



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

1 StR 173/21

vom  
23. September 2021  
in der Strafsache  
gegen

- 1.
- 2.
- 3.
- 4.

wegen bandenmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in  
nicht geringer Menge u.a.

hier: Revision des Angeklagten M.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Beschwerdeführers und des Generalbundesanwalts – zu 2. auf dessen Antrag – am 23. September 2021 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO, § 357 Satz 1 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Traunstein vom 28. Januar 2021 aufgehoben,

a) soweit es ihn betrifft,

aa) mit den zugehörigen Feststellungen, soweit er in den Fällen C. I. 6. bis 10. der Urteilsgründe verurteilt worden ist;

bb) im Ausspruch über die Einzelstrafe in dem Fall C. II. 2. der Urteilsgründe und über die Gesamtstrafe;

cc) im Ausspruch über die Einziehung des Wertes von Taterträgen;

b) zugunsten des Mitangeklagten B. ,

aa) mit den zugehörigen Feststellungen, soweit er in den Fällen C. I. 6. bis 10. der Urteilsgründe verurteilt worden ist;

bb) im Ausspruch über die Einzelstrafe in dem Fall C. II. 2. der Urteilsgründe und über die Gesamtstrafe;

cc) im Ausspruch über die Einziehung des Wertes von Taterträgen;

c) zugunsten des Mitangeklagten J. ,

- aa) mit den zugehörigen Feststellungen, soweit er in den Fällen C. I. 6. bis 10. der Urteilsgründe verurteilt worden ist;
  - bb) im Ausspruch über die Gesamtstrafe;
  - cc) im Ausspruch über die Einziehung des Wertes von Taterträgen;
  - d) zugunsten des Mitangeklagten H. im Ausspruch über die Einzelstrafe in dem Fall C. II. 2. der Urteilsgründe und über die Gesamtstrafe.
2. Die weitergehende Revision wird als unbegründet verworfen.
  3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen gewerbs- und bandenmäßigen Einschleusens von Ausländern in drei Fällen, jeweils in Tateinheit mit Missbrauch von Ausweispapieren, versuchten gewerbs- und bandenmäßigen Einschleusens von Ausländern in zwei Fällen und wegen bandenmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von neun Jahren verurteilt und die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 1.500 Euro angeordnet.

2 Die auf die Beanstandung der Verletzung materiellen Rechts gestützte Revision hat mit der Sachrüge – unter Erstreckung auf die Mitangeklagten (§ 357 Satz 1 StPO) – den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist sie unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).

I.

3 Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

4 1. Der Angeklagte, die nicht revidierenden Mitangeklagten B. und J. sowie die gesondert Verfolgten A. und Mu. waren Mitglieder einer international agierenden Tätergruppierung, die maßgeblich syrische Staatsangehörige von Griechenland aus über Italien oder direkt nach Deutschland oder Skandinavien einschleuste. Die verfahrensgegenständlichen Fälle betreffen Schleusungen bzw. versuchte Schleusungen mittels Flugzeugs von Griechenland nach Deutschland, bei denen geliehene Originaldokumente verwendet wurden bzw. verwendet werden sollten. Ziel der Gruppierung war, sich durch wiederholte Organisation und Durchführung von Schleusungen eine Einnahmequelle von nicht unerheblichem Umfang und einiger Dauer zu verschaffen. Der Angeklagte und der gesondert Verfolgte Mu. waren für die Organisation der Schleusungen und die Beschaffung von Ausweispapieren zuständig; der Mitangeklagte J. führte die Flugbuchungen durch und wurde zudem als Begleiter bei den Flügen eingesetzt; der Mitangeklagte B. war für das Finanzielle, insbesondere die Durchführung von Überweisungen zuständig. Jeder der Beteiligten erhielt für eine erfolgreiche Schleusung 500 Euro.

5 Die in dem Schleusungskomplex verfahrensgegenständlichen fünf Fälle betreffen die Schleusung (Fälle C. I. 8. bis 10. der Urteilsgründe) sowie die geplante Schleusung (C. I. 6. und 7. der Urteilsgründe) von namentlich nicht genannten Drittstaatsangehörigen mit dem Flugzeug von verschiedenen Orten in

Griechenland nach Deutschland im Zeitraum vom 24. September 2018 bis Juni/Juli 2019. In den Fällen C. I. 6., 8. bis 10. der Urteilsgründe war der Angeklagte für die Gesamtorganisation verantwortlich und organisierte die Ausstattung der geschleusten bzw. zu schleusenden Personen mit entliehenen Originalausweisdokumenten real existierender, namentlich genannter Personen. Im Fall C. I. 7. der Urteilsgründe sollte der Angeklagte M. die Schleusung von zwei namentlich nicht bekannten Personen von At. nach Deutschland organisieren und ihnen Originalreisedokumente zukommen lassen.

6                    2. Am 19. Februar 2019 flog die Zeugin T. auf Weisung und in Abstimmung mit dem Angeklagten M. sowie den – nicht revidierenden – Mitangeklagten H. und B. von F. nach V., um Kokain, welches von „ K. “ besorgt worden war, nach Deutschland zu bringen. Das Kokain sollte in Deutschland gewinnbringend verkauft werden. Die Zeugin T. transportierte auf dem Rückflug in ihrem Körper 31 Kondome mit insgesamt 602,4 g flüssigem Kokain (Wirkstoff: 319,80 g Kokainhydrochlorid). Sie wurde am 26. Februar 2019 am F. er Flughafen festgenommen und die Betäubungsmittel wurden sichergestellt. Bei dieser Tat handelten der Angeklagte M., die Mitangeklagten H. und B. sowie „ K. “ als Bandenmitglieder; der Mitangeklagte J. wirkte bei dem Betäubungsmitteldelikt mit, ohne Mitglied der Bande zu sein.

## II.

7                    1. Die Feststellungen tragen nicht die Verurteilung des Angeklagten wegen gewerbs- und bandenmäßigen Einschleusens von Ausländern in drei Fällen sowie wegen versuchten gewerbs- und bandenmäßigen Einschleusens von Ausländern in zwei Fällen.

8 a) Das Landgericht hat keine Feststellungen zu der Staatsangehörigkeit der geschleusten bzw. der zu schleusenden Personen getroffen, so dass nicht feststeht, ob eine unerlaubte Einreise dieser Drittausländer nach Deutschland im Sinne von § 95 Abs. 1 Nr. 3, § 96 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG vorlag.

9 Durch die Strafvorschrift des § 96 Abs. 1 AufenthG werden nach den allgemeinen Regeln (§§ 26, 27 StGB) strafbare Teilnahmehandlungen an den in § 96 Abs. 1 AufenthG in Bezug genommenen Taten nach § 95 AufenthG zu selbständigen, in Täterschaft (§ 25 StGB) begangenen Straftaten heraufgestuft, wenn der Teilnehmer zugleich eines der in § 96 Abs. 1 AufenthG geregelten Schleusermerkmale erfüllt (vgl. BGH, Beschluss vom 24. Oktober 2018 – 1 StR 212/18 Rn. 14 mwN). Trotz dieser tatbestandlichen Verselbständigung zur Täterschaft gelten für die Tathandlungen des § 96 Abs. 1 AufenthG die allgemeinen Regeln der Teilnahme einschließlich des Grundsatzes der limitierten Akzessorietät (vgl. BGH, Beschluss vom 24. Oktober 2018 – 1 StR 212/18 Rn. 14 mwN). Die Strafbarkeit wegen vollendeten Einschleusens von Ausländern setzt daher das Vorliegen einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat des Geschleusten voraus.

10 Auf der Grundlage der Feststellungen des Landgerichts kann nicht geprüft werden, ob die danach für eine Strafbarkeit des Schleusers erforderliche Haupttat gegeben ist. Das Landgericht sieht die Haupttat bzw. die in Aussicht genommene Haupttat in der unerlaubten Einreise der geschleusten bzw. zu schleusenden Personen in das Hoheitsgebiet Deutschlands nach § 95 Abs. 1 Nr. 3, § 14 Abs. 1 Nr. 2, § 4 AufenthG. Es hat insoweit lediglich festgestellt, dass diese namentlich nicht bekannten Personen „Drittstaatsangehörige“ gewesen seien.

- 11           Damit steht aber nicht fest, ob die geschleusten bzw. zu schleusenden Personen für die Einreise nach Deutschland ein Visum benötigten und damit un-erlaubt einreisen bzw. einreisen wollten. Nicht ausgeschlossen ist, dass es sich bei den Personen um sogenannte Positivstaater handelte, also „sichtvermerks-freie Drittausländer“, die nach Art. 20 Abs. 1 Schengener Durchführungsüberein-kommen (SDÜ) i.V.m. Art. 1 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 539/2001 des Rates vom 15. März 2001 (ABl. L 81, 1 – EG-VisaVO; jetzt Art. 4 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2018/1806 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Novem-ber 2018, ABl. L 303, 39 – EU-VisaVO 2018) als Angehörige der im Anhang II der Verordnung genannten Staaten die Außengrenzen zum Schengen-Raum für einen Kurzaufenthalt, der 90 Tage je Zeitraum von 180 Tagen nicht überschreitet, visumfrei passieren und sich im Schengen-Raum frei bewegen dürfen.
- 12           Das Landgericht hat insoweit lediglich allgemein festgestellt, dass die in-ternational agierende Tätergruppierung, der der Angeklagte M.    und die Mit-angeklagten B.    und J.    angehörten, „maßgeblich“ syrische Staatsangehö-rige von Griechenland aus nach Deutschland oder Skandinavien geschleust habe (UA S. 19). Das genügt – unabhängig davon, dass konkrete Feststellungen zu den einzelnen geschleusten bzw. zu schleusenden Personen gänzlich fehlen – nicht, um den Tatbestand der unerlaubten Einreise gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 3, § 96 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG bejahen zu können.
- 13           b) Überdies genügen die Feststellungen zu den einzelnen Schleusungsta-ten bzw. versuchten Schleusungstaten nicht den Anforderungen aus § 267 StPO. Die Feststellungen des Urteils beschränken sich auf die bloße Wiedergabe des Wortlauts der Anklagesätze, die die Tatvorwürfe zwar für eine Anklage ausrei-chend bestimmt schildern, aber zu knapp gefasst sind, um tatrichterlichen Fest-stellungen zu genügen. Das Tatgericht hat die Urteilsgründe nach einer voraus-gegangenen rechtlichen Subsumtion so abzufassen, dass sie in einer jeden

Zweifel ausschließenden Weise erkennen lassen, welche der festgestellten Tatsachen den einzelnen objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmalen zuzuordnen sind und sie ausfüllen können (vgl. BGH, Urteil vom 29. November 2007 – 4 StR 386/07 Rn. 6 und Beschluss vom 13. Januar 2005 – 3 StR 473/04 Rn. 3, BGHR StPO § 267 Abs. 1 Satz 1 Sachdarstellung 13; KK-StPO/Kuckein/Bartel, 8. Aufl., § 267 Rn. 8 ff. mwN) und welchen gesetzlichen Tatbestand das Gericht daher als erfüllt angesehen und bei der Bemessung der Rechtsfolgen zugrunde gelegt hat. Hier fehlt es insbesondere an Feststellungen zu den konkreten Tathandlungen des Angeklagten M. und der weiteren Mitangeklagten in den einzelnen Schleusungsfällen sowie zu den geschleusten bzw. zu schleusenden Personen, einschließlich deren Flugdaten und den genutzten Ausweisdokumenten.

- 14 Bei Fall C. I. 7. der Urteilsgründe reichen die Feststellungen darüber hinaus nicht aus, um ein unmittelbares Ansetzen (§ 22 StGB) des Angeklagten M. zur versuchten Schleusung nach § 96 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 AufenthG annehmen zu können. Maßgeblich für den Beginn der Strafbarkeit wegen versuchten Hilfeleistens nach § 96 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 AufenthG ist, dass der Täter eine Handlung vornimmt, mit der er nach seiner Vorstellung von der Tat unmittelbar zu einer Förderung der in Aussicht genommenen Bezugstat – also der unerlaubten Einreise nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG – ansetzt (vgl. BGH, Beschlüsse vom 6. Juni 2012 – 4 StR 144/12 Rn. 4 und vom 13. Januar 2015 – 4 StR 378/14 Rn. 10). Das Landgericht hat insoweit lediglich festgestellt, dass der Angeklagte M. die Schleusung von mindestens zwei Personen von At. nach Deutschland organisieren und den zu schleusenden Personen entliehene Originalreisedokumente zukommen lassen sollte; zudem sei geplant gewesen, dass der Angeklagte M. am 8. Juli 2019 von D. nach Th. habe fliegen wollen (UA S. 21 f.). Diese Feststellungen genügen nicht, um ein unmittelbares Ansetzen zur Förderung der präsumtiven Bezugstat bejahen zu können.



15 c) Auch die Strafzumessung enthält durchgreifende Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten. Bei der Ablehnung minder schwerer Fälle gemäß § 97 Abs. 3 AufenthG in den Fällen C. I. 6., 7., 8., 9. und 10. der Urteilsgründe hat das Landgericht zwar die erforderliche Gesamtabwägung vorgenommen, dabei aber ebenso wie bei der Strafzumessung im engeren Sinne zu Lasten des Angeklagten eingestellt, dass bei den Taten jeweils mehrere Alternativen des § 96 Abs. 1 und Abs. 2 AufenthG verwirklicht wurden und dabei unter anderem auf die Qualifikationsmerkmale in § 96 Abs. 2 Nr. 1 (gewerbsmäßig) und § 96 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG (als Mitglied einer Bande) abgestellt. Die strafschärfende Berücksichtigung dieser beiden Merkmale im Rahmen des § 97 Abs. 2 AufenthG verstößt jedoch gegen § 46 Abs. 3 StGB, da das kumulative Vorliegen dieser Merkmale die Qualifikation des § 97 Abs. 2 AufenthG und damit den gegenüber § 96 AufenthG höheren Strafraumen begründet.

