



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

4 StR 378/14

vom
13. Januar 2015
in der Strafsache
gegen

wegen Einschleusens von Ausländern u.a.

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts, zu Nr. 1. a) auf dessen Antrag, zu Nr. 1. b) mit dessen Zustimmung, und des Beschwerdeführers am 13. Januar 2015 gemäß § 154 Abs. 2, 154a Abs. 2, § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Frankenthal (Pfalz) vom 11. März 2014 wird
 - a) das Verfahren eingestellt, soweit der Angeklagte im Fall II. 4. der Urteilsgründe verurteilt worden ist; insoweit trägt die Staatskasse die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen des Angeklagten;
 - b) im Fall II. 3. der Urteilsgründe der Vorwurf des versuchten Einschleusens von Ausländern von der Verfolgung ausgenommen;
 - c) das vorgenannte Urteil
 - aa) im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte des gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern in Tateinheit mit gewerbsmäßigem Verschaffen von falschen aufenthaltsrechtlichen Papieren, des versuchten gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern in Tateinheit mit gewerbsmäßigem Verschaffen von falschen aufenthaltsrechtlichