die Rechtsprechung lässt dort mit Zustimmung eines Teils der Literatur die Vorlage einer Kopie genügen, das überwiegende Schrifttum lehnt dies ab.<sup>9</sup>

<sup>3</sup> BGH, Beschl. v. 8.5.2019 – 5 StR 146/19 = NStZ 2019, 675.

<sup>4</sup> BGH, Beschl. v. 4.12.2019 – 4 ARs 14/19 = NStZ-RR 2020, 106.

<sup>5</sup> BGH, Beschl. v. 3.9.2019 – 1 ARs 13/19; Beschl. v. 2.10.2019 – 3 ARs 14/2019, unveröffentlicht, mitgeteilt in JR 2020, 450.

<sup>6</sup> BGH, Beschl. v. 13.5.2020 – 2 ARs 228/19 = NStZ-RR 2020, 282.

<sup>7</sup> Nach Var. 2 macht sich strafbar, wer zur Täuschung im Rechtsverkehr einem anderen ein Ausweispapier überlässt, das nicht für diesen ausgestellt ist.

<sup>8</sup> Statt vieler Puppe, JURA 1979, 630 (640, zu § 267 StGB).

<sup>9</sup> Siehe die Nachweise bei III. 1. c).

Im Hinblick auf § 281 StGB war es dagegen bis zuletzt allgemeine Meinung in Rechtsprechung und Literatur, dass ein mittelbarer Gebrauch nicht ausreicht.<sup>10</sup> Der Kehrtwende des 5. *Senats* pflichten nun aber *Putzke/Prechtel*, *Weidemann* und *Wittig* bei,<sup>11</sup> Ablehnung findet sie bei *Dehne-Niemann*, *Erb*, *Fischer* und *Cornelius*.<sup>12</sup>

Dem 5. *Senat* zufolge gebietet die Systematik der Urkundendelikte, den Gebrauch innerhalb des 23. Abschnitts einheitlich auszulegen.<sup>13</sup> Dies werde zudem dem Sinn und Zweck von § 281 StGB gerecht, da auch bei einer Täuschung mittels (elektronischer) Ausweiskopie ein besonderes Vertrauen beeinträchtigt werde.<sup>14</sup> Wegen einer veränderten Praxis im Rechtsverkehr sieht der *Senat* das Erfordernis der Vorlage des Originals als überholt an.<sup>15</sup> Gegen dieses Erfordernis spreche im Übrigen der Wille des historischen Gesetzgebers.<sup>16</sup>

Auch der 4. *Senat* hatte „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“ vermocht.<sup>17</sup> In seinem Antwortbeschluss hatte er außerdem eine Überlegung in Bezug auf § 281 Abs. 2 StGB ins Feld geführt<sup>18</sup> und sich auf „ansonsten nicht auflösbare Wertungswidersprüche“ berufen.<sup>19</sup>

Der 2. *Senat* war hingegen zu der Ansicht geneigt, dass an der bisherigen Rechtsprechung festzuhalten sei.<sup>20</sup> Die besondere Bedeutung amtlicher Ausweispapiere verlange die Vorlage der Urschrift.<sup>21</sup>

### III. Funktionaler Gebrauchsbegriff

Um die Frage zu beantworten, ob der Tatbestand des § 281 StGB den mittelbaren Gebrauch erfasst oder nicht, muss der Begriff des Gebrauchs bestimmt werden. Nach allgemeinem Verständnis gebraucht ein Ausweispapier, wer es einem anderen zugänglich macht. Wie bei § 267 StGB genügt die Möglichkeit der Kenntnisnahme.<sup>22</sup> Um zu klären, ob auch die vermittelte Möglichkeit der Kenntnisnahme genügt, gehen wir einen Schritt zurück.

„Gebrauchen“ kann man ganz weit verstehen in dem Sinne, dass man irgendetwas mit dem Gebrauchsgegenstand tut. Ein weites Verständnis legt auch der 5. *Senat* seiner Argumentation zugrunde, wenn er ausführt, eine „vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichende Auslegung“ der Tathandlung Gebrauchen, „lässt sich nicht lediglich am Tatobjekt festmachen“.<sup>23</sup> Dort wo aber das Strafgesetzbuch sonst von Gebrauchen spricht, wird es stets nach der bestimmungsgemäßen Funktion des Gebrauchsgegenstands definiert. So nimmt ein Fahrzeug gem. § 248b StGB in Gebrauch, wer es als Fortbewegungsmittel in Gang setzt,<sup>24</sup> eine Schusswaffe gebraucht gem. § 316c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB, wer mit ihr einen Schuss abgibt<sup>25</sup> und eine (unechte) Urkunde gebraucht,

<sup>10</sup> BGHSt 20, 17; *Puppe/Schumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 281 Rn. 12; *Erb*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2019, Bd. 5, § 281 Rn. 8; *Hecker*, GA 1997, 525 (535 f.); *Zieschang*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/2, 12. Aufl. 2009, § 281 Rn. 9; *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 281 Rn. 5; *Kienapfel*, NJW 1971, 1781 (1784), *Heger*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 281 Rn. 3; *Maier*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 281 Rn. 5; *Preuß*, JA 2013, 433 (436); *Krell*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 281 Rn. 5. Zweifeln der 1. *Senat*, BGH NJW 1965, 642 (643, obiter dictum), Bezug nehmend auf *Rietzsch*, in: Pfundtner/Neubert (Hrsg.), Das neue Deutsche Reichsrecht, Teilband IIc, Stand: Oktober 1941, S. 181 Nr. 8 zu § 281 StGB (siehe dazu unten IV. 2.).

<sup>11</sup> *Putzke/Prechtel*, ZJS 2019, 522; *Weidemann*, in: v. Heintzel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.11.2020, § 281 Rn. 6.2; *Weidemann*, NStZ 2021, 46; *Wittig*, in: Satzger/Schluckebier/Wiedmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 281 Rn. 6.

<sup>12</sup> *Dehne-Niemann*, HRRS 2019, 405; *Erb*, JR 2020, 450; *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 68. Aufl. 2021, § 281 Rn. 3; *Cornelius*, NJW 2020, 3263.

<sup>13</sup> BGH BeckRS 2020, 20323, Rn. 14, 22 f.; NStZ 2019, 675 (676 f. Rn. 20 f.).

<sup>14</sup> BGH NJW 2020, 3260 (3261 f. Rn. 24); BGH NStZ 2019, 675 (677 f. Rn. 23 ff.).

<sup>15</sup> BGH NJW 2020, 3260 (3261 f. Rn. 24 ff.); BGH NStZ 2019, 675 (677 f. Rn. 25 f.).

<sup>16</sup> BGH NJW 2020, 3260 (3261 f. Rn. 22 f.); BGH NStZ 2019, 675 (677 f. Rn. 22).

<sup>17</sup> BGH NStZ-RR 2020, 106 (107).

<sup>18</sup> BGH NStZ-RR 2020, 106 (107).

<sup>19</sup> BGH NStZ-RR 2020, 106 (107 f.); zustimmend der 5. *Senat*, BGH NJW 2020, 3260 (3261 Rn. 23).

<sup>20</sup> BGH NStZ-RR 2020, 282.

<sup>21</sup> BGH NStZ-RR 2020, 282 (283).

<sup>22</sup> Statt aller *Zieschang* (Fn. 10), § 281 Rn. 9; § 267 Rn. 220.

<sup>23</sup> BGH NJW 2020, 3260 (3261 Rn. 20); dagegen beruhen dem 2. *Senat* zufolge verschiedene Auslegungsergebnisse bzgl. des mittelbaren Gebrauchs auf der Berücksichtigung des Gegenstandes des Handlungsmerkmals, BGH NStZ RR 2020, 282 (283).

<sup>24</sup> BGHSt 11, 50; *Fischer* (Fn. 12), § 248b Rn. 4.

<sup>25</sup> Wie weit die bestimmungsgemäße Funktion reicht, ist im Einzelnen strittig. Die Abgabe eines Schusses verlangen *König*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 11, 12. Aufl. 2008, § 316c Rn. 41; *Wolters*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 9. Aufl. 2016, § 316c Rn. 26; *Ernemann*, in: Satzger/Schluckebier/Wiedmaier (Fn. 11), § 316c Rn. 10; *Renzikowski*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 10), § 316c Rn. 10; *Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, § 316c Rn. 26; weitergehend, entsprechend dem Verwenden i.S.d. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB auch den Gebrauch als Mittel zur Androhung eines Schusses

wer sie als Beweismittel benutzt.<sup>26</sup> Für ein Ausweispapier, eine besondere Erscheinungsform der Urkunde, gilt dasselbe.<sup>27</sup> Mit einem solchen, funktionalen Gebrauchsbegriff gelingt es jeweils, das tatbestandsspezifische Unrecht zu erfassen. Wer also ein Fahrzeug als Graffiti-Fläche gebraucht oder eine Schusswaffe als Schlagwerkzeug, erfüllt die genannten Tatbestände ebenso wenig wie jemand, der mit einer unechten Urkunde oder einem Ausweispapier eine ungünstige Klausel abdeckt, um sie einem gerade unterzeichnenden Vertragspartner (zur Täuschung im Rechtsverkehr!) unterzuschieben. In diesen Beispielen sind die Gegenstände nämlich völlig austauschbar, das tatbestandsspezifische Unrecht wird nicht verwirklicht.

Die Verortung der §§ 267, 281 StGB im selben Abschnitt beruht darauf, dass die Tatbestände jeweils den Gebrauch bzw. Missbrauch eines (trügerischen) Beweismittels zur Täuschung im Rechtsverkehr erfassen. Auf einen einheitlichen Gebrauchsbegriff zu schließen, wie es der 5. Senat tut, liegt damit auf den ersten Blick tatsächlich nahe. Aus Sicht des Bundesgerichtshofs wäre es demnach auch folgerichtig, die von ihm vertretene Theorie vom mittelbaren Gebrauch von der Urkundenfälschung auf den Missbrauch von Ausweispapieren zu übertragen. Nun unterscheiden sich Ausweispapiere von sonstigen Urkunden aber in ihrem Beweisgegenstand und in ihrer Beweiskraft. Zu untersuchen ist, ob sich diese Unterschiede auch in erheblichem Maße auf ihre jeweilige Funktion und damit auf den jeweiligen Gebrauchsbegriff auswirken. Zu diesem Zweck werden nun Beweisgegenstand und Beweiskraft von Urkunde und Ausweispapier erörtert. Da das Ausweispapier besondere Erscheinungsform einer öffentlichen Urkunde ist,<sup>28</sup> wird auch die öffentliche Urkunde als solche in den Blick genommen.

### 1. Urkunde

#### a) Beweisgegenstand

Das Tatobjekt des § 267 StGB ist die unechte Urkunde.<sup>29</sup> Die von § 267 StGB geschützte Funktion der Urkunde ist damit, zu garantieren, dass die verkörperte Erklärung echt ist, d.h. authentisch, will sagen: tatsächlich von der Person herrührt, die in der Urkunde als Erklärender erscheint.<sup>30</sup> Beweisgegenstand ist also die Urheberschaft einer Erklärung. Urkunden

---

aner kennend *Fischer* (Fn. 12), § 316c Rn. 12; *Heger* (Fn. 10), § 316c Rn. 10, *Zieschang*, in *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 10), § 316c Rn. 26; a.A. *Wieck-Noodt*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 10), § 316c Rn. 30: auch wenn „der Täter zB eine Person mit der Schusswaffe niederschlägt und dabei in Kauf nimmt, dass sich ein Schuss löst“.

<sup>26</sup> Statt vieler *Erb* (Fn. 10), § 267 Rn. 5 ff.; differenzierend *Puppe/Schumann* (Fn. 10), § 267 Rn. 5: „Mittel zur Gestaltung des Rechtsverkehrs, erst dann ein Mittel zum Beweis dieser Gestaltung“.

<sup>27</sup> Vgl. statt aller *Puppe/Schumann* (Fn. 10), § 281 Rn. 6.

<sup>28</sup> Siehe unten III. 3. a), b) aa).

<sup>29</sup> Die verfälschte Urkunde ist ein Unterfall der unechten Urkunde, *Puppe/Schumann* (Fn. 10), § 267 Rn. 84.

<sup>30</sup> Statt aller *Puppe/Schumann* (Fn. 10), § 267 Rn. 6.

tragen so zu einem verlässlichen Rechtsverkehr jenseits des gesprochenen (und vernommenen) Wortes bei. Der Empfänger einer Erklärung muss nicht erst Rücksprache halten, sondern darf aufgrund der Urkunde darauf vertrauen, dass er den, der als Erklärender erscheint, an der verkörperten Erklärung festhalten kann.<sup>31</sup>

#### b) Beweiskraft

Worauf sich dieses Authentizitätsvertrauen in den Gewährungsträger Urkunde stützt, was die „besondere Beweistüchtigkeit der Urkunde“<sup>32</sup> ausmacht, erklärt sich nicht von selbst. Die Urkunde setzt nach der heute anerkannten Definition schließlich keine Authentizitätsmerkmale wie eine handschriftliche Unterschrift oder ein Siegel voraus. Ausreichend ist jede Verkörperung einer Erklärung (im Rechtsverkehr) von einiger Dauerhaftigkeit,<sup>33</sup> im Übrigen ist die Urkunde formfrei. Damit unterscheidet sich eine unechte Urkunde von einer echten Urkunde allein durch den fehlenden Erklärungswillen (des anscheinend Erklärenden). Sie ist mitunter äußerlich von einer echten Urkunde nicht zu unterscheiden. Augenfällig ist das bei einem missbräuchlich in den Rechtsverkehr entäußerten (bereits fertiggestellten) Entwurf.<sup>34</sup> Die Urkundenfälschung ist daher weniger als Missbrauch einer bestimmten Form, vielmehr als „Missbrauch des Instituts der Erklärung im Rechtsverkehr“ zu charakterisieren.<sup>35</sup>

Dass man auch ohne einen tatsächlichen Vertrauenstatbestand selbst auf die Authentizität leicht fälschbarer Urkunden vertrauen darf – etwa auf einen maschinengeschriebenen Brief ohne Unterschrift –, wird letztlich allein durch das Recht begründet, namentlich durch die Strafbarkeit der Urkundenfälschung gem. § 267 StGB.<sup>36</sup> Abgesehen von dieser „formellen Beweiskraft“, besitzt die Urkunde keinen höheren Beweiswert als ein Augenscheinsobjekt.<sup>37</sup> Der Straftatbe-

---

<sup>31</sup> Vgl. *Erb* (Fn. 10), § 267 Rn. 8, 27; *Puppe/Schumann* (Fn. 10), § 267 Rn. 6; *Puppe*, Die Fälschung technischer Aufzeichnungen, 1972, S. 175 f.; *Vogler*, Die „zusammengesetzte Urkunde“ aus zeichentheoretischer Sicht, 1993, S. 91 ff.

<sup>32</sup> Eingehend *Puppe* (Fn. 31), S. 153 ff.

<sup>33</sup> *Erb* (Fn. 10), § 267 Rn. 25; *Puppe/Schumann* (Fn. 10), § 267 Rn. 17 ff.

<sup>34</sup> *Erb* (Fn. 10), § 267 Rn. 85; *Puppe/Schumann* (Fn. 10), § 267 Rn. 44; *Heine/Schuster*, in *Schönke/Schröder* (Fn. 25), § 267 Rn. 14; a.A. *Kienapfel*, Urkunden im Strafrecht, 1967, S. 203 Fn. 201.

<sup>35</sup> *Puppe/Schumann* (Fn. 10), § 267 Rn. 3.

<sup>36</sup> Außerdem durch einige zivilrechtlicher Vorschriften, insbesondere § 179 BGB.

<sup>37</sup> *Puppe* (Fn. 31), S. 157 f., die auch die folgende anschauliche Feststellung macht: „Wäre es erlaubt zu lügen, urkundliche Erklärungen unter falschem Namen in den Verkehr [...] einzuführen, wie es erlaubt ist, schriftlich wie mündlich im Rechtsverkehr zu lügen, so wäre auf die Echtheit der Urkunden nicht mehr Verlaß als auf ihre Wahrheit oder sonst auf die Wahrhaftigkeit im Rechtsleben“; *Samson*, Urkunde und Beweiszeichen, 1968, S. 118: „Erst die Tatsache, dass die Fälschung von Urkunden mit Strafe bedroht ist, läßt die ge-

stand der Urkundenfälschung begründet also das von ihm geschützte Vertrauen aus sich selbst heraus. Der strafrechtliche Schutz ist konstitutiv für das Vertrauen.

*c) Mittelbarer Gebrauch*

Kopien einer Urkunde sind, wenn sie als solche erkennbar sind, grundsätzlich<sup>38</sup> weder als echte noch als unechte Urkunde einzuordnen, da sie selbst keine Erklärung verkörpern, sondern ersichtlich nur die im Original verkörperte Erklärung wiedergeben,<sup>39</sup> diese Wiedergabe ist es, die von manchen als mittelbarer Gebrauch eingestuft wird. Der Streit um Anerkennung dieser Rechtsfigur entspinnt sich daran, dass in Zweifel gezogen werden kann, ob eine (als solche erkennbare) Kopie einer Urkunde das Original verlässlich wiedergibt.

Die Rechtsprechung unterstellt seit einer Entscheidung des Reichsgerichts die Verlässlichkeit der Wiedergabe, bzw. sieht über dieses Problem hinweg.<sup>40</sup> Ein Lichtbild, so das Reichsgericht, führe die Urschrift vor Augen, da es „dem jetzigen Stand der Technik entsprechend, nicht nur den wörtlichen Inhalt, sondern auch das gesamte Bild der Urkunde mit allen ihren Besonderheiten ersichtlich macht“.<sup>41</sup> Ein Teil der Literatur stimmt dem zu, erblickt wird ein „Strafbedürfnis,

steigerte Gewißheit der am Rechtsverkehr Beteiligten entstehen, daß mit Urkundenfälschungen grundsätzlich nicht gerechnet werden braucht“; dagegen *Heinrich*, in *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 30 Rn. 2: „Das wäre etwa so, wie wenn man das Vertrauen der Patienten in die Geheimhaltung durch den Arzt auf die Strafdrohung des § 203 zurückführen würde, statt umgekehrt“. Mir scheint der Vergleich aber nicht trefflich zu sein, denn die ärztliche Schweigepflicht ist eine gefestigte, allgemein anerkannte Institution, die auch berufsrechtlich abgesichert ist (exemplarisch § 9 Abs. 1 Berufsordnung für die Ärzte Bayern); formlose verkörperte Erklärungen werden dagegen – entgegen der strafrechtlichen Einstufung als Urkunde – im Alltag nicht als besonders verlässlich erachtet.

<sup>38</sup> Etwas anderes gilt, wenn die Kopie nach dem Erklärungswillen des Ausstellers selbst als Original gelten soll; zu den Einzelheiten *Erb* (Fn. 10), § 267 Rn. 92 ff.

<sup>39</sup> BGHSt 5, 291 (293); 24, 140 (141 f.); ständige Rechtsprechung; stellvertretend für die herrschende Lehre *Erb* (Fn. 10), § 267 Rn. 97; *Heine/Schuster* (Fn. 34), § 267 Rn. 42a; a.A. aber etwa *Freund*, JuS 1991, 723, der die Anforderungen des Urkundenbegriffs als erfüllt ansieht; *Freund*, Urkundenstraf-taten, 2. Aufl. 2010, Rn. 102, 127 ff., 272b f.; sowie *Puppe*, in: *Roxin/Widmaier/Canaris/Heldrich/Schmidt* (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, Strafrecht, 2000, S. 569 (579 ff., 586 ff.), die dafür plädiert, den verkörperten Inhalt, nicht aber seine Verkörperung als Gegenstand des maßgeblichen Erklärungswillens zu betrachten; *Puppe/Schumann* (Fn. 10), § 267 Rn. 24 f.

<sup>40</sup> RGSt 69, 228 (230 f.); BGHSt 5, 291 (292); 24, 140 (142); BGH NJW 1978, 2042 (2043); BGH StV 1994, 18; BGH NJW 2016, 884 (886); BayObLG NJW 1990, 3221; BayObLG NJW 1991, 2163; BGH NJW 2020, 3260 (3261 Rn. 21).

<sup>41</sup> RGSt 69, 228 (231).

gewisse Manipulationen mit Fotokopien immerhin zum Teil als Urkundenstraf-taten zu erfassen“.<sup>42</sup> Das überwiegende Schrifttum lehnt dies aber ab.<sup>43</sup> Eingewandt wird, dass eine erkennbare Kopie das Original nur mit eingeschränkter Verlässlichkeit wiedergeben könne; schließlich könnte der Kopiervorgang Manipulationen am Original verschleiern.<sup>44</sup> Problematisch ist auch, wenn die Kopie nicht auf eine unechte Urkunde, sondern etwa auf die Collage mehrerer echter Urkunden zurückgeht.<sup>45</sup>

Indem die Rechtsprechung die Vorlage einer als solche erkennbaren Urkundskopie als Gebrauch einstuft, spricht sie dem § 267 StGB zusätzlich zum strafrechtlich konstituierten Schutz des Authentizitätsvertrauens einen solchen Schutz des Vertrauens in die originalgetreue Wiedergabe durch die Kopie zu.<sup>46</sup>

*2. Öffentliche Urkunde*

*a) Beweisgegenstand*

Eine öffentliche Urkunde unterscheidet sich von sonstigen Urkunden darin, dass ihr auch die Funktion zukommt, die in ihr dokumentierten Daten zu beweisen. § 271 Abs. 2 StGB schützt den Vorlageadressaten einer Urkunde in seinem Vertrauen in die Wahrheit des beurkundeten Inhalts.

<sup>42</sup> *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 21. Aufl. 2020, § 33 Rn. 35; ebenfalls zustimmend *Kindhäuser/Schramm*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 9. Aufl. 2019, § 55 Rn. 44, 69; *Gribbohm*, in *Jähnke/Laufhütte/Odersky* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 7, 11. Aufl. 2005, § 267 Rn. 217, 220.

<sup>43</sup> *Erb* JR 2020, 450 (451); *Erb* (Fn. 10), § 267 Rn. 198 ff.; *Erb*, GA 1998, 577 (590 f.); *Hoyer* (Fn. 10), § 267 Rn. 88; *Zieschang* (Fn. 10), § 267 Rn. 120, 217; *Otto*, JuS 1987, 761 (769 f.); *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 2, 10. Aufl. 2012, § 65 Rn. 69; *Gustafsson*, Die scheinbare Urkunde, 1993, S. 40; *Wohlers*, JR 2001, 82 (83); *Jeschek*, GA 1955, 97 (105); *Heine/Schuster* (Fn. 34), § 267 Rn. 42c; *Wittig* (Fn. 11), § 267 Rn. 81.

<sup>44</sup> *Erb* (Fn. 10), § 267 Rn. 199: „sekundäres Medium, das [...] allenfalls eine oberflächliche Plausibilität dafür in Anspruch nehmen kann, ein entsprechendes Original exakt wiederzugeben“.

<sup>45</sup> Nach der Rechtsprechung nicht tatbestandsmäßig, BGHSt 24, 140 (142, Abdecken eines Teils einer echten Urkunde); BayObLG NStZ 1994, 88; OLG Düsseldorf NStZ 2001, 482 (jeweils Collage); *Puppe* (Fn. 31), S. 207 Fn. 12: die Herstellung einer Fotokopie, zu der es kein Original gebe, führe die Theorie vom mittelbaren Gebrauch des Originals ad absurdum; *Erb* (Fn. 10), § 267 Rn. 200: „willkürliche Ungleichbehandlung gleichwertiger Fälle“; kritisch auch *Meyer*, MDR 1973, 9 (11 f.); *Freund*, StV 2001, 234; *Otto*, JuS 1987, 761 (769); *Puppe*, JURA 1979, 630 (640 f.); *Gustafsson* (Fn. 38), S. 40; *Heine/Schuster* (Fn. 34), § 267 Rn. 42c; *Cornelius*, NJW 2020, 3263.

<sup>46</sup> *Erb*, JR 2020, 450 (451): „Systembruch“; *Erb* (Fn. 10), § 267 Rn. 200: „dogmatische[r] Bruch“; *Wohlers*, JR 2001, 82 (83): „dogmatische Notkonstruktion“.

b) *Beweiskraft*

Dieses Vertrauen in die Inhaltswahrheit, man spricht hier vom öffentlichen Glauben, stützt sich richtigerweise auf die behördliche Wahrheitspflicht.<sup>47</sup> Die Behörde ist gesetzlich zur Ermittlung der Wahrheit und der wahrheitsgemäßen Beurkundung verpflichtet, sie hat anders als Private grundsätzlich kein Recht zur Lüge. Im Fall des Personalausweises regelt § 5 Abs. 2 PAuswG, welche Angaben in den Ausweis einzutragen sind, § 9 Abs. 4 PAuswG ordnet an, dass im Zweifel die zur Feststellung der Identität erforderlichen Maßnahmen zu treffen sind.

c) *Mittelbarer Gebrauch*

Der Gebrauch im Sinne des § 271 Abs. 2 StGB wird einhellig so verstanden wie der Gebrauch im Sinne des § 267 StGB.<sup>48</sup> Demnach dürften all diejenigen, die den mittelbaren Gebrauch dort als tatbestandsmäßig ansehen, dies auch hier annehmen. Wer mit der Gegenansicht die Verlässlichkeit der Wiedergabe des Originals in Zweifel zieht, der kann auch nicht auf die Wahrheit des wiedergegeben Inhalts vertrauen und wird die Rechtsfigur auch im Rahmen des § 271 Abs. 2 StGB ablehnen.

3. *Ausweispapier*

a) *Beweisgegenstand*

Um den Beweisgegenstand und damit die Funktion eines Ausweisapiers zu ermitteln, ist zunächst herauszuarbeiten, was es begrifflich von sonstigen Urkunden unterscheidet. Für Ausweisapapere kommen, da sie Gewähr für ihre inhaltliche Richtigkeit bieten sollen,<sup>49</sup> keine Privaturkunden, sondern nur öffentliche Urkunden in Betracht.<sup>50</sup>

Die Frage ist nun, was Ausweisapapere von sonstigen öffentlichen Urkunden unterscheidet. Einer verbreiteten Formulierung zufolge sind Ausweisapapere „Papere, die dem Nachweis der Identität oder der persönlichen Verhältnisse einer Person dienen“.<sup>51</sup> Ein so formulierter Begriff des Aus-

weisapapere erfasst aber letztlich jede personenbezogene öffentliche Urkunde. Da es kaum öffentliche Urkunden ohne personenbezogene Daten gibt, ist dieser Begriff ausufernd. Er schafft keine hinreichende Abgrenzung zur öffentlichen Urkunde, ihm fehlt die erforderliche Trennschärfe. Zu erfassen sind daher nur Papere, die dem Nachweis der Identität einer Person dienen. Die Papere müssen zum Identitätsnachweis bestimmt<sup>52</sup>, aber, um ein besonderes Vertrauen zu begründen, hierzu auch geeignet sein.<sup>53</sup> Neben Personalausweisen und Pässen werden überwiegend auch Führerscheine zu den Ausweisapapieren gezählt,<sup>54</sup> weil man, mit *Hecker* gesprochen, davon ausgeht, dass ihnen bestimmungsgemäß „mehrere Primärfunktionen“ zugleich zukommen, also der Nachweis der Fahrerlaubnis und der Identität,<sup>55</sup> auch Aufenthaltserlaubnisse kann man so betrachten.

Damit ist die spezifische Funktion eines Ausweisapapere ausgemacht: die Beglaubigung einer Identitätsbehauptung des Sichausweisenden bei der Vorlage des Ausweisapapere. Beweisgegenstand des Ausweisapapere ist die Identität von Sichausweisendem und der Person, für die das Ausweisapapere ausgestellt wurde.

b) *Beweiskraft*

aa) *Behördliche Wahrheitspflicht bei der Identitätsbeurkundung*

Das Vertrauen in die Wahrheit der Identitätsbehauptung fußt zunächst auf der behördlichen Wahrheitspflicht bei der Identitätsbeurkundung.<sup>56</sup> Aus sich selbst heraus vermag das Ausweisapapere die Identitätsbehauptung aber nicht zu untermauern, denn der öffentliche Glaube der Beurkundung reicht über die Wahrheit der personenbezogenen Daten und der Personenidentität beim Beurkundungsvorgang nicht hinaus. Die bei Vorlage des Ausweisapapere behauptete Personenidentität liegt außerhalb des Dokumentierten.<sup>57</sup>

<sup>47</sup> *Puppe/Schumann* (Fn. 10), § 271 Rn. 9 ff; *Puppe*, ZNotP 2008, 12 (13); *Hoyer* (Fn. 10), § 271 Rn. 3; *Freund*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 10), § 271 Rn. 20: „besondere Wahrheitspflicht“; BGHSt 44, 186 (188): „Die Beurkundung einer Tatsache, die weder nach dem Gesetz noch nach einer anderen Vorschrift (zwingend) angegeben werden braucht, und deren unwahre Kundgabe die Wirksamkeit der Beurkundung nicht berührt, kann grundsätzlich nicht als die Beurkundung einer rechtlich erheblichen Tatsache angesehen werden“.

<sup>48</sup> Statt aller *Erb* (Fn. 10), § 271 Rn. 37.

<sup>49</sup> Siehe sogleich b) aa).

<sup>50</sup> *Hoyer* (Fn. 10), § 281 Rn. 1; *Puppe/Schumann* (Fn. 10), § 281 Rn. 3, § 275 Rn. 4; *Erb* (Fn. 10), § 281 Rn. 2; § 275 Rn. 3; *Dehne-Niemann*, HRRS 2019, 405 (409); anders *Hecker*, GA 1997, 525 (527), der gewisse amtliche Urkunden unabhängig von der Reichweite des öffentlichen Glaubens einbeziehen will; so auch *Maier* (Fn. 10), § 281 Rn. 2.

<sup>51</sup> *Hecker*, GA 1997, 525 (526); *Zieschang* (Fn. 10), § 281 Rn. 4; *Heine/Schuster* (Fn. 34), § 281 Rn. 3; *Rengier* (Fn. 42), § 38 Rn. 4.

<sup>52</sup> *Hecker*, GA 1997, 525 (528); *Fischer* (Fn. 12), § 281 Rn. 2; 275 Rn. 2;

<sup>53</sup> Siehe sogleich III. 3. b) cc).

<sup>54</sup> *Erb* (Fn. 10), § 281 Rn. 2, § 275 Rn. 3; *Hecker*, GA 1997, 525 (528); *Zieschang* (Fn. 10), § 281 Rn. 4; *Heger* (Fn. 10), § 281 Rn. 2; *Maier* (Fn. 10), § 281 Rn. 2; a.A. *Puppe/Schumann* (Fn. 10), § 281 Rn. 13: ausweisgleiche Urkunde i.S.d. Abs. 2 (insoweit widersprüchlich § 281 Rn. 3; § 275 Rn. 4); die Abgrenzung zu den ausweisgleichen Urkunden i.S.d. Abs. 2 ist nicht einfach, da es Auslegungsfrage ist, ob ein gewisses zum Identitätsnachweis geeignetes Dokument jeweils vom hoheitlichen Aussteller (Abs. 1) oder vom Verkehr (Abs. 2) dazu bestimmt ist; zu Abs. 2 siehe unten IV. 1.

<sup>55</sup> *Hecker*, GA 1997, 525 (528); BGHSt 25, 95 (96) und BGHSt 23, 299 (301), jeweils zu § 271 StGB.

<sup>56</sup> Vgl. *Dehne-Niemann*, HRRS 2019, 405 (410): „erhöhte Beweiskraft des Originalausweisapapere als [...] öffentliche Urkunde“; *Puppe/Schumann* (Fn. 10), § 281 Rn. 3; ähnlich der 2. Senat, der die besondere Bedeutung amtlicher Ausweisapapere betont, BGH NStZ-RR 2020, 282 (283).

<sup>57</sup> *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 43), § 66 Rn. 36.

bb) *Besitz*

Nach einer Ansicht ist der Besitz des Ausweispapiers der maßgebliche Vertrauenstatbestand.<sup>58</sup> Richtig ist, dass der Besitz einer der maßgeblichen Gesichtspunkte ist. Ein gewisses Vertrauen erwächst nämlich bereits daraus, dass man Ausweispapiere als höchstpersönliche Gegenstände – anders als Urkunden, die ja insbesondere dem Rechtsverkehr unter Abwesenden dienen – immerhin für gewöhnlich nicht aus der Hand gibt. Hinreichend verlässlich ist dieser Vertrauenstatbestand per se aber nicht, denn der Besitz ist als rein tatsächlicher Zustand völlig formfrei übertragbar.

cc) *Überprüfbarkeit durch Identifikationsmerkmale*

Es ist die Möglichkeit der Identitätsfeststellung, die den öffentlichen Glauben auf die Wahrheit der Identitätsbehauptung erstreckt. Ausweispapier (Erklärungsträger) und Ausweisinhaber (Bezugsobjekt) bilden bei der Vorlage eine *Beweiseinheit*. Mit dem Begriff der Beweiseinheit wird sonst die zusammengesetzte Urkunde bedacht,<sup>59</sup> eine Kombination aus Erklärungsträger und Bezugsobjekt, die körperlich zu einer einheitlichen Urkunde verbunden sind.<sup>60</sup> Zur ihr besteht im vorgelegten Ausweispapier die Parallele, dass sich die maßgebliche Erklärung nur bei Kombination beider Elemente entnehmen lässt; hierauf haben schon *Maurach/Schroeder/Maiwald* hingewiesen.<sup>61</sup> Anders als bei der zusammengesetzten Urkunde, wird die Verbindung zum Bezugsobjekt nicht durch eine körperliche Verbindung geschaffen – so verfahren wir nur mit Tieren.<sup>62</sup> Stattdessen wird die Verbindung durch die Identifikationsmerkmale geschaffen: sie ermöglichen eine eindeutige Zuordnung von Ausweispapier und Ausweisinhaber, die hoheitliche *Bestimmung* zum Identitätsnachweis manifestiert sich in ihnen zur *Eignung* zum Identitätsnach-

weis. Deshalb setzt der Begriff des Ausweispapiers mindestens ein Identifikationsmerkmal (im häufigsten Fall ein Lichtbild der Person)<sup>63</sup> voraus, mit Hilfe dessen der Vorlageadressat die Feststellung der Identität vornehmen kann.<sup>64</sup>

Anders als das Authentizitätsvertrauen in Urkunden lässt sich das Vertrauen in eine mit einem Ausweispapier belegte Identitätsbehauptung damit auf einen *tatsächlichen* Gesichtspunkt stützen. Der strafrechtliche Schutz, den § 281 StGB gewährt,<sup>65</sup> konstituiert das Vertrauen in die Identitätsbehauptung, die mit einem Ausweispapier belegt wird, daher nicht erst, sondern sichert ein bestehendes tatsächlich-fundiertes Vertrauen zusätzlich strafrechtlich ab. Es geht insbesondere um die Fälle, in denen der Täter sich zunutze macht, dass die Identifikationsmerkmale auf den Ausweisbesitzer scheinbar zutreffen.<sup>66</sup> Und auch wenn die Identifikationsmerkmale nicht einmal annähernd übereinstimmen, kann ein Ausweispapier missbraucht werden; oft wird sich nämlich ein gutgläubiger Vorlageadressat mit der bloßen Möglichkeit der genauen Überprüfung begnügen, ohne tatsächlich davon

<sup>58</sup> *Hoyer* (Fn. 10), § 281 Rn. 1; so auch *Dehne-Niemann*, HRRS 2019, 405 (410): „besitzgestützte Berufung des Täters auf die erhöhte Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde“ als „entscheidendes Kriterium“.

<sup>59</sup> So etwa *Heine/Schuster* (Fn. 34), § 267 Rn. 36a; *Zieschang* (Fn. 10), § 267 Rn. 100; von der „Beweismittelinheit“ sprechen *Freund* (Fn. 34), Rn. 81; *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 44. Aufl. 2020, Rn. 896.

<sup>60</sup> Vgl. dazu *Erb* (Fn. 10), § 267 Rn. 47 ff; *Mosiek*, Das Bestandteilsprinzip im Urkundenstrafrecht, 1972, S. 47 ff.

<sup>61</sup> *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 43), § 66 Rn. 36: „der Täter greift weder die Echtheit noch die Wahrheit der Urkunde an, sondern die Bezugnahme der Urkunde auf einen außerhalb ihrer selbst liegenden Sachverhalt. Insofern gleicht die Tat dem Austausch des Trägers bei den trägerbezogenen Urkunden [...], wobei allerdings die Verbindung zwischen Urkunde und Träger hier nur rechtlich ist“; die Möglichkeit des Identitätsabgleichs kann aber durchaus als tatsächliche Verbindung bezeichnet werden.

<sup>62</sup> Kühе etwa sind gem. Art. 4 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 1760/2000 mit einer identifizierenden Ohrenmarke zu versehen; zur Frage, ob das alle Kühе mit Ohrenmarken zu zusammengesetzten Urkunden macht *Puppe/Schumann* (Fn. 10), § 267 Rn. 37.

<sup>63</sup> *Erb* (Fn. 10), § 281 Rn. 4, nennt außerdem im Dokument gespeicherte und bei der Vorlage durch Geräte auslesbare und überprüfbare biometrische Daten, „Unterschrift, die dem Vorlageadressaten den Vergleich mit einer in seinem Beisein geleisteten weiteren Unterschrift des Inhabers gestattet“ sowie theoretisch eine detaillierte verbale Personenbeschreibung.

<sup>64</sup> *Erb* (Fn. 10), § 281 Rn. 2; § 275 Rn. 3; *Steinhilper*, GA 1985, 114 (130); ein Identifikationsmerkmal werden im Übrigen als für die Ausweiseigenschaft wesentlich all jene ansehen, die es explizit als konstituierend für die ausweisgleiche Urkunde halten, siehe dazu die Nachweise in Fn. 87; anders, einen Führerschein ohne Lichtbild als Ausweispapier einstuftend OLG Hamm VRS 5, 619 (620); eine Ausnahme macht *Erb* (Fn. 10), § 275 Rn. 3, aber für die Geburtsurkunde, die trotz fehlenden Lichtbilds Ausweispapier sei; so auch *Zieschang* (Fn. 10), § 275 Rn. 3; *Heine/Schuster* (Fn. 34), § 275 Rn. 5; *Maier* (Fn. 10), § 275 Rn. 3. Dem ist nicht zu folgen, denn da sie gem. § 59 PStG nur Angaben über Namen, Geschlecht, Geburtstag und -ort, Namen der Eltern sowie ggf. Religionszugehörigkeit enthält, ist sie zum Identitätsnachweis nicht geeignet.

<sup>65</sup> Laut *Cramer*, GA 1963, 363 (366), wird geschützt „das Interesse des Rechtsverkehrs an eindeutiger Identitätsfeststellung“; in der Sache ebenso *Zieschang* (Fn. 10), § 281 Rn. 1: Wahrheitsschutz beim Umgang mit Ausweisurkunden; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2005, § 69 Rn. 2: Schutz vor dem „Angriff gegen die bestimmungsgemäße Verwendung des Beweismittels“; BGH NJW 2020, 3260 (3261 f. Rn. 24): „Schutz des Rechtsverkehrs durch Identitätsschutz“; unzutreffend aber *Heine/Schuster* (Fn. 34), § 281 Rn. 1: „dient dem Schutz der inhaltlichen Richtigkeit amtlicher Ausweis-Dokumente“, entsprechender Schutz wird nur durch §§ 271, 348 StGB vermittelt; mittelbar schützt § 281 StGB (wie § 267 StGB) die individuelle Dispositionsfreiheit, *Erb* (Fn. 10), § 281 Rn. 1.

<sup>66</sup> Vgl. *Puppe/Schumann* (Fn. 10), § 281 Rn. 6; *Cramer*, GA 1963, 363 (367); *Hecker*, GA 1997, 525 (526).

Gebrauch zu machen. Jeweils wird der besonders starke Rechtsschein der Beweiseinheit missbraucht.<sup>67</sup> Hierin, im Ausnutzen einer trügerischen Beweiseinheit aus Ausweispapier und Sichausweisendem, liegt das spezifische Unrecht des § 281 StGB.

Auch die Existenz der Tatbestandsvariante des Überlassens (§ 281 Abs. 1 Var. 2 StGB), die in § 267 StGB keine Entsprechung findet, lässt sich so erklären.<sup>68</sup> Das Überlassen ist Vorbereitungshandlung zur Schaffung einer trügerischen Beweiseinheit.

### c) Mittelbarer Gebrauch

#### aa) Unvollständige Beweiseinheit

Wer nun ein Ausweispapier unter Abwesenden in Kopie übermittelt, macht sich seine spezifische Funktion, die Herstellung der Beweiseinheit, nicht zunutze, d.h. er gebraucht das Ausweispapier nicht im Sinne der Vorschrift. Der Vorlageadressat erfährt hier das tatbestandliche Unrecht des § 281 StGB nicht. Wem ein Ausweispapier in Kopie übermittelt wird, hat keinen zureichenden tatsächlichen Grund, auf die Identität des Sichausweisenden zu vertrauen. Nicht einmal der (wie dargelegt unzureichende) Vertrauenstatbestand des Besitzes ist für den Vorlageadressaten gesichert. Er hat nur die Gewissheit, dass das Gegenüber über eine Kopie verfügt.<sup>69</sup> Das ist ersichtlich kaum etwas wert.<sup>70</sup> Auch der Empfänger selbst wird ja mit dem Erhalt der Kopie in die Lage versetzt, diese beliebig weiterverbreiten zu können.<sup>71</sup>

Der These des 5. *Senats*, dass die Täuschung mittels elektronischer Bilddatei ein besonderes Vertrauen beeinträch-

tigt,<sup>72</sup> ist also zu widersprechen. Es besteht kein besonderes Vertrauen, das beeinträchtigt werden könnte,<sup>73</sup> sondern bloß ein allgemeines Vertrauen, das sich von sonstigem durch Täuschung herbeigeführten Vertrauen nicht absondert. Es fehlt am Ausnutzen, am Missbrauch der trügerischen Beweiseinheit aus Ausweispapier und dem Sichausweisenden; diese qualifizierte Täuschung ist es, die den Tatbestand von der straflosen Lüge unterscheidet.<sup>74</sup>

Wenn das Vermögen des Getäuschten betroffen ist, greift der Betrugstatbestand ein,<sup>75</sup> der sogar völlig naives Vertrauen schützt und auf keine spezielle Form der Täuschung beschränkt ist.<sup>76</sup> Im Unterscheid zu § 281 StGB definiert sich das Unrecht des § 263 StGB aber durch einen konkreten Angriff auf ein fremdes Vermögen, nicht durch den Missbrauch eines besonderen Vertrauens.<sup>77</sup>

Im eher theoretischen Fall der Vorlage einer Ausweiskopie unter *Anwesenden* fehlt ein anderer Bestandteil des erforderlichen Vertrauenstatbestands, der Besitz des Originals.<sup>78</sup> Es liegt dann zwar eine Beweiseinheit vor, aber keine werthaltige. Wer wie die Rechtsprechung bei § 267 StGB über das Problem originalgetreuer Wiedergabe hinwegsieht, dürfte es aber als tatbestandsmäßig einstufen, wenn jemand per Video-Telefonie visuell wahrnehmbar mit einem echten für einen anderen ausgestellten Ausweis über seine Identität täuscht, denn hier wäre die Beweiseinheit gegeben und ein Rückschluss auf den Besitz des Originals möglich.

#### bb) Paradigmenwechsel?

Ein tragfähiger tatsächlicher Vertrauenstatbestand besteht beim mittelbaren Gebrauch von Ausweispapieren also nicht. Nun könnte das Vertrauen in die Identitätsbehauptung aber in

<sup>67</sup> Das erklärt, warum – worauf *Cornelius*, NJW 2020, 3263 hinweist –, § 281 StGB anders als § 267 StGB tatbestandlich keine Manipulation des Tatobjekts voraussetzt: Gegenstand der Manipulation ist hier die Beweiseinheit.

<sup>68</sup> Aus dieser Divergenz folgt der 2. *Senat* zu Recht das Erfordernis der Vorlage des Originals, BGH NSTz-RR 2020, 282 (283); zustimmend *Fischer* (Fn. 12), § 281 Rn. 3; den gegenteiligen Schluss zieht der 5. *Senat* (BGH NJW 2020, 3260 [3261 Rn. 20]); „dass das Gesetz damit deutlich macht, dass bereits der Zuordnung eines Ausweispapiers zum berechtigten Inhaber ein hoher Stellenwert zum Schutz des Rechtsverkehrs zukommt“ (ebd.) ist korrekt; das betrifft aber eben nur das Ausweispapier selbst, nicht Kopien.

<sup>69</sup> Ähnlich *Hecker*, GA 1997, 525 (535 f.): Der Vorlegende „erklärt allenfalls, er habe das Original besessen oder besitze es noch“; zustimmend *Dehne-Niemann*, HRRS 2019, 405 (409). Das ist aber nicht ganz präzise, denn den Erklärungsgehalt einer Identitätsbehauptung wird man dem Verhalten grundsätzlich zuschreiben müssen; diese Behauptung wird aber durch die Vorlage einer Kopie nicht belegt, insoweit zutreffend *Dehne-Niemann*, a.a.O.

<sup>70</sup> So auch *Erb*, JR 2020, 450 (452): ermöglicht „keine Aussage darüber, ob der Absender das Original jemals in der Hand hatte“.

<sup>71</sup> Auf diese Weise war auch der Angeklagte an einen Teil der von ihm versandten Kopien gelangt, BGH NSTz 2019, 675 f.

<sup>72</sup> BGH NSTz 2019, 675 (677 Rn. 24); zweifelnd *Putzke/Precht*, ZJS 2019, 522 (524).

<sup>73</sup> Dies gilt selbst dann, wenn man nur den Besitz an sich als maßgeblichen Vertrauenstatbestand begreift, da die Vorlage der Kopie ja nicht belegt, dass der Vorlegende das Original besitzt, s.o. III. 3. b) cc).

<sup>74</sup> *Puppe/Schumann* (Fn. 10), § 281 Rn. 6; vgl. *Erb*, JR 2020, 450 (452).

<sup>75</sup> Hierzu *Erb*, JR 2020, 450 (452 f.): Lügen die Voraussetzungen des § 263 StGB nicht vor, sei es nicht Aufgabe der Rechtsprechung, „Urkundendelikte in systemwidriger Weise zu Super-Täuschungsdelikten aufzublähen“. Auch *Cornelius*, NJW 2020, 3263, weist auf § 263 StGB hin.

<sup>76</sup> Zur Bedeutung des Opferverhaltens für das materielle Strafrecht („Viktimo-Dogmatik“) siehe *Schünemann*, NSTz 1986, 439.

<sup>77</sup> Pointiert *Kienapfel*, NJW 1971, 1781 (1784, zu § 267 StGB): Wer sich keine Originale vorlegen lasse, solle „anschließend nicht laut schreien und zum Kadi laufen und behaupten, ihm sei strafbares Fälschungsunrecht geschehen“.

<sup>78</sup> Siehe oben III. 3. b) bb); so auch *Erb*, JR 2020, 450 (452): „keine Behörde [käme] auf die Idee, sich im Rahmen ihrer Kontrollaufgaben mit der Vorlage von Ausweiskopien zu begnügen. Ebenso wenig dürfte es eine Fluggesellschaft geben, die einem Fluggast aufgrund einer Passkopie das Besteigen eines Flugzeugs gestattet“.

der Weise durch das Recht begründet sein, wie es für das Authentizitätsvertrauen in Urkunden insgesamt gilt,<sup>79</sup> nämlich durch das Recht, hier also durch einen entsprechend weitreichend verstandenen § 281 StGB.

Anders als bei der Urkundenfälschung, wo die Einbeziehung des mittelbaren Gebrauchs, die Reichweite des durch § 267 StGB selbst konstituierten Schutzes erweitert, gäbe die vom 5. Senat anvisierte Rechtsprechungsänderung dem § 281 StGB, der eigentlich nur das bestehende, tatsächlich-fundierte Vertrauen zusätzlich absichert,<sup>80</sup> eine ganz neue Qualität.

Der Senat sieht sich hierzu durch einen von ihm erkannten Paradigmenwechsel veranlasst, er beruft sich auf eine zugenommene Verbreitung digitaler Urkundskopien im Rechtsverkehr, gerade auch von Ausweiskopien, sowie, insoweit auf seinen Anfragebeschluss verweisend, eine Gesetzesänderung im Pass- und Ausweiswesen.<sup>81</sup> Tatsächlich ist danach die Herstellung und die Verwendung von Ausweiskopien inzwischen explizit erlaubt.<sup>82</sup> Dass der 5. Senat aus dieser Gesetzesänderung falsche Schlüsse gezogen hat, hat bereits der insoweit nicht zustimmende 4. Senat aufgezeigt. Das Verbot des Ablichtens von Pässen und Personalausweisen habe sich als „nicht praxisgerecht erwiesen“, daher habe der Gesetzgeber das Bedürfnis für das Anfertigen von Kopien anerkannt.<sup>83</sup> Daraus dürfe man aber, so der 4. Senat zu Recht, nicht folgern, dass die Kopie an die Stelle der Urschrift treten sollte.<sup>84</sup> Dem Original komme weiterhin eine herausgehobene Bedeutung zu.<sup>85</sup> Der 2. Senat hat sich dem angeschlossen.<sup>86</sup> Ergänzend ist dem 5. Senat zu entgegnen, dass der Gesetzgeber beim praktischen Erfordernis der Anfertigung von Ausweiskopien weniger den Identitätsnachweis vor Augen hatte, als vielmehr den Nachweis bestimmter personenbezogener Daten, etwa des Geburtsdatums oder der Adresse einer Person, deren Identität gar nicht in Zweifel steht. Für den Identitätsnachweis hat der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung an andere Verfahren gedacht: das Post-Ident-Verfahren oder die (durch § 19a PAuswG n.F. ermöglichte) Einschaltung eines Identifizierungsdienstleisters, der auf die eID-Funktion („Online-Ausweis“) des Personalausweises zugreift.<sup>87</sup>

<sup>79</sup> S.o. III. 1. b).

<sup>80</sup> S.o. III. 3. b) cc).

<sup>81</sup> BGH NJW 2020, 3260 (3261 f. Rn. 24–26); BGH NStZ 2019, 675 (677 Rn. 26); zust. *Putzke/Prechtl*, ZJS 2019, 522 (524); sowie *Weidemann* (Fn. 10), § 281 Rn. 6.2.

<sup>82</sup> Gesetz zur Förderung des elektronischen Identitätsnachweises v. 7.7.2017, BGBl. I 2017, S. 2310: § 20 Abs. 2 PAuswG sowie § 18 Abs. 3 PassG.

<sup>83</sup> BGH NStZ-RR 2020, 106; vgl. BT-Drs. 18/11279, S. 27.

<sup>84</sup> BGH NStZ-RR 2020, 106.

<sup>85</sup> BGH NStZ-RR 2020, 106 (107); außerdem verfange der Hinweis auf das deutsche PassG sowie das PAuswG nicht, da Ausweispapiere im Sinne des § 281 Abs. 1 StGB auch ausländische einschließen (auf die das PassG und das PAuswG keine Anwendung finden), Rn. 15.

<sup>86</sup> BGH NStZ-RR 2020, 282 (283); ebenso *Cornelius*, NJW 2020, 3263.

<sup>87</sup> BT-Drs. 18/11279, S. 27.

#### 4. Zwischenfazit: Unterschiedliche Gebrauchsweise von Urkunden und Ausweispapieren

Es besteht ein entscheidender Unterschied in der Gebrauchsweise von Urkunden und Ausweispapieren. Während Urkunden ihre Funktion selbstständig erfüllen, erfüllen Ausweispapiere ihre Funktion, nämlich eine Beweiseinheit mit dem Sichausweisenden herzustellen, nur in Kombination mit ebendiesem. Wird ein Ausweis (in Kopie) unter Abwesenden vorgelegt, ist das Gegenüber als Bezugsobjekt nicht greifbar, so dass der Erklärungsträger Ausweispapier seine spezifische Funktion nicht erfüllen kann.<sup>88</sup> Daraus, dass man Urkunden anders gebraucht als Ausweise, folgen konsequenterweise unterschiedliche Gebrauchs begriffe. Eine unechte Urkunde gebraucht im Sinne des § 267 StGB, wer sie einem anderen zugänglich macht. Ein Ausweispapier gebraucht im Sinne des § 281 StGB, wer es einem anderen in einer Weise zugänglich macht, die ihm eine Identitätsprüfung (durch Abgleich der Identifikationsmerkmale) ermöglicht.<sup>89</sup>

Da letzteres bei der Zusendung einer Ausweiskopie eben nicht möglich ist, ist die Theorie vom mittelbaren Gebrauch im Rahmen des § 281 StGB in jedem Fall abzulehnen, d.h. auch dann, wenn man sie im Rahmen des § 267 StGB befürwortet.

#### IV. Weitere Argumente des 5. und des 4. Senats

Das ermittelte Ergebnis soll nun noch an den weiteren Gegenargumenten des 5. sowie des 4. Senats gemessen werden.

##### 1. Argument § 281 Abs. 2 StGB

Der 4. Senat argumentiert in seinem Antwortbeschluss mit Abs. 2, welcher den Kreis der Tatobjekte um „Zeugnisse<sup>90</sup> und andere Urkunden [...], die im Verkehr als Ausweis verwendet werden“, erweitert.<sup>91</sup>

Hier begnüge sich der Rechtsverkehr („anders als bei der nur durch Vorlage der Urschrift eines hoheitlichen Passes oder Personalausweises möglichen eindeutigen Identifizie-

<sup>88</sup> Auch die Angabe einer fremden Personalausweisnummer und Prüfziffer zum Zwecke der Altersverifikation im Internet erfüllt den Tatbestand daher nicht. Zur zweifelhaften Verlässlichkeit eines solchen Verfahrens vgl. OVG Lüneburg NJW 2008, 1831 (1832).

<sup>89</sup> So auch *Puppe/Schumann* (Fn. 10), § 267 Rn. 9: „Als Ausweis missbraucht wird das Papier nur dann, wenn es gerade in seiner Funktion, die Feststellung der Identität einer Person zu ermöglichen, zur Täuschung im Rechtsverkehr verwendet wird“.

<sup>90</sup> Zeugnisse werden allgemein als Unterfall der Urkunden, die im Verkehr als Ausweis verwendet werden, betrachtet, eingehend *Hecker*, GA 1997, 525 (533 f.). Dies ist auch überzeugend in Hinblick auf den Satzbau des Tatbestands. Anders nur *Rietzsch* (Fn. 10), S. 182, Nr. 14 zu § 281 (siehe Fn. 94).

<sup>91</sup> BGH NStZ-RR 2020, 106 (107).

„nung einer bestimmten Person“ [sic]<sup>92</sup> zum Nachweis bestimmter persönlicher Eigenschaften oder Umstände mit der Vorlage von Kopien. Insoweit müsse der Rechtsverkehr durch § 281 StGB geschützt werden. Dies müsse dann auch für Abs. 1 gelten, da eine unterschiedliche Auslegung der beiden Absätze „mit Blick auf den Schutzzweck der Norm“ nicht sachgerecht erscheine.

Zutreffende Prämisse des *Senats* ist, dass ausweisgleiche Urkunden im Sinne des Abs. 2 weniger strengen Maßstäben unterliegen als Ausweispapiere im Sinne des Abs. 1, die Einzelheiten werden aber kontrovers diskutiert. Weitgehend besteht Einigkeit, dass Abs. 2 die Tatobjekte um Dokumente erweitert, die vom Aussteller nicht (primär) zum Identitätsnachweis bestimmt worden sind, sondern diese Bestimmung vom Verkehr empfangen haben.<sup>93</sup> Umstritten ist aber zum einen, ob auch Abs. 2 auf öffentliche Urkunden beschränkt ist<sup>94</sup> und, für die Argumentation des *Senats* entscheidend, ob sich der Kreis der Tatobjekte durch Abs. 2 auf Urkunden ohne Identifikationsmerkmale erstreckt. Der *4. Senat* bejaht dies implizit, wenn er mit einer verbreiteten Ansicht, u.a. Schulzeugnisse<sup>95</sup>, Taufscheine<sup>96</sup> und Waffenbesitzkarten<sup>97</sup> als Tatobjekte eingestuft.<sup>98</sup> Richtigerweise ist aber auch für ausweisgleiche Urkunden im Sinne des Abs. 2 ein Identifikationsmerkmal vorauszusetzen, denn die Eignung zur Identifi-

kation ist gerade das Wesen eines Ausweises, sodass ohne ein solches Merkmal begrifflich nicht von einer Verwendung „als Ausweis“ zu sprechen ist.<sup>99</sup> Die vom *Senat* genannten Dokumente sind daher nicht tatbestandsmäßig, stattdessen aber zum Beispiel Sportbootführerscheine und Sprechfunkzeugnisse.<sup>100</sup>

Geht man aber wie der *4. Senat* von einem weiten Begriff der ausweisgleichen Urkunde aus, lässt sich dessen Feststellung, dass sich der Verkehr oftmals mit Kopien solcher Dokumente begnüge, kaum bestreiten. Auch hier wird es allerdings oft nicht um den Nachweis der Identität gehen, sondern um den Nachweis eines bestimmten personenbezogenes Datums,<sup>101</sup> sodass kein Gebrauchen im Sinne der Vorschrift gegeben ist.

Dass der *4. Senat* aus dem von ihm für Abs. 2 erlangten Ergebnis dann aus (ungenannten) Schutzzweckerwägungen einen Auslegungsgleichlauf für Abs. 1 folgert, stellt § 281 StGB schließlich auf den Kopf. So verstanden richtet sich die Auslegung des Abs. 1 nach Abs. 2, obwohl das Gesetz doch das umgekehrte Verhältnis anordnet.<sup>102</sup> Die gewünschte Einheitlichkeit kann auf anderem Weg erreicht werden: indem man die Tatbestandsmäßigkeit des mittelbaren Gebrauchs im Rahmen beider Absätze ablehnt.

## 2. Historischer Gesetzgeberwille

Der *5. Senat* geht davon aus, der historische Gesetzgeber, die NS-Reichsregierung<sup>103</sup>, habe den mittelbaren Gebrauch ge-

<sup>92</sup> BGH NStZ-RR 2020, 106 (107); die Erkenntnis, dass nur die Urschrift eine eindeutige Identifizierung ermöglicht, scheint für den *Senat* aber nicht im Widerspruch mit der Anerkennung des mittelbaren Gebrauchs zu stehen.

<sup>93</sup> RGSt 12, 385; *Hoyer* (Fn. 10), § 281 Rn. 3; *Hecker*, GA 1997, 525 (529).

<sup>94</sup> Richtigerweise erstreckt sich auch Abs. 2 nur auf öffentliche Urkunden. Andernfalls würde nämlich eine private Identitätsbeurkundung ohne Grund mit öffentlichem Glauben ausgestattet. So implizit (auf den öffentlichen Glauben abstellend) *Puppe/Schumann* (Fn. 10), § 281 Rn. 12 f.; Privaturkunden ausschließend auch *Hecker* GA 1997, 525 (529 ff.); *Heinrich* (Fn. 37), § 33 Rn. 37; *Otto* (Fn. 65), § 73 Rn. 3; *Heine/Schuster* (Fn. 34), § 281 Rn. 4; *Rengier* (Fn. 42), § 38 Rn. 6; *Wittig* (Fn. 11), § 281 Rn. 5; *Rietzsch* (Fn. 10), S. 182, Nr. 14 zu § 281 StGB, stuft Zeugnisse gesondert ein und verlangt diesbezüglich keine Ausweisgleichheit und sieht „Führungszeugnisse des Arbeitgebers“ als taugliches Tatobjekt an; insgesamt für die Einbeziehung von Privaturkunden dagegen *Erb* (Fn. 10), § 281 Rn. 5; *Hoyer* (Fn. 10), § 281 Rn. 3; *Zieschang* (Fn. 10), § 281 Rn. 5; *Kleszczewski*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2016, § 17 Rn. 130; *Maier* (Fn. 10), § 281 Rn. 4; *Fischer* (Fn. 12), § 281 Rn. 2; *Heger* (Fn. 10), § 281 Rn. 2; *Steinhilper*, GA 1985, 114 (130 f.).

<sup>95</sup> BGHSt 20, 17; *Hecker* GA 1997, 525 (534); *Heine/Schuster* (Fn. 34), § 281 Rn. 4; *Maurach/Schröder/Maiwald* (Fn. 43), § 66 Rn. 37; *Rengier* (Fn. 42), § 38 Rn. 5; *Cramer* GA 1963, 363 (372).

<sup>96</sup> *Heine/Schuster* (Fn. 34), § 281 Rn. 4; *Heger* (Fn. 10), § 281 Rn. 2.; *Cramer*, GA 1963, 363 (372).

<sup>97</sup> *Fischer* (Fn. 12), § 281 Rn. 2; *Zieschang* (Fn. 10), § 281 Rn. 5; *Weidemann* (Fn. 10), § 281 Rn. 4.

<sup>98</sup> BGH NStZ-RR 2020, 106 (107).

<sup>99</sup> *Erb* (Fn. 10), § 281 Rn. 4; Identifikationsmerkmale verlangen auch *Puppe/Schumann* (Fn. 10), § 281 Rn. 13; *Koch*, in *Dölling/Dutge/König/Rössner* (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. 2017, § 281 Rn. 3; *Kleszczewski* (Fn. 93), § 17 Rn. 130; *Maier* (Fn. 10), § 281 Rn. 3; *Bieber*, JuS 1989, 475 (478); *Krell* (Fn. 10), § 281 Rn. 3: nur „Dokumente mit Lichtbild“; entgegen *Oğlakcioğlu*, JA 2018, 428 (429), genügt der Vermerk von „Name, Anschrift und Geburtsdatum“ nicht, da sich anhand dieser Daten die Identität des Gegenübers nicht verifizieren lässt.

<sup>100</sup> *Puppe/Schumann* (Fn. 10), § 281 Rn. 13.

<sup>101</sup> Siehe oben III. 3. c) bb).

<sup>102</sup> Demnach wäre das Ausweispapier (Abs. 1) eine Urkunde, die gleich einer Urkunde verwendet wird, die gleich einem Ausweispapier (Abs. 2) verwendet wird.

<sup>103</sup> § 281 StGB wurde – „zwecks schärferer Bekämpfung des Missbrauchs von Ausweispapieren“ – durch § 4 des Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 4.9.1941 (RGBl. I S. 549) eingeführt, beschlossen von der Reichsregierung, die, auf Art. 1 des Ermächtigungsgesetzes vom 24.3.1933 gestützt, im Dritten Reich als Hauptgesetzgebungsorgan agierte, siehe dazu *Dreier*, Der Staat 2004, 235 (243 ff.). *Dehne-Niemann*, HRRS 2019, 405 (410), attestiert „typisch nationalsozialistische Drastik und Unbestimmtheit“ auf Rechtsfolgenseite („wird mit Gefängnis, in besonders schweren Fällen mit Zuchthaus bestraft“) und meldet daher Bedenken gegen das Berufen auf den Willen des Gesetzgebers an. *Cornelius*, NJW 2020, 3263, äußert ähnliche Bedenken.

nügen lassen wollen.<sup>104</sup> Der so verstandene Gesetzgeberwille wird, so scheint es, aus der Kommentierung des Reichsjustizministerialen *Rietzsch*<sup>105</sup> entnommen. Dort heißt es: „Es braucht nicht das Originalpapier verwendet zu werden; auch der Gebrauch einer beglaubigten oder einfachen Abschrift kann genügen, ebenso eine Fotokopie (RGSt 69, 230)“. Dieser Satz ist nun nicht völlig eindeutig. Einerseits brauche nicht das Originalpapier verwendet zu werden, andererseits heißt es, unter Bezugnahme auf das Reichsgericht, eine Abschrift oder Fotokopie *könne* genügen. Für das Verständnis als „Es braucht nicht [in allen Fällen] das Originalpapier verwendet zu werden“ spricht, dass an die differenzierende Entscheidung des Reichsgerichts angeknüpft wird. Dort wird zunächst zwischen Abschrift und Lichtbild unterschieden, auf diese Differenzierung nimmt *Rietzsch* explizit Bezug, wenn auch „nicht ohne weiteres“.<sup>106</sup> Hinsichtlich der Vorlage eines Lichtbilds lässt sich dem Urteil, an das angeknüpft wurde, wiederum ein differenzierender Maßstab entnehmen. Das Reichsgericht sah den Gebrauch via Lichtbild als tatbestandsmäßig an, da es die Urschrift vor Augen führe, indem es „dem jetzigen Stand der Technik entsprechend, nicht nur den wörtlichen Inhalt, sondern auch das gesamte Bild der Urkunde mit allen ihren Besonderheiten ersichtlich macht“.<sup>107</sup> Das (digitale) Lichtbild eines heutigen Personalausweises wird diesem Kriterium aber nicht gerecht. Die zahlreichen Sicherheitsmerkmale werden durch ein Foto – ob analog oder digital – (auch nach heutigem Stand der Technik) nicht erfassbar,<sup>108</sup> sodass nicht gesagt werden kann, dass ein

