

# Der Wille des Gesetzgebers als höchstes Auslegungsziel, verdeutlicht anhand des § 42 StAG

Von RiOLG Prof. Dr. **Tonio Walter**, Regensburg

*Die Auslegung von Gesetzen ist das Tagesgeschäft der Juristen, und sie meinen auch sattsam zu wissen, wie man es zu betreiben habe: mit Savignys Kanon der Auslegungsarten – zuzüglich einiger Ergänzungen wie der verfassungskonformen Auslegung. Erstaunliche Unsicherheit greift indes Platz, wenn diese Auslegungsmodi in unterschiedliche Richtungen führen. Dann wird ziemlich freihändig gewägt und gewogen, und dabei fühlt man sich vielem verpflichtet – der Praktikabilität, der Billigkeit, dem eigenen Judiz –, aber nicht mehr dem mutmaßlichen Willen des Souveräns, also unseres Gesetzgebers. Nur wenn in den Materialien etwas Ausdrückliches steht, hält sich der Rechtsanwender daran gebunden. Und selbst dies nicht immer, und oft eher missmutig als positiv motiviert. Grund dafür dürfte das aristokratische Überlegenheitsgefühl sein, das Savigny den Juristen mit auf den Weg gegeben hat. Ein Überlegenheitsgefühl, um nicht zu sagen: ein Standesdünkel, den sie nicht nur gegenüber juristischen Laien empfinden, sondern auch gegenüber dem Gesetzgeber. Das ist in der gewaltenteiligen Demokratie die falsche Haltung. Dieser Beitrag wirbt für eine andere – siehe seinen Titel. Die Auslegungsfrage, die als Beispiel herhalten muss, betrifft den § 42 des Staatsangehörigkeitsgesetzes (StAG). Sie ist mir im Rahmen meiner richterlichen Tätigkeit begegnet. In der Praxis stellt sie sich immer wieder.*

## I. Einleitung

### 1. Die Auslegungsfrage

Wer einen Antrag auf Einbürgerung stellt und dabei falsche oder unvollständige Erklärungen abgibt, kann sich gemäß § 42 StAG strafbar machen. Fraglich ist, ob dies auch dann gelte, wenn der Antragsteller tatsächlich gute Aussichten oder sogar einen Anspruch auf Einbürgerung hat, das heißt auf der Grundlage richtiger und vollständiger Angaben wahrscheinlich oder garantiert eingebürgert würde. Diese Frage stellt sich in der Praxis vor allem bei Antragstellern, die eine vergleichsweise geringe Vorstrafe verschweigen, und zwar eine Vorstrafe unterhalb der Bagatellgrenze des § 12a StAG. Diese Norm bestimmt, dass im Einbürgerungsverfahren solche Vorstrafen außer Betracht bleiben, die 90 Tagessätze oder drei Monate Freiheitsstrafe nicht übersteigen (Freiheitsstrafen müssen außerdem nach erfolgreicher Bewährung erlassen worden sein).

Auf den Formularen des Einbürgerungsantrages fragen die Behörden allerdings nach jedweden Vorstrafen, also auch nach solchen, die außer Betracht bleiben müssen. Hierauf wird in der Regel besonders hingewiesen. Der Hinweis bezieht sich dann zwar nicht auf § 12a StAG, aber inhaltsgleich auf § 53 BZRG und lautet in etwa, dass sämtliche Vorstrafen mitzuteilen seien, auch solche, die im polizeilichen Führungszeugnis fehlten, und dass der Antragsteller im Einbürgerungsverfahren verpflichtet sei, Vorstrafen auch dann anzugeben, wenn er sich sonst gemäß § 53 BZRG als unbestraft bezeichnen dürfe. Grund ist der Wunsch der Behörden, auf der Grundlage vollständiger Informationen selbst beurteilen

zu können, ob die Bagatellgrenze des § 12a StAG überschritten werde. Dabei spielt auch eine Rolle, dass für diese Frage Berechnungen erforderlich werden können und dass die Behörde bei nur „geringfügiger“ Überschreitung eigenständig entscheiden muss, ob sie die Vorstrafen außer Betracht lässt (auch das steht in § 12a StAG).

Dass Antragsteller Bagatellvorstrafen verschweigen oder ihnen zum Trotz ausdrücklich versichern, nicht vorbestraft zu sein, kann unterschiedliche Gründe haben. Die Hauptgründe dürften sein, dass ein Antragsteller entweder irrig annimmt, auch die Bagatellvorstrafe wäre im Einbürgerungsverfahren von Belang – und ihre Nennung beeinträchtigte seine Aussicht, eingebürgert zu werden, oder schlosse sie aus. Oder ein Antragsteller leugnet die Vorstrafe, weil sie ihm peinlich ist. Dies kann vor allem dann vorkommen, wenn er den Antrag gemeinsam mit einem Sachbearbeiter ausfüllt. Natürlich können beide Motive auch zusammentreffen.

### 2. Zum Aufbau des Beitrages – eine stilistische Vorbemerkung

Die Frage, wie sich eine objektiv günstige Rechtslage auf die Strafbarkeit eines Antragstellers auswirke, führt zu allgemeinen Problemen der Gesetzesauslegung. Daher befasst sich der folgende Hauptteil (II.) alsbald mit Grundsätzlichem zur Auslegung von Gesetzen (unter 2. a). Noch davor, das heißt sogleich unter II. 1., erlaube ich mir, bereits das Ergebnis aller späteren Überlegungen vorzustellen. Es folgt dessen Begründung (II. 2.), und erst danach setzen wir uns mit einer (wohl) abweichenden Ansicht auseinander (II. 3.). Grund dieses Aufbaus ist, dass ich ihn für leserfreundlicher halte als das umgekehrte Schema: 1. Was andere sagen – 2. Kritik – 3. Eigene Lösung. Denn in diesem Schema kann es passieren, dass der Leser orientierungslos durch drei Viertel eines wissenschaftlichen Textes irrt, weil er bis zum Schluss nicht weiß, worauf dessen Verfasser hinaus will. Der umgekehrte Aufbau hat den Vorteil, dass der Verfasser den eigenen Gedankengang am Stück entfalten kann – und dass der Leser jederzeit über die Ansicht des Verfassers im Bilde ist und von Anfang an prüfen kann, ob dessen Kritik an anderen Ansichten zum eingangs vorgestellten Konzept passe. Auch die klassische Rhetorik sieht für eine Rede vor, dass zuerst die eigene Lösung samt Argumenten präsentiert wird und erst danach Einwände und abweichende Ansichten.<sup>1</sup>

Gegen einen solchen Aufbau werden einige einwenden, er lasse es an der nötigen Demut fehlen und sei unwissenschaftlich. Aber das überzeugt mich nicht. Unwissenschaftlich wäre es nur, von vornherein – also schon vor der Lektüre anderer Schriften – eine festgefügte Ansicht zu haben und nicht willens zu sein, sie besseren Argumenten zu opfern. Und es ist auch nicht anmaßend, eine Abhandlung mit der eigenen Ansicht zu eröffnen, wenn und weil dies dem Leser nützt. Ob ein Autor arrogant schreibt, hängt nicht vom Aufbau ab,

<sup>1</sup> Siehe in T. Walter, Kleine Rhetorikschule für Juristen, 2009, S. 119 f.

sondern davon, wie und in welchem Ton er andere Ansichten behandelt. Und daher halte ich es insgesamt nicht nur für zulässig, sondern sogar für einen guten rechtswissenschaftlichen Stil, so wie hier zu gliedern.

### II. Die Auslegung des § 42 StAG anhand des Willens des Gesetzgebers

#### 1. Das Ergebnis vorweg

Um das Folgende zur Auslegung des § 42 StAG zu verstehen, hat man sich dessen Wortlaut vor Augen zu halten:

„Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer unrichtige oder unvollständige Angaben zu wesentlichen Voraussetzungen der Einbürgerung macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen eine Einbürgerung zu erschleichen.“

Dieser Beitrag beschränkt sich auf die Alternative, dass der Täter die Angaben selbst und in eigener Sache macht. Ausgeblendet bleiben also die Varianten, dass jemand die Angaben benutzt und dass er fremdnützig tätig wird. Für die Angaben in eigener Sache schlage ich vor, den Tatbestand mit Blick auf Vorstrafen wie folgt auszulegen: Im äußeren (objektiven) Tatbestand reicht es grundsätzlich aus, dass jemand irgendeine Vorstrafe verschweigt oder leugnet. Allerdings schließt ein Anspruch auf Einbürgerung den äußeren Tatbestand aus. Der innere (subjektive) Tatbestand setzt voraus, dass der Täter das Fehlen eines Einbürgerungsanspruches mindestens billigend in Kauf nimmt und zusätzlich die Absicht hat, mit seinen Angaben die Aussichten auf seine Einbürgerung zu verbessern – durch Vortäuschen eines Sachverhaltes, bei dem er entweder einen Einbürgerungsanspruch hätte (§ 10 StAG) oder wenigstens größere Chancen auf eine günstige Ermessensentscheidung (§§ 8, 9 StAG). Hat ein Antragsteller objektiv einen Anspruch auf Einbürgerung, nimmt aber an, er hätte keinen, und macht nun unrichtige Angaben mit dem Ziel, einen vermeintlich günstigeren Sachverhalt vorzuspiegeln, so ist dies ein untauglicher, bei § 42 StAG strafloser Versuch.

#### 2. Begründung

##### a) Grundsätzliches zur Auslegung von Gesetzen

Wer eine Norm auslegt, muss sagen, mit welchem Ziel und mit welchen Mitteln er dies tue. Über die Mittel sind sich die Juristen weithin einig: Sie untersuchen den Wortlaut, die Systematik, die Entstehungsgeschichte und den Zweck des Gesetzes. Das ist der klassische Auslegungskanon, den man auf *Savigny* zurückführt.<sup>2</sup> Hinzu kommen besondere AuslegungsfILTER: die verfassungs-, europa- und völkerrechtskonforme sowie -freundliche Auslegung. Sie heben aus der Masse der Auslegungsergebnisse, die der klassische Kanon gestattet, einige als zwingend oder vorzugswürdig heraus und

streichen andere als unzulässig. Diese AuslegungsfILTER spielen für unsere Norm indes keine Rolle, so dass wir uns auf den klassischen Kanon der Auslegungsarten beschränken dürfen. Er ist aber lediglich der Werkzeugkasten mit den Auslegungsmitteln und noch nicht das Auslegungsziel.

Hinsichtlich dieses Zieles gibt es eine unausgesprochene, vielleicht auch unbewusste Grundunsicherheit und wohl sogar einen Grundkonflikt – in der Rechtswissenschaft wie in der juristischen Praxis. Mit der Unsicherheit meine ich das Schwanken und Rätseln, das man selbst bei Spitzenjuristen beobachten kann, wenn die einzelnen (klassischen) Auslegungsarten zu unterschiedlichen Ergebnissen führen: Welchem gebührt der Vorrang? Und mit dem Grundkonflikt meine ich die stillschweigende Überzeugung der meisten Rechtslehrer und Richter, besser als Politiker und Parlamentarier zu wissen, wie das richtige Recht zu lauten habe, und die entgegenstehende Mahnung, dass in einem demokratischen Rechtsstaat der Wille des Parlaments das höchste Auslegungsziel sei, dem man alle eigenen Erwägungen zu Nützlichkeit und Vernunft einer Regelung unterzuordnen habe; denn was nützlich und vernünftig sei, entscheide in einer Demokratie das Volk, das heißt in einer repräsentativen Demokratie: das Parlament. Diese zuletzt genannte Position ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts angelegt. Denn das Gericht gibt als Auslegungsziel den objektivierten Willen des Gesetzgebers vor, so wie er aus dem Wortlaut und dem Sinnzusammenhang einer Norm zu ermitteln sei.<sup>3</sup> Ergänze: und soweit kein ausdrücklich erklärter Wille feststellbar ist. Und einer verfassungskonformen Auslegung schiebt das Gericht dort einen Riegel vor, wo sie dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers widerspräche oder seine wesentlichen Ziele vereitelte (mit der Folge, dass ein Gericht dann womöglich nach Art. 100 GG vorlegen muss).<sup>4</sup>

Ich halte diesen Ansatz für richtig und möchte ihn noch einmal zuspitzen.<sup>5</sup> Höchstes Auslegungsziel ist der Wille des gegenwärtigen Gesetzgebers. Zu ermitteln hat man ihn wie den Willen des Geschäftsherrn bei der Geschäftsführung ohne Auftrag und den Willen des Rechtsgutsinhabers bei der mutmaßlichen Einwilligung: Zunächst ist nach ausdrücklichen Willensbekundungen zu suchen. Sie findet man vor allem in den Gesetzesmaterialien. Es kommen aber auch andere Dokumente und Äußerungen der Gesetzgebungsorgane in Betracht, und die Gesetzesmaterialien müssen nicht zwingend jene zu dem auszulegenden Gesetz sein. An zweiter Stelle stehen sonstige Anzeichen, aus denen man auf den Willen des Gesetzgebers schließen kann. Das Verfassungsgericht nennt zutreffend den Wortlaut der Norm und die Gesetzesystematik. Auch die Gesetzesgeschichte kann Hinweise liefern. Ferner mag es möglich sein, aus aktueller Gesetzge-

<sup>2</sup> Siehe *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 206 ff., und dazu *Adomeit/Hähnchen*, Rechtstheorie für Studenten, 6. Aufl. 2011, Rn. 66; *Hohmann*, in: Ueding (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Rhetorik, Bd. 4, 1998, Stichwort „Juristische Rhetorik“ unter B. IV.; *Walter* (Fn. 1), S. 211 f.

<sup>3</sup> Grundlegend BVerfGE 1, 299 (312, ständige Rechtsprechung).

<sup>4</sup> BVerfGE 138, 296 (350); 90, 263 (275); 86, 288 (320); 71, 81 (105); 54, 277 (299).

<sup>5</sup> Siehe bereits *T. Walter*, in: Bockemühl/Gierhake/Müller/Walter (Hrsg.), Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg zum 70. Geburtstag, 2015, S. 471 (473 ff.), sowie *ders.* (Fn. 1), S. 213 ff.

bung an anderer Stelle auf Wertvorstellungen, Anliegen und Wünsche des Gesetzgebers zu schließen. Und erst wenn auch das nicht hilft, darf der Rechtsanwender das objektiv Vernünftige ermitteln. Auch das objektiv Vernünftige muss aber nicht mit dem deckungsgleich sein, was der Rechtsanwender für das Vernünftigste hält. Vielmehr ist das Ziel seiner Überlegungen das nach allgemeiner, will sagen vorherrschender Ansicht Vernünftige.

Bei alldem geht es, nochmals, um den Willen des gegenwärtigen Gesetzgebers, nicht um den des historischen. Denn in dem Zeitpunkt, in dem der Rechtsanwender zu entscheiden hat, ist der aktuelle Gesetzgeber sein Souverän. Allerdings spricht eine Vermutung dafür, dass die Ziele des historischen Gesetzgebers auch die des gegenwärtigen wären, wenn er sich zu der fraglichen Norm zu äußern hätte. Könnte der Rechtsanwender diese Ziele mit dem Wortlaut der Norm auch verwirklichen, hält sie aber für verfassungswidrig, hat er sich dem Willen des Gesetzgebers zu beugen oder – wenn es sich um ein Gericht handelt – den Fall nach Art. 100 GG vorzulegen. Und im Strafrecht zieht der Wortlaut einer Norm dem Willen des Gesetzgebers bekanntlich eine Grenze, die nicht mit einer Analogie oder teleologischen Reduktion zum Nachteil des Rechtsunterworfenen überstiegen beziehungsweise unterlaufen werden darf.

Natürlich ist die Fahndung nach dem Willen des Gesetzgebers oft ein fruchtloses Geschäft: Die Materialien schweigen zu dem fraglichen Fall oder sind widersprüchlich, und es finden sich auch sonst keine fallbezogenen Anzeichen für den – jetzt: hypothetischen – Willen der Gesetzgebungsorgane. Aber das spricht nicht dagegen, diesen Willen zum Ziel der Auslegung zu machen. Denn auch wenn ein Weg schwierig wird oder an einem Abgrund endet, heißt dies nicht, dass der Kompass defekt wäre. Und eine Auslegungslehre kann nie mehr sein als ein Kompass. Sie ist kein Helikopter. Kein durchgreifender Einwand ist ferner der Hinweis, dass man in den Gesetzesmaterialien nur Äußerungen der Bundesregierung, von Vertretern des Bundesrates und einzelner Parlamentarier finde, indes nie den Willen des Gesamtparlaments, den es auch gar nicht gebe. Zum einen kommt es nicht auf den Willen des Gesamtparlaments oder -bundesrates an, sondern auf den der Mehrheiten, die das Gesetz beschließen. Zum anderen müssen sich diese Mehrheiten jene Äußerungen im Gesetzgebungsverfahren zurechnen lassen, von denen sie sich offenbar haben überzeugen lassen. Sicher, das ist weithin eine Fiktion, weil die wenigsten Abgeordneten wissen, was sie beschließen – schon gar nicht im Detail. Aber es ist nicht irgendeine willkürliche, sondern jene große Fiktion, die unseren Staat als Demokratie qualifiziert und trägt; die Fiktion, die Parlamentarier zu Volksvertretern macht und Richter im Namen dieses Volkes urteilen lässt. Wem sie zu groß ist, der streite für mehr direkte Demokratie nach Schweizer Vorbild. Doch das ist für diesen Beitrag ein allzu weites Feld.

Wer den Willen des Gesetzgebers zum Auslegungsziel erklärt, macht sich nicht nur zum ausführenden Organ, sondern nimmt den Gesetzgeber auch in die Pflicht. Denn der muss nun darauf gefasst sein, dass man genau ermittelt, was im Verfahren der Gesetzgebung geäußert worden ist – und dass man diese Äußerungen ernst nimmt. Die am Verfahren

Beteiligten werden so dazu angehalten, sehr darauf zu achten, was sie sagen, und auch zu bedenken, was man daraus schließen kann.

## b) Die Auslegung des § 42 StAG

### aa) Die Gesetzesgenese

Nach dem eben skizzierten Auslegungsmodell hat man für unsere Auslegungsfrage zu § 42 StAG einen besonders neugierigen Blick auf die Gesetzesgeschichte und die Materialien zu werfen. Es ergibt sich, dass § 42 StAG einem Vorstoß des Bundesrates zu verdanken ist. Im ersten Entwurf des StAG war kein Straftatbestand vorgesehen. Der Bundesrat rügte, es komme zu einem Wertungswiderspruch, wenn im Aufenthaltsgesetz und im Asylverfahrensgesetz Straftatbestände gegen Täuschungen ständen, nicht aber im StAG, das den Erwerb der Staatsbürgerschaft und damit weitergehender Rechte regelt als jener, um die es im Aufenthalts- und im Asylverfahrensgesetz gehe (Erwerb eines Aufenthaltstitels beziehungsweise der Anerkennung als Asylsuchender).<sup>6</sup> Der Bundesrat schlug vor, eine Strafnorm in das Gesetz aufzunehmen, die sich an die korrespondierende Norm im Aufenthaltsgesetz angelehnt hätte (§ 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG):

„(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen eine Einbürgerung oder die Genehmigung zur Beibehaltung der deutschen Staatsangehörigkeit oder die Ausstellung eines Staatsangehörigkeitsausweises zu erreichen, oder eine so beschaffte Urkunde wissentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht.

(2) Ebenso wird bestraft, wer einen Ausländer verleitet oder unterstützt, in staatsangehörigkeitsrechtlichen Verfahren unrichtige oder unvollständige Angaben zu machen oder so beschaffte Urkunden zu verwenden, um seine Einbürgerung zu ermöglichen.“

Die Bundesregierung ging auf diesen Vorschlag ein, präsentierte aber die Norm, die dann Gesetz geworden ist, und begründete dies wie folgt:<sup>7</sup> Der Tatbestand des Aufenthaltsgesetzes sei die falsche Referenznorm. Denn dort gehe es lediglich um Aufenthaltstitel, während das StAG die deutlich folgenschwerere Einbürgerung zum Gegenstand habe. Eine passendere Parallele finde sich in § 98 des Bundesvertriebenengesetzes (BVFG): Auch eine Person, die nach dieser Norm falsche Angaben mache, erwerbe, wenn sie Erfolg habe, die deutsche Staatsangehörigkeit; denn das sei die Rechtsfolge, die § 7 StAG an die Ausstellung einer Spätaussiedlerbescheinigung knüpfe. Folglich seien die Sachverhalte nach § 98 BVFG denen des geplanten § 42 StAG eher vergleichbar. Ferner wolle man den Tatbestand auf Täuschungen beschränken, die eine Einbürgerung zum Ziel hätten, und solche ausklammern, denen es nur um eine Beibehaltungsgenehmigung oder einen Staatsangehörigkeitsausweis gehe. Das gebiete der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Das Erschleichen einer Einbürgerung sei das schwerere Unrecht.

<sup>6</sup> BT-Drs. 16/10528, S. 11 f. (auch zum Folgenden).

<sup>7</sup> BT-Drs. 16/10695, S. 2 f.

Auf einen Absatz 2 zur Teilnahme könne man verzichten, da die allgemeinen Vorschriften zu Anstiftung und Beihilfe ausreichen. Zu den weiteren Abweichungen vom Vorschlag des Bundesrates gibt es keine Erläuterungen. Der § 98 BVFG hat die amtliche Überschrift „Erschleichen von Vergünstigungen“ und lautet wie folgt:

„Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer unrichtige oder unvollständige Angaben tatsächlicher Art macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen Rechte oder Vergünstigungen, die Spätaussiedlern vorbehalten sind, zu erschleichen.“

Man sieht, dass sich § 42 StAG eng an dieses Vorbild anlehnt. Allerdings spricht er statt von Angaben tatsächlicher Art von „Angaben zu wesentlichen Voraussetzungen der Einbürgerung“, und natürlich geht es ihm nicht um Rechte oder Vergünstigungen, die Spätaussiedlern vorbehalten sind, sondern schlicht um „eine Einbürgerung“. Was folgt daraus für die oben aufgeworfene Auslegungsfrage? Erstens fällt auf, dass der Gesetz gewordene Wortlaut von einem „Erschleichen“ der Einbürgerung spricht und nicht, wie der Vorschlag des Bundesrates, von deren schlichtem „Erreichen“. Und es lässt sich vermuten, dass der Gesetzgeber damit auch etwas bezwecken wollte. Zweitens liegt es nun nahe zu recherchieren, wie § 98 BVFG ausgelegt wird. Denn wenn der Gesetzgeber diese Norm als Paralleltatbestand betrachtet, wird man sich im Zweifel auch an deren Auslegung orientieren dürfen. Diese Recherche führt zu einem interessanten Ergebnis:

### bb) Die Rechtsprechung zu § 98 BVFG

Für § 98 BVFG ist nämlich sowohl in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes als auch in jener des Bayerischen Obersten Landesgerichts sowie im Schrifttum anerkannt, dass ein Anspruch des Täuschenden auf die Leistung die Strafbarkeit beseitigt.<sup>8</sup> Lediglich ist die Begründung nicht ganz einheitlich und der verbrechenssystematische Ort unklar. Das Bayerische Oberste Landesgericht behandelte den § 98 BVFG gewissermaßen als negatives Sonderdelikt: Strafbar machen könne sich nur, wer kein Spätaussiedler sei. „Besitzt [...] der Täter diesen Status [...], so kann nur die Betrugsvorschrift zur Anwendung kommen“<sup>9</sup>. Dies gelte selbst dann, wenn der Täter im Einzelfall trotz seines Spätaussiedler-Status keinen Anspruch auf die erstrebte Vergünstigung habe. Erst recht gelte es, wenn er jenen Status und einen Anspruch habe. Zur Begründung verwies das Gericht auf den Wortlaut der Norm. Er spreche von Vergünstigungen, „die Spätaussiedlern vorbehalten“ seien. Dem entsprächen Sinn und Zweck der Vorschrift. Sie wende sich nur gegen Täuschungen, die darauf gerichtet seien, den Status als Spätaussiedler zu erlangen. Das war und ist auch die Ansicht der Kommentare.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Siehe BGHSt 28, 155 (159 f.); BayObLG JR 1962, 113; Herzog/Westphal, Nomos Kommentar zum Bundesvertriebenengesetz, 2. Aufl. 2014, § 98 Rn. 1.

<sup>9</sup> BayObLG JR 1962, 113.

<sup>10</sup> Siehe Wache, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar, 208. Lfg., Stand: Mai 2016, § 98 BVFG

Diese Begründung hat allerdings Schwächen. In den Materialien findet sich zum Sinn und Zweck der Vorschrift nichts. Es bleibt allein ihr Wortlaut. Die Formulierung, auf die abgestellt wird, betrifft aber gar nicht besondere Eigenschaften oder Nichteigenschaften des Täters. Sie betrifft noch nicht einmal den äußeren Tatbestand, sondern allein den inneren: Die *Absicht* des Täters muss darauf gerichtet sein, Leistungen zu erschleichen, die Spätaussiedlern vorbehalten sind. Dass ausschließlich das Erschleichen des Spätaussiedler-Status gemeint wäre, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Und es gibt darauf auch sonst keinen Hinweis. Vielmehr ist es viel stimmiger anzunehmen, dass das Gesetz das Erschleichen jedweder Leistung erfassen will, für deren Erwerb der Spätaussiedler-Status Voraussetzung ist; ungeachtet dessen, ob jemand schon seine Eigenschaft als Spätaussiedler vortäuscht, also die Mindestvoraussetzung für den Leistungserwerb, oder tatsächlich Spätaussiedler ist und nur allfällige weitere Voraussetzungen vortäuscht, an die das Gesetz den Leistungsanspruch knüpft – wie in jenem Fall, zu dem das zitierte Urteil des Bayerischen Obersten Landesgerichts erging. Denn auch in einem solchen Fall will jemand eine Leistung erschleichen, die Spätaussiedlern vorbehalten ist: Es geht um eine Leistung, die nur Spätaussiedler bekommen. Und erschleichen will der Täter sie, weil er einen Leistungsanspruch vortäuscht, den er in concreto nun einmal nicht hat. (Genau genommen täuscht er natürlich nicht den Anspruch vor, sondern den Sachverhalt, der dem Anspruch zugrunde liegt.)

Der Bundesgerichtshof hat sich plausibler geäußert, aber gleichwohl dogmatisch unklar. Plausibler, weil er nicht auf eine Eigenschaft des Täters abstellt, sondern allein darauf, ob der Täter einen Anspruch auf die Leistung habe. Dogmatisch unklar, weil er nicht sagt, an welchem verbrechenssystematischen Ort, also *wie* der Anspruch die Strafbarkeit beseitigt: als Ausschluss des äußeren Tatbestandes? Als Fehlen des inneren? Als Strafaufhebungsgrund oder Schuldtausschluss? Da heißt es in dem Urteil des Bundesgerichtshofes etwa, mit einem Anspruch mache sich der Handelnde „nicht strafbar“. Dann heißt es, dass der § 98 BVFG einen solchen Fall nicht „treffen“ wolle, und an anderer Stelle noch, dass er ihn nicht „erfasse“. Eines ist aber klar: Der Bundesgerichtshof fragt allein danach, ob ein solcher Anspruch objektiv bestehe. Denn allein für diesen Umstand interessiert er sich in seinem Urteil. Und er spricht auch nur davon, dass *der Anspruch* eine Bestrafung ausschließe – nicht das Wissen oder der Glaube, einen Anspruch zu haben. Es gilt, diese Rechtsprechung in eine dogmatisch konsistente Lösung zu überführen.

Für die Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts ist dies kaum möglich. Der angebliche Charakter des Tatbestandes als – in der Sache – negatives Sonderdelikt folgt weder aus den Materialien noch aus dem Wortlaut oder der Gesetzessystematik. Und es ist nicht zu erkennen, dass eine solche Auslegung sinnvoll wäre. Denn warum sollte ein Spätaussiedler ohne Leistungsanspruch nur deshalb straffrei

Rn. 1 f.; Nachweise zu älteren Kommentaren bei BGHSt 28, 155 (158 f.).

bleiben, weil er in anderen Fällen aufgrund dieses Status einen Anspruch hätte haben können?

Das Urteil des Bundesgerichtshofes hingegen legt die Norm im Ergebnis so aus, wie man es von zwei strukturell ähnlichen Tatbeständen kennt, und zwar von Diebstahl und Betrug (§§ 242, 263 StGB). Auch bei ihnen schließt nach ganz herrschender Ansicht ein Anspruch auf die Sache beziehungsweise die Verfügung bereits den objektiven Tatbestand aus, obwohl die Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung beziehungsweise Bereicherung dem Wortlaut nach erst im subjektiven Tatbestand steht.<sup>11</sup> Methodisch zu begründen ist dies beim Betrug mit dem juristisch-ökonomischen Schadensbegriff, also mit einer normativen Auslegung des Schadensmerkmals: kein Schaden, wenn auf die Leistung ein Anspruch bestand. Beim Diebstahl ist ein solcher Weg versperrt. Es bleibt nur übrig, den Begriff der „Sache“ teleologisch zu reduzieren. Keine tauglichen Gegenstände des Diebstahls sind dann Sachen, auf deren Übereignung ein einredefreier Anspruch besteht. Mit anderen Worten wird das Fehlen eines solchen Anspruchs als ungeschriebenes (negatives und normatives) Merkmal des objektiven Tatbestands behandelt. Unter dem Strich gilt dann für den Diebstahl wie für den Betrug: Wer keinen Anspruch hat, sich aber einen einbildet, handelt ohne Vorsatz (§ 16 StGB). Und wer den Anspruch hat, dies aber nicht weiß, versucht die Tat (§ 22 StGB). Und genau das sagt der Bundesgerichtshof auch zu § 98 BVFG – mit dem einzigen Unterschied, dass der Versuch dort straffrei ist und die zugehörige Fallgestaltung mithin keine Rolle spielt. Diese Rechtsprechung ist auch in Ordnung:

*cc) Die Legitimität der Rechtsprechung zu § 98 BVFG*

Zunächst ist festzuhalten, dass diese Rechtsprechung das Gesetzlichkeitsprinzip achtet. Sie setzt sich zwar über den Wortlaut hinweg, aber nur zugunsten der Rechtsunterworfenen. Das gilt schon für Betrug und Diebstahl: Nähme man dort das Gesetz beim Wort, so wäre jedenfalls beim Diebstahl wegen vollendeter Tat zu bestrafen – und nicht bloß wegen Versuchs –, wer objektiv einen Anspruch hätte und dies nicht wüsste. Denn für den objektiven Tatbestand spielte der Anspruch keine Rolle, und im subjektiven wäre die zur Vollendung nötige Absicht tatsächlich vorhanden; also die Absicht,

sich die Sache rechtswidrig zuzueignen. Demgegenüber bietet die herrschende Versuchslösung dem Täter die Möglichkeit einer Strafmilderung, § 23 Abs. 2 StGB. Im umgekehrten Fall, wenn der Anspruch also objektiv fehlt, der Handelnde ihn sich aber einbildet, kommt die Rechtsprechung zu dem gleichen Ergebnis wie eine wortgetreue Auslegung. Einziger Unterschied ist, dass die wortgetreue Auslegung den § 16 StGB nicht braucht, sondern schlicht darauf hinweisen kann, dass jene besondere Absicht fehle, die das Gesetz verlange. Für § 98 BVFG gilt das ganze erst recht. Denn dort bedeutet die Versuchslösung nicht nur, dass die Strafe gemildert werden kann, sondern dass sie entfällt.

Die Rechtsprechung passt auch zum Willen des Gesetzgebers. Zweifel haben konnte man daran allenfalls mit Blick auf die frühe Rechtsprechung zu § 242 StGB (sie beginnt mit RGSt 49, 140). Denn ganz ursprünglich sollte das Merkmal der Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung nur den Fall ausschließen, dass der Eigentümer in die Zueignung einwilligt.<sup>12</sup> Doch lag schon damals nahe, dass dies zu eng und die Verortung im inneren Tatbestand missglückt war. Denn es lag schon damals nahe, dass Diebstahlsunrecht nur begeht, wer sich gegen die Eigentumsordnung auflehnt, und dass es hieran fehlt, wenn jemand einen einredefreien Anspruch auf Übereignung der Sache hat. Und daher musste es schon für das Reichsstrafgesetzbuch als verfehlt erscheinen, dass der Wortlaut seines § 242 Fälle als vollendete Delikte erfassen konnte, die in der Sache – materiell – nur versuchte Taten sind; die Fälle nämlich, dass der Handelnde objektiv einen Übereignungsanspruch hat und dies nur nicht weiß.

Diese Vermutungen mögen indes auf sich beruhen, denn kein Zweifel besteht daran, dass der für uns maßgebliche gegenwärtige Gesetzgeber die Rechtsprechung zu §§ 242, 263 StGB billigt. Denn es gibt sie seit Jahrzehnten, und die Legislative hat nie auch nur geringste Anstalten gemacht, sie zu korrigieren. Auch nicht, als 1997/98 die Eigentumsdelikte umfassend geprüft und mit dem Sechsten Strafrechtsreformgesetz vielfältig geändert wurden – sogar im inneren Tatbestand des Diebstahls, um den es hier geht (Aufnahme der Drittzueignungsabsicht). Entsprechendes ist zu § 98 BVFG festzustellen. Auch dort ist die fragliche Rechtsprechung mittlerweile jahrzehntealt und wird vom Schrifttum gestützt. Das ist dem Gesetzgeber bekannt – und war ihm auch bekannt, als er den § 42 StAG geschaffen und dabei auf § 98 BVFG verwiesen hat. Die Begründungsdifferenz zwischen dem Bayerischen Obersten Landesgericht und dem Bundesgerichtshof spielt dafür keine Rolle. Denn hier geht es nur um den Fall des Leistungsanspruchs, und für den unterscheidet sich die Rechtsprechung der Gerichte im Ergebnis nicht. Außerdem hatte der Bundesgerichtshof gegenüber dem Bayerischen Obersten Landesgericht den höheren Rang und hat

<sup>11</sup> Siehe *Vogel*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 242 Rn. 36 ff., 130 f. mit zahlreichen Nachweisen – auch zu den minderheitlich vertretenen abweichenden Ansichten im Schrifttum; *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2014, § 14 Rn. 133 a.E.; siehe ferner *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 242 Rn. 59 („Hat [...] der Täter einen [...] Anspruch [...], so entfällt Diebstahl [...]“); *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 799 („Die Frage, ob der Vermögensvorteil rechtswidrig ist oder nicht, muss *objektiv* bestimmt werden.“ [*Hervorhebung im Original*]); *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 242 Rn. 28 („normatives Tatbestandsmerkmal“).

<sup>12</sup> Siehe *Goldammer*, Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die preußischen Staaten: aus den amtlichen Quellen nach den Paragraphen des Gesetzbuches, Bd. 2, 1852, S. 463 (Äußerungen der Gesetzgeber der Strafgesetzbücher des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Reiches gibt es zu diesem Merkmal nicht).

der Gesetzgeber daher im Zweifel die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zugrunde gelegt.

Ferner ist plausibel, dass der Gesetzgeber die Rechtsprechung zu § 98 BVFG billigt. Denn sie passt zu dem, was mit Einverständnis des Gesetzgebers für Diebstahl und Betrug anerkannt ist. Besonders deutlich ist das für den Diebstahl, da er wie § 98 BVFG im äußeren Tatbestand kein Merkmal hat, das man zu dem gewünschten Ergebnis hin auslegen könnte; anders als der Betrugstatbestand, dessen Schadensmerkmal man im Falle eines Anspruchs auf die Verfügung verneinen kann. Und wie § 242 StGB macht § 98 BVFG erst, aber immerhin im subjektiven Tatbestand deutlich, dass es um ein Handeln ohne Anspruch geht: In § 242 StGB ist von einer *rechtswidrigen* Zueignung die Rede, in § 98 BVFG von einem *Erschleichen*. Zwar mag man über die Bedeutung des Wortes „Erschleichen“ streiten. Jedenfalls in der lebhaften Diskussion zu diesem Begriff in § 265a StGB (Leistungser-schleichung) ist aber als begriffliches Minimum anerkannt, dass von einem Erschleichen nur gesprochen werden kann, wenn der Täter unbefugt handelt – also rechtswidrig.<sup>13</sup> Das entspricht der Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung im Diebstahlstatbestand. Und in beiden Fällen ist unstreitig, dass diese Rechtswidrigkeit durch einen Anspruch des Handelnden ausgeschlossen wird (auf Übereignung beziehungsweise auf die Leistung). Außerdem haben §§ 242, 263 StGB und § 98 BVFG den gleichen Strafrahmen: bis zu fünf Jahre Freiheitsstrafe. Demgegenüber ist in § 95 Abs. 2 AufenthG bei drei Jahren Schluss.

### *dd) Die Rechtsprechung zu § 98 BVFG ist auf § 42 StAG zu übertragen*

Dieser Punkt lässt sich knapp halten: Wenn die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu § 98 BVFG plausibel ist und sich in die Rechtsprechung zu strukturähnlichen Tatbeständen einfügt, die auch den gleichen Strafrahmen haben, und wenn der *Gesetzgeber diese Rechtsprechung insgesamt kennt und billigt* – dann muss man sie auch bei der Anwendung eines neuen Tatbestandes berücksichtigen, den der Gesetzgeber bewusst nach dem Vorbild des § 98 BVFG gestaltet hat.

### *ee) Zur Auslegung des § 42 StAG im übrigen – äußerer Tatbestand*

Die soeben gewonnene Einsicht ist wichtig, aber darauf beschränkt, dass ein Anspruch auf Einbürgerung den äußeren Tatbestand des § 42 StAG ausschließt. Offen ist noch, was gelte, wenn sich die falschen Angaben in anderen Fällen nicht auf das Ergebnis des Einbürgerungsverfahrens auswirken können, und was genau unter Angaben „zu wesentlichen Voraussetzungen der Einbürgerung“ zu verstehen sei. Wenn wir mit diesem letztgenannten Begriff beginnen, ist zunächst noch einmal festzustellen, dass sich die Materialien zu ihm nicht äußern. Wir wissen nicht aus erster Hand, warum der

Gesetzgeber die „Angaben tatsächlicher Art“ aus § 98 BVFG durch die neue Wortwahl ersetzt hat. Aber wir können es vermuten. Die Abkehr von Angaben „tatsächlicher Art“ dürfte ihren Grund darin haben, dass für die Einbürgerung auch rechtliche Umstände von Belang sind, namentlich ein Aufenthaltsrecht, Vorstrafen und der Verlust oder die Aufgabe einer anderen Staatsangehörigkeit. Zwar lässt sich mit Fug sagen, dass auch derartige Umstände – und alles Rechtliche – Tatsachen seien,<sup>14</sup> aber das ist nicht die herrschende Ansicht. Und wer begrifflich auf Nummer sicher gehen will, lässt die Beschränkung auf Angaben „tatsächlicher Art“ besser weg.

Etwas schwieriger ist es, die neue Beschränkung auf Angaben „zu wesentlichen Voraussetzungen der Einbürgerung“ auszulegen. Klar und außer Streit ist, dass dadurch solche Angaben aus dem Tatbestand fallen, die für die Behörde in keinem Fall entscheidungserheblich sein können, etwa zur Schulbildung, Haarfarbe oder zu einer Scheidung oder Berufstätigkeit.<sup>15</sup> Irrelevant sind solche Angaben, weil sie sich nicht auf die Voraussetzungen beziehen, die §§ 8, 9, 10 StAG für eine Einbürgerung nennen. Und das liefert auch den Schlüssel für die Frage, ob das Leugnen von Bagatellvorstrafen (§ 12a StAG) überhaupt dem Wortlaut des gesetzlichen Tatbestandes unterfalle. Dagegen ließe sich zwar sagen, etwas, das § 12a StAG für unbeachtlich erkläre, könne nicht für § 42 StAG „wesentlich“ sein.<sup>16</sup> Doch dies unterstellte dem Gesetz einen Wortlaut, den es nicht hat. Das Gesetz sagt nicht: „Wer wesentliche Voraussetzungen der Einbürgerung vortäuscht oder Einbürgerungshindernisse verschweigt [...]“, sondern: Wer *zu* wesentlichen Voraussetzungen unrichtige oder unvollständige Angaben macht. Das erfasst sämtliche Angaben, die sich auf eine wesentliche Voraussetzung beziehen; ohne dass sie diese Voraussetzung bereits vollständig enthalten müssten.

Eine solche Gesetzesfassung hat auch ihren Sinn: Der Behörde soll eine vollständige und richtige Grundlage für ihre Entscheidung zur Verfügung gestellt werden. Eine vollständige und richtige Grundlage dafür, selbst zu prüfen, ob alle unabdingbaren Voraussetzungen der Einbürgerung vorliegen. Und eine lückenlose Grundlage für Ermessensentscheidungen (§ 8 StAG) sowie für die Beurteilung dessen, ob die Bagatellgrenze des § 12a StAG im Einzelfall nur „geringfügig“ überschritten werde oder stärker.

Es bleibt die Frage, was der Unterschied zwischen wesentlichen und nicht wesentlichen Voraussetzungen sei. Gibt es überhaupt so etwas wie nicht wesentliche, und das heißt doch: „unwesentliche Voraussetzungen“? Ist das nicht ein Selbstwiderspruch? Drei Deutungen bieten sich an: Einmal mag man annehmen, diese Formulierung sei der leicht verun-

<sup>13</sup> Siehe nur *Tiedemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2010, § 265a Rn. 34 m.w.N.

<sup>14</sup> Siehe *T. Walter*, Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland, 1999, S. 66 ff., und *ders.*, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 226 f.

<sup>15</sup> Siehe *Fahlbusch*, in: Hofmann (Hrsg.), Ausländerrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 42 StAG Rn. 6; *Marx*, in: Fritz/Vormeier (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Staatsangehörigkeitsrecht, 33. Lfg., Stand: November 2015, § 42 StAG Rn. 15.

<sup>16</sup> So *Fahlbusch* (Fn. 15), § 42 StAG Rn. 7.

glückte Versuch des Gesetzgebers, Angaben zu jenen Fragen aus dem Tatbestand herauszuhalten, bei denen es gar nicht um die Voraussetzungen der Einbürgerung gehe; also Fragen nach der Haarfarbe, der Schulbildung und dergleichen, für die auch anerkannt ist, dass sie für § 42 StAG außer Betracht bleiben, siehe oben. Diese Lesart könnte aber nicht erklären, warum das „wesentlich“ im Gesetz steht. Denn eine bestimmte Haarfarbe, Schulbildung und so fort ist eben überhaupt keine Voraussetzung der Einbürgerung, sondern wird lediglich in dem zugehörigen Verwaltungsverfahren eventuell mitabgefragt.

Eine andere Deutung des Wortlauts geht dahin, zwischen solchen Voraussetzungen der Einbürgerung zu unterscheiden, die zwingend vorliegen müssen, und solchen, über deren Fehlen sich die Behörde durch eine Ermessensentscheidung oder das Ausschöpfen eines Beurteilungsspielraums hinwegsetzen kann. Diese Lesart reduzierte die wesentlichen Einbürgerungsvoraussetzungen indes darauf, dass der Antragsteller eine Unterkunft in Deutschland hat und sich dort gewöhnlich und rechtmäßig aufhält. Nur diese drei Erfordernisse sind das tatbestandliche Minimum einer sogenannten Ermessenseinbürgerung nach §§ 8, 9 StAG. Eine Täuschung über Vorstrafen wäre dann in keinem Fall strafbar. Ebenso wenig eine Täuschung über einen jener Umstände, die nach § 10 StAG einen Anspruch auf Einbürgerung geben, sogenannte Anspruchseinbürgerung. Das hat der Gesetzgeber sicher nicht gewollt.

Daraus lässt sich aber eine dritte Deutung des Merkmals der „wesentlichen Voraussetzungen“ der Einbürgerung ableiten. Und zwar könnte man die eben genannte Auslegung: nur ermessensfeste Voraussetzungen ohne Beurteilungsspielraum sind wesentlich, so erweitern, dass zusätzlich solche Voraussetzungen wesentlich seien, die einen Einbürgerungsanspruch begründen – also nur bei einer Einbürgerung nach § 10 StAG zwingend gegeben sein müssen. Mit anderen Worten wären all jene Voraussetzungen wesentlich, die entweder bei einer sogenannten Ermessenseinbürgerung nach §§ 8, 9 StAG oder bei einer Anspruchseinbürgerung nach § 10 StAG unabdingbar sind, das heißt ermessensfest und ohne Beurteilungsspielraum vorliegen müssen. Diese Auslegung gibt dem Wort „wesentlich“ einen Sinn, und sie erfasst besonders gefährliche und daher besonders strafwürdige Täuschungen. Daher halte ich sie für vorzugswürdig. Dabei ist erneut zu berücksichtigen, dass der Tatbestand lediglich täuschende Angaben zu den wesentlichen Voraussetzungen verlangt. Der Täter muss eine solche Voraussetzung nicht vollständig vortäuschen. Es reicht, wenn seine Angaben sich auf die Voraussetzung beziehen, das heißt für deren Prüfung wissenswert sind. Dies führt auch dazu, dass es für unsere Fälle nicht darauf ankommt, ob man die zuletzt oder die an erster Stelle genannte Deutung bevorzugt (die an zweiter Stelle genannte ist keine ernsthafte Alternative). Denn beide Deutungen führen dazu, dass sämtliche falschen oder unvollständigen Angaben zu Vorstrafen dem Wortlaut unterfallen.

Offensichtlich ist dies, wenn man die erste Lesart wählt, nach der nur solche Angaben aus dem Tatbestand herausfallen, die sich überhaupt nicht auf die tatsächlichen Voraussetzungen der Einbürgerung beziehen (Haarfarbe und so weiter).

Aber auch wenn man auf jene Voraussetzungen abstellt, die nach §§ 8, 9 oder § 10 StAG ermessensfest und ohne Beurteilungsspielraum vorliegen müssen, kommt dieses Ergebnis heraus. Denn zwar erlauben §§ 8, 9 StAG der Behörde, auch vorbestrafte Ausländer einzubürgern – selbst wenn die Bagatellschwelle des § 12a StAG mehr als nur geringfügig überschritten wird. Aber § 10 StAG erlaubt das nicht. Einen Anspruch auf Einbürgerung hat nur, wer allenfalls bis zur Schwelle des § 12a StAG vorbestraft ist. Diese Schwelle ist zwar nicht vollkommen fix, weil die Behörde im Einzelfall auch Vorstrafen außer Betracht lassen darf, die 90 Tagessätze oder drei Monate Freiheitsstrafe geringfügig übersteigen. Aber „geringfügig“ heißt eben nicht beliebig. Jenseits dieser Geringfügigkeitsgrenze sind Vorstrafen folglich ein absolutes Anspruchshindernis. Und damit sind Angaben zu Vorstrafen stets Angaben zu einer wesentlichen Voraussetzung der Einbürgerung.

#### *ff) Innerer Tatbestand*

Er hat zunächst den äußeren Tatbestand zu spiegeln. Folglich muss der Täter mindestens billigend in Kauf nehmen, dass er keinen Einbürgerungsanspruch hat. Bei ihm handelt es sich um ein (negatives) normatives Tatbestandsmerkmal. Der Vorsatz entfällt daher bereits, wenn der Täter in seiner Laiensphäre irrig annimmt, einen solchen Anspruch zu haben. Nach der herrschenden Meinung zur bewussten Fahrlässigkeit reichte es für einen Tatbestandsirrtum sogar schon, dass er einen solchen Anspruch für möglich hielte und darauf vertraute, dass er auch tatsächlich bestehen werde. Mindestens billigend in Kauf nehmen muss der Täter ferner, dass er inkorrekte Angaben macht mit Bezug zu einer Einbürgerungsvoraussetzung – das heißt mit Relevanz für eine Einbürgerungsvoraussetzung –, die bei einer Einbürgerung nach §§ 8, 9 StAG oder bei einer „Anspruchseinbürgerung“ nach § 10 StAG ermessensfest vorliegen muss. Zum Vorsatz hinzutreten muss dann noch die überschießende Absicht, eine Einbürgerung zu erschleichen. Der Täter muss folglich zu dem Zweck handeln, eingebürgert zu werden.

#### *3. Die (wahrscheinlich) abweichende Ansicht des Kammergerichts*

Der 4. und der 5. Strafsenat des Kammergerichts meinen, § 42 StAG erfasse jedwedes Verschweigen oder Ableugnen einer Vorstrafe – ungeachtet dessen, ob die Angaben tatsächlich geeignet waren, die Entscheidung der Behörde zu beeinflussen, und das heißt wahrscheinlich auch: ungeachtet dessen, ob der Antragsteller einen Anspruch auf Einbürgerung hat, weil seine Vorstrafe nach § 12a StAG außer Betracht bleiben muss und die übrigen Voraussetzungen des § 10 StAG vorliegen.<sup>17</sup> Allerdings hat sich das Kammergericht mit dem Fall eines Einbürgerungsanspruchs nicht ausdrücklich befasst. Daher bleibt es immerhin möglich, dass das Gericht für diesen Fall zu einem anderen Ergebnis käme. Seine Be-

<sup>17</sup> KG, Urt. v. 2.12.2015 – (5) 161 Ss 231/15 (46/15), Rn. 16-21 (juris); KG, Urt. v. 12.8.2011 – (4) 1 Ss 268/11 (170/11), Rn. 6-11 (juris).

gründung für die bisherige Rechtsprechung deutet aber eher in die andere Richtung: § 42 StAG sei ein abstraktes Gefährungsdelikt, weswegen es nicht darauf ankomme, ob die falschen Angaben im Einzelfall geeignet seien, die Entscheidung der Behörde zu beeinflussen. Die Straffreiheit eines Antragstellers sei eine wesentliche Voraussetzung der Einbürgerung, daran ändere auch die Ausnahmvorschrift des § 12a StAG nichts. Ferner sei diese Auslegung des § 42 StAG auch den Gesetzesmaterialien zu entnehmen. Bundesrat und Bundesregierung hätten die Notwendigkeit erkannt, Täuschungen im Einbürgerungsverfahren unter Strafe zu stellen, und dabei auf die Strafvorschriften des Aufenthaltsgesetzes und des Bundesvertriebenengesetzes verwiesen. Daher widerspräche es dem Gesetzeszweck, § 42 StAG enger auszulegen als diese beiden Referenznormen. Und zu derjenigen des Aufenthaltsgesetzes (§ 95 Abs. 2 Nr. 2) habe der Bundesgerichtshof ausdrücklich entschieden, dass der äußere Tatbestand schon erfüllt sei, wenn die richtige Anwendung des materiellen Aufenthaltsrechts durch die Falschangaben abstrakt gefährdet würde (BGH, Beschl. v. 2.9.2009 – 5 StR 266/09, Rn. 19 [juris]). Das sei bei falschen Angaben zu Vorstrafen der Fall.

Nach den Ausführungen oben 2. b) zur Gesetzesgenese des § 42 StAG ist klar, dass diese Begründung in ihrem entscheidenden Teil nicht stimmt: Der Gesetzgeber hat sich nicht gleichberechtigt auf die Strafnormen sowohl des Aufenthalts- als auch des Vertriebenengesetzes gestützt, sondern er hat sich ausdrücklich geweigert, die Strafnorm des Aufenthaltsgesetzes zum Vorbild zu nehmen, und hat § 42 StAG bewusst der Strafnorm des Bundesvertriebenengesetzes nachgeformt. Daher kann § 42 StAG nicht so ausgelegt werden, wie der Bundesgerichtshof § 95 AufenthG anwendet, sondern muss so ausgelegt werden wie § 98 BVFG; und zu dieser Norm ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes eine andere. Das hat auch gute Gründe. Einer davon ist der Wortlaut, der in § 42 StAG wie im Bundesvertriebenengesetz von einem „Erschleichen“ spricht und nicht, wie im Vorschlag des Bundesrates, von einem schlichten „Erreichen“ oder – in § 95 AufenthG – von einem ebenso schlichten „Beschaffen“. Ein weiterer Grund sind die Strafraumen: nur bis zu drei Jahre Freiheitsstrafe in § 95 Abs. 2 AufenthG – aber bis zu fünf Jahre Freiheitsstrafe in § 98 BVFG und § 42 StAG. Und es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber diese Rechtsprechung billigt und bei Schaffung des § 42 StAG kannte. Sie verlangt, dessen äußeren Tatbestand zu verneinen, wenn der Antragsteller einen Anspruch auf die Einbürgerung hat.

Zutreffend ist die Rechtsprechung des Kammergerichts indes insofern, als es sich bei § 42 StAG in der Tat um ein abstraktes Gefährungsdelikt handelt. Denn zwar verlangt dieser Tatbestand – wie alle Tatbestände<sup>18</sup> – einen Erfolg: Es müssen Angaben gemacht worden sein. Aber dieser Erfolg

<sup>18</sup> Näher T. Walter, in: Fahl/Müller/Satzger/Swoboda (Hrsg.), Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe, Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 327. Ebenso bereits Rotsch, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 432 ff.; ders., ZIS 2014, 579 (583 ff.).

muss weder in einer Verletzung noch einer konkreten Gefährdung des Angriffsobjekts bestehen, wie immer man dieses Objekt für § 42 StAG definieren mag.<sup>19</sup> Allerdings folgt aus der Deliktsnatur als abstraktes Gefährungsdelikt nicht, was das Kammergericht daraus ableiten will. Oder umgekehrt: Die hier als vorzugswürdig vorgestellte Auslegung ändert nichts an jener Deliktsnatur. Denn in allen Fällen, in denen der Antragsteller keinen Anspruch auf Einbürgerung hat, bleiben die falschen Angaben zu Vorstrafen ungeachtet dessen tatbestandsmäßig, ob sie für die Entscheidung der Behörde ursächlich werden. Zuzugeben ist dem Kammergericht allerdings, dass der Tatbestandsausschluss bei einem Einbürgerungsanspruch der Deliktsnatur als abstraktes Gefährungsdelikt einen Tropfen Wasser beimischt. Denn in der Sache handelt es sich dabei um einen Tatbestandsausschluss wegen absoluter Ungefährlichkeit. Aber das ist erstens nichts, was der Bundesgerichtshof kategorisch ablehnte. Vielmehr zieht er dergleichen für § 306a StGB immerhin in Betracht, wenn sich der Täter bei einer Brandstiftung an einem kleinen Wohngebäude vergewissert, dass sich niemand darin aufhält.<sup>20</sup> Zweitens hat der Bundesgerichtshof eine solche Lösung für § 98 BVFG ausdrücklich verlangt. Und das ist nicht nur vernünftig, sondern für die Auslegung des § 42 StAG maßgeblich, siehe oben.

Prinzipiell richtig liegt das Kammergericht auch mit seiner Auslegung des Begriffes der „wesentlichen Voraussetzungen“ – jedenfalls mit Blick auf Vorstrafen und wenn man sich den Überlegungen oben 2. b) ee) anzuschließen vermag: Jedes Verschweigen oder Leugnen einer Vorstrafe ist eine falsche Angabe zu einer wesentlichen Voraussetzung der Einbürgerung.

#### 4. Noch einmal zum Einwand absoluter Ungefährlichkeit

Wenigstens vertretbar wäre es sogar, den äußeren Tatbestand des § 42 StAG schon dann zu verneinen, wenn die Vorstrafen des Antragstellers objektiv klar unter der Bagatellgrenze des § 12a StAG blieben. „Klar“ heißt, dass sie nicht in den Bereich einer „geringfügigen“ Überschreitung der Grenze hineinragen dürften, in dem die Behörde im Einzelfall entscheiden kann, ob sie die Vorstrafen berücksichtigt oder nicht. Die Vorstrafen dürften also zusammen nicht mehr als 90 Tagessätze beziehungsweise drei Monate Freiheitsstrafe betragen (wobei Freiheitsstrafen nach erfolgreicher Bewährung erlassen worden sein müssten). Vertretbar wäre es dann, den äußeren Tatbestand zu verneinen, weil in solchen Fällen eine Gefahr für das Angriffsobjekt absolut ausgeschlossen wäre: Die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben könnte sich auf die Entscheidung der Behörde nicht auswirken. Man hätte insgesamt so zu argumentieren wie zu § 306a

<sup>19</sup> Vgl. Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 11), Vor §§ 13 ff. Rn. 129 f.; T. Walter, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2010, Vor § 13 Rn. 65.

<sup>20</sup> So in BGHSt 26, 121 (124 f.), aber offengelassen. Ebenso in allen späteren Entscheidungen, etwa BGHSt 34, 115 (118); BGH NSStZ 2014, 404 Rn. 19.

StGB.<sup>21</sup> Eine zusätzliche subjektive Voraussetzung wäre folglich, dass sich der Antragsteller über die Bagatellgrenze zuverlässig informiert und gegebenenfalls zutreffend gerechnet hätte. Denn für § 306a StGB wird der Tatbestandsausschluss nur erwogen, wenn sich der Täter vergewissert, dass niemand in dem Gebäude ist. Ob ein solcher Tatbestandsausschluss tatsächlich das Richtige ist – für § 306a StGB oder § 42 StAG –, möge hier ebenso auf sich beruhen wie in der Rechtsprechung. Es handelt sich um eine Grundfrage zu den abstrakten Gefährdungsdelikten, die dieser Beitrag nicht beantworten kann.

### III. Fazit: die Demokratisierung der Jurisprudenz als Methodenziel

Dieser Beitrag hatte und hat ein zweifaches Ziel. Zum einen geht es ihm um eine eng umgrenzte Auslegungsfrage zu § 42 StAG: Unterfällt diesem Tatbestand jedwedes Verschweigen oder Leugnen einer Vorstrafe? Die Antwort lautet: Grundsätzlich ja – aber dann nicht, wenn der Antragsteller einen Anspruch auf die Einbürgerung hat. Außerdem kommt ein Tatbestandsausschluss immerhin in Betracht, wenn die Vorstrafen unter der Bagatellgrenze des § 12a StAG bleiben und sich der Antragsteller dessen vergewissert hat. Das zweite Ziel des Beitrages reicht weiter und besteht in dem Aufruf, bei der Auslegung von Gesetzen den Willen des Gesetzgebers als höchstes Auslegungsziel zu betrachten:

#### 1. Der Grundsatz: der Wille des Gesetzgebers als höchstes Auslegungsziel

Dieser Grundsatz erzwingt einen sehr genauen Blick in die Materialien. Und jenseits der Fälle, die in den Materialien unmissverständlich behandelt werden, lautet die Maxime nicht: Was finde ich plausibel? Sondern: Was hat der Gesetzgeber vermutlich gewollt – oder was würde er gewollt haben, wenn er sich mit der Frage befasst hätte? Dafür hat man den Blick auch auf Gesetze und Äußerungen des Gesetzgebers außerhalb jenes Gesetzgebungsverfahrens zu richten, das die auszuliegende Norm hervorgebracht hat. Erst wenn auch das nicht weiterhilft, darf man auf allgemein herrschende Rechts- und Vernunftüberzeugungen zurückgreifen.

Wenn sich der Rechtsanwender in dieser Art zum denkenden Diener des Gesetzgebers macht, so ist dies für den Gesetzgeber kein bequemerer Sessel als der, in dem er schon sitzt. Denn je genauer der Rechtsanwender den Gesetzgeber nimmt, desto genauer muss der darauf achten, was er sagt. Oder beschweigt. Der Gesetzgeber bekommt keine neue Macht, sondern wird in die Pflicht genommen. Außerdem hat der Rechtsanwender den Willen des Gesetzgebers nicht schrankenlos zu verwirklichen. Die Schranken zieht das höherrangige Recht, namentlich das Verfassungs-, Europa- und Völkerrecht. Allerdings ist es dann eine zweite Frage, welcher Rechtsanwender diese Schranken konkretisieren und auf ihre Beachtung pochen darf. Bei dieser Frage geht es um

die Kompetenzen der Verwaltung und der Instanzgerichte im Verhältnis zum Bundesverfassungsgericht und zu den internationalen Gerichten (EuGH, EGMR, IGH). Das zu vertiefen, ist hier kein Raum.<sup>22</sup> Nebenbei sei darauf hingewiesen, dass auch dieser Punkt im Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag eine Parallele hat, das ist der § 679 BGB. Und davon unberührt bleibt die Maxime, die ich für die Anwendung der einfachen Gesetze empfehlen möchte: dass man sich dabei als ein solcher Geschäftsführer fühlen möge – mit dem Gesetzgeber als Geschäftsherrn.

Natürlich hinkt der Vergleich, denn der Rechtsanwender hat schließlich einen Auftrag zur Rechtsanwendung. Aber welcher Vergleich tut das nicht, und jener Unterschied lässt unberührt, was der Vergleich zum Ausdruck bringen soll.

#### 2. Konkretisierungen

Die Überlegungen zu § 42 StAG führen noch zu einigen Konkretisierungen des Aufrufes, den Willen des gegenwärtigen Gesetzgebers zum Auslegungsziel zu machen. Erstens ist im Zweifel anzunehmen, dass der Wille dieses Gesetzgebers der gleiche ist wie der des historischen, dass also der gegenwärtige Gesetzgeber eine Regelung aus denselben Gründen und mit derselben Reichweite für sinnvoll hält, wie dies der historische tat. Diese Vermutung ist aber widerleglich: Macht der aktuelle Gesetzgeber zum Beispiel mit den 1901a ff. BGB klar, dass er die Selbstbestimmung eines Patienten über das Prinzip bedingungslos – man kann auch sagen: rücksichtslos – Lebensschutzes stellt, dann heißt dies für § 216 StGB, dass der gegenwärtige Gesetzgeber dessen Reichweite einschränken will, und zwar genau so weit, wie die neuen BGB-Normen reichen.<sup>23</sup>

Anzunehmen ist im Zweifel ferner, dass der gegenwärtige Gesetzgeber die Gesetzeslage im übrigen kennt, und zwar umfassend kennt, wenn er ein neues Gesetz schreibt. Wenn man so will, ist dies eine Form des Kennenmüssens: Kennen die handelnden Personen die Gesetzeslage tatsächlich nicht, ist dies sorgfaltswidrig und später kein Grund, sich darüber zu beschweren, wenn jene Gesetzeslage bei der Auslegung der Norm in Betracht gezogen wird. Gleiches gilt hinsichtlich der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Beide Male nimmt die Vermutung den Gesetzgeber in die Pflicht: Er hat sich einen Überblick über jene Gesetzeslage und jene Rechtsprechung zu verschaffen. Allerdings sind auch diese Vermutungen widerleglich. Folgt aus den Materialien – oder anderen Quellen –, dass sich der Gesetzgeber der fraglichen anderen Normen beziehungsweise der fraglichen Rechtsprechung tatsächlich nicht bewusst gewesen ist, darf man ihm dieses Bewusstsein nicht mehr unterstellen. Das wäre, wieder zivilistisch formuliert, ein treuwidriges Verhalten.

Schließlich noch sind dem Gesetzgeber sinnvolle Überlegungen zu unterstellen. Das heißt auch, dass im Zweifel jedes Wort der Gesetzesformulierung eine Funktion erfüllen muss.

<sup>22</sup> Vgl. immerhin schon *Walter* (Fn. 5), S. 471.

<sup>23</sup> BGHSt 55, 191 Rn. 25 a.E.; *T. Walter*, ZIS 2011, 76 (80 ff.); *Gaede*, NJW 2010, 2925 (2927). Für eine weiterreichende Straffreiheit etwa *Engländer*, JZ 2011, 513 (519); *Verrel*, NStZ 2011, 274 (277).

<sup>21</sup> Siehe neben den Urteilen aus Fußnote 20 *Heine/Bosch*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 11), § 306a Rn. 2 mit zahlreichen Nachweisen.

Dies ist in der Methodenlehre allgemein anerkannt als das Prinzip, eine Norm so auszulegen, dass keines ihrer Merkmale überflüssig wird.<sup>24</sup> Ein Beispiel für die hier erörterte Auslegungsfrage ist das Wort „wesentlich“ im äußeren Tatbestand des § 42 StAG. Auch insoweit folgt aus der Auslegungsregel eine Pflicht des Gesetzgebers, mit Bedacht zu formulieren.

### *3. Des Grundsatzes Grund: eine Demokratisierung der Jurisprudenz*

Der Aufruf, den Willen des Gesetzgebers zum höchsten Auslegungsziel zu machen, ist zugespitzt gesprochen nicht weniger als ein Aufruf zur Demokratisierung der Jurisprudenz; Jurisprudenz verstanden als Gesamtheit von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft. Eine Demokratisierung als Ausgleichsbewegung zu jener Aristokratisierung, die *Savigny* für die Juristen im Verhältnis zum Gesetzgeber in Anspruch nahm<sup>25</sup> – und die in deren Selbstverständnis nach meinem Eindruck fortwirkt und so auch die Gesetzesauslegung beeinflusst. Das aber ist im demokratischen Rechtsstaat die falsche Haltung. In ihm haben die Verwaltung und die Gerichte die Wünsche des Gesetzgebers auch dann zu respektieren, wenn sie ihnen unvernünftig oder systemwidrig erscheinen. Und sie haben mit Vorrang und echtem Interesse nach diesen Wünschen zu forschen, bevor sie überlegen, was wohl vernünftig und systemkonform sei.

---

<sup>24</sup> Siehe schon *Ulpian*, *Digesten* 2, 7, 5 § 2 a.E., und dazu *Liebs*, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, 7. Aufl. 2007, S. 242. Siehe ferner *Adomeit/Hähnchen* (Fn. 2), Rn. 25.

<sup>25</sup> Siehe *Savigny*, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, S. 23, 48, 61, 66, 72 f. Dazu *Lahusen*, *Alles Recht geht vom Volksgeist aus*, *Friedrich Carl von Savigny und die moderne Rechtswissenschaft*, 2013, S. 40 ff., 94 f. und passim.