16 d) Die Rechtsfehler ziehen in den Fällen C. I. 8., 9. und 10. der Urteilsgründe die Aufhebung der tateinheitlichen Verurteilung wegen Missbrauchs von Ausweispapieren (§ 281 StGB) nach sich. Allerdings genügen auch insoweit die bisherigen tatrichterlichen Feststellungen ebenfalls nicht den Anforderungen des § 267 StPO für die Annahme des Tatbestands.

17 Die Aufhebung der Schuldsprüche in den Fällen C. I. 8., 9. und 10. der Urteilsgründe hat zudem die Aufhebung der Einziehungsentscheidung zur Folge.

18 2. Der Schuldspruch wegen bandenmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge hält sachlich-rechtlicher Nachprüfung hingegen stand.

19 Jedoch weist die Strafzumessung Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten auf. Das Landgericht hat bei der Strafraumenbestimmung zwar auch hier

die erforderliche Gesamtabwägung vorgenommen, dabei aber zu Lasten des Angeklagten eingestellt, dass der Angeklagte M. und die Mitangeklagten B. und H. auch nach der Tat vom 26. Februar 2019 weiter mittels Body-Packer/innen versuchten, Betäubungsmittel von V. nach Deutschland zwecks späterer gewinnbringender Weiterveräußerung einzuführen (UA S. 115). Bei der Strafzumessung im engeren Sinne hat die Strafkammer zum Nachteil des Angeklagten M. gewertet, dass er sich nach der Festnahme der Zeugin T. nicht von der weiteren Einfuhr von Betäubungsmitteln aus Südamerika distanziert habe, vielmehr weitere entsprechende Taten geplant und zu diesen auch unmittelbar angesetzt habe bzw. diese durchgeführt worden seien (UA S. 119). Entsprechende Taten der versuchten Einfuhr von Betäubungsmitteln hat die Strafkammer jedoch nicht prozessordnungsgemäß festgestellt und belegt. Im Übrigen setzt die strafschärfende Berücksichtigung neuer Straftaten voraus, dass sie nach ihrer Art und nach der Persönlichkeit des Täters auf Rechtsfeindschaft, Gefährlichkeit und die Gefahr künftiger Rechtsbrüche schließen lassen; nur unter diesen Voraussetzungen kann eine weitere Strafbarkeit Hinweise auf den Unrechtsgehalt der früher begangenen Tat und die innere Einstellung des Täters zu ihr geben (vgl. BGH, Beschlüsse vom 5. Februar 1998 – 4 StR 16/98 Rn. 5 mwN und vom 16. September 2009 – 5 StR 348/09 Rn. 3). Dieses zusätzliche Erfordernis hat das Landgericht übersehen.

20 Der Senat kann nicht ausschließen, dass der Strafausspruch im Fall C. II. 2. der Urteilsgründe auf diesem Rechtsfehler beruht.

21 3. Die Aufhebung der Verurteilung in den Fällen C. I. 6., 7., 8., 9. und 10. der Urteilsgründe und des Einzelstrafausspruchs im Fall C. II. 2. der Urteilsgründe hat die Aufhebung des Gesamtstrafenausspruchs zur Folge.

22 Die Feststellungen in den Fällen C. I. 6., 7., 8., 9. und 10. der Urteilsgründe sind von dem Rechtsfehler betroffen und daher aufzuheben (§ 353 Abs. 2 StPO). Hinsichtlich Fall C. II. 2. der Urteilsgründe liegt im Hinblick auf die Strafzumessung lediglich ein Wertungsfehler vor, der die Feststellungen nicht betrifft.

23 4. Gemäß § 357 Satz 1 StPO war die Aufhebung der Verurteilung in den Fällen C. I. 6., 7., 8., 9. und 10. der Urteilsgründe einschließlich der Anordnung der Einziehung des Wertes von Taterträgen auf die nicht revidierenden Mitangeklagten B. und J., die Aufhebung des Strafausspruchs im Fall C. II. 2. der Urteilsgründe auf die nicht revidierenden Mitangeklagten B. und H. zu erstrecken. Dies führt bei allen Mitangeklagten zur Aufhebung des jeweiligen Gesamtstrafenausspruchs.

Raum

Bellay

RinBGH Dr. Fischer ist im Urlaub und deshalb an der Unterschriftsleistung gehindert.

Raum

Bär

Hohoff

Vorinstanz:

Landgericht Traunstein, 28.01.2021 - 270 Js 12070/18 6 KLs