<sup>104</sup> BGH NJW 2020, 3260 (3262 Rn. 26); BGH NStZ 2019, 675 (677 f. Rn. 22); so verstanden auch von *Putzke/Prechtl*, ZJS 2019, 523 (524); ebenso *Dehne-Niemann*, HRRS 2019, 405 (410), der aber die so verstandene Ansicht des historischen Gesetzgebers deutlich kritisiert: „gemessen an den übrigen Auslegungsgesichtspunkten [...] schlicht inhaltlich falsch“; der 4. Senat dazu zurückhaltender: die Gesetzesentstehung stehe einer einheitlichen Auslegung des „Gebrauchens“ in § 267 und § 281 StGB nicht entgegen (BGH NStZ-RR 2020, 106 [107]).

<sup>105</sup> *Rietzsch* (Fn. 10), S. 181 Nr. 8 zu § 281 StGB; hierauf verweisend bereits BGH NJW 1965, 642 (643).

<sup>106</sup> *Rietzsch* (Fn. 10), S. 181 Nr. 8 zu § 281 StGB: „Die Ansicht des Reichsgerichts (RGSt 69, 228; 70, 133; HRR 1940 Nr. 1364), die Vorlage einer bloßen Abschrift sei kein Gebrauchmachen im Sinne des § 267 StGB, ist nicht ohne weiteres auf den Bereich des § 281 StGB zu übertragen. Das Reichsgericht erkennt selbst Ausnahmen an, wenn nach allgemeiner Verkehrsausübung die Abschrift als Ersatz der Urschrift zu dienen geeignet ist, und der Verkehr lässt im Bereich des § 281 Abschriften nicht selten als ausreichend gelten, so insbesondere bei den in Abs. 2 erwähnten Zeugnissen, die sogar sehr häufig vorgelegt werden“.

<sup>107</sup> RGSt 69, 228 (231); auf diese Entscheidung weist der 5. Senat hin, ohne aber den dortigen Maßstab an den gegebenen Sachverhalt anzulegen, BGH NStZ 2019, 675 (677 Rn. 25).

<sup>108</sup> Nur durch Kippen des Personalausweises wahrnehmbar sind u.a. folgende Merkmale: Holografisches Porträt (5), 3D-

Foto davon „nicht nur den wörtlichen Inhalt, sondern auch das gesamte Bild der Urkunde mit allen ihren Besonderheiten ersichtlich macht“.

Damit spricht einiges dafür, dass der mittelbare Gebrauch von Personalausweisen auch nach dem Maßstab *Rietzschs* und dem so verstandenen historischen Gesetzgeberwillen als nicht tatbestandsmäßig einzustufen ist.

### 3. Wertungswidersprüche

Eine einheitliche Auslegung des Gebrauchs in § 267 StGB und § 281 StGB vermeide außerdem „ansonsten nicht auflösbare Wertungswidersprüche“, so der 4. Senat.<sup>109</sup> Es ließe sich kaum rechtfertigen, einen Täter straflos zu stellen, der die Kopie eines echten Ausweises vorlege, während der, der mit der Kopie eines gefälschten Ausweises hantiere, bestraft werde. Der 5. Senat hat sich dieser Argumentation angeschlossen.<sup>110</sup>

Dieser „Wertungswiderspruch“ – der übrigens entfällt, wenn man die Theorie vom mittelbaren Gebrauch auch im Rahmen der Urkundenfälschung ablehnt – muss in Hinblick auf den fragmentarischen Charakter des Strafrechts<sup>111</sup> aber nicht aufgelöst werden.<sup>112</sup> Daraus, dass man einen Sachverhalt (Gebrauchen der Kopie eines unechten Ausweises) als Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB einstuft, darf man nicht folgern, dass ein anderer Sachverhalt (Gebrauchen der Kopie eines echten für einen anderen ausgestellten Ausweises) den Tatbestand des Missbrauchs von Ausweispapieren gem. § 281 Abs. 1 StGB erfüllen muss.

Keinesfalls fallen die unterschiedlichen Ergebnisse stärker ins Gewicht als die folgende Unterscheidung, die sich im Rahmen von § 267 StGB bei Anwendung der Theorie vom mittelbaren Gebrauch ergibt: Wer zur Täuschung im Rechtsverkehr eine Urkunde verfälscht und hiervon eine Kopie anfertigt, wird bestraft, wer die Kopie eine Urkunde verfälscht, nicht.<sup>113</sup>

### V. Fazit

Die Rechtsprechungsänderung, die den mittelbaren Gebrauch von Ausweispapieren in den Tatbestand miteinbezieht, kann als Antwort auf eine Frage von hoher praktischer Bedeutung

Bundesadler (6), kinematische Bewegungsstrukturen (7); dazu kommen taktile Merkmale (13), siehe Bundesministerium des Inneren, Der Personalausweis, Sicherheitsmerkmale, Stand: Januar 2014, abrufbar unter:

[https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/themen/moderne-verwaltung/ausweise/personalausweis-sicherheitsmerkmale.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/themen/moderne-verwaltung/ausweise/personalausweis-sicherheitsmerkmale.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (19.2.2021).

<sup>109</sup> BGH NStZ-RR 2020, 106 (107 f.).

<sup>110</sup> BGH NJW 2020, 3260 (3261 Rn. 23).

<sup>111</sup> Siehe dazu *Hefendehl*, JA 2011, 401.

<sup>112</sup> So auch der 2. Senat, BGH NStZ-RR 2020, 282 (283); sowie *Cornelius*, NJW 2020, 3263.

<sup>113</sup> *Erb* (Fn. 10), § 267 Rn. 200; *Erb*, GA 1998, 577 (590); weitere Nachweise siehe Fn. 45.

verstanden werden: Wie kann man sich im Internet gegenüber Privaten rechtssicher ausweisen?

Der 5. *Senats* sieht die Lösung dieses Problems im Zumeilen von Ausweisfotos und sichert diese Methode durch seine Rechtsprechungsänderung strafrechtlich ab. Ein wesentlich verlässlicheres (und milderer) Mittel wäre etwa, wie vom Gesetzgeber bereits angedacht,<sup>114</sup> die eID-Funktion des Personalausweises hierfür nutzbar zu machen. Die aktuellen Smartphones (Apple und Android) verfügen über die entsprechende technische Schnittstelle (NFC) und können mit der „AusweisApp2“ des Bundesinnenministeriums bereits als Lesegerät genutzt werden. Künftig soll dies durch die Möglichkeit, den Personalausweis auf dem Smartphone abzuspeichern, noch nutzerfreundlicher werden, das Anlegen der Karte auf dem Gerät würde so entfallen.<sup>115</sup> Die eID-Funktion auch für das Sichausweisen unter Privaten zu öffnen, wäre eine digitale Lösung für dieses digitale Problem.

Dennoch ist das Anliegen des 5. *Senats* in gewisser Weise nachvollziehbar. Er hat es darüber nur unterlassen, den wesentlichen Unterschied zwischen § 281 StGB und § 267 StGB zu erörtern.<sup>116</sup> Anders als das Vertrauen in die Authentizität einer Urkunde basiert das Vertrauen in die Identität zwischen Sichausweisendem und der Person, für die der Ausweis ausgestellt wurde, auf der tatsächlichen Möglichkeit der Identitätsfeststellung. Die sich so ergebende Beweiseinheit ist bei Vorlage einer (digitalen) Kopie unter Abwesenden nicht gegeben. Der Täter macht sich also keine trügerische Beweiseinheit zunutze und verwirklicht das spezifische Unrecht des § 281 StGB darum nicht. Die Rechtsprechungsänderung fußt auf dieser unzureichenden Differenzierung und ist daher abzulehnen.

---

<sup>114</sup> Siehe oben III. 3. c) bb).

<sup>115</sup> Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines elektronischen Identitätsnachweises mit einem mobilen Endgerät, Stand: 2.2.2021, abrufbar unter: [https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/gesetzgebungsverfahren/DE/Downloads/referentenentwuerfe/entwurf-eines-gesetzes-zur-einfuehrung-eines-elekt-identitaetsnachweises-mit-mobilem-endgeraet.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/gesetzgebungsverfahren/DE/Downloads/referentenentwuerfe/entwurf-eines-gesetzes-zur-einfuehrung-eines-elekt-identitaetsnachweises-mit-mobilem-endgeraet.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (11.3.2021).

<sup>116</sup> So auch die Kritik von *Dehne-Niemann*, HRRS 2019, 405 (410); *Erb*, JR 2020, 450 (450, 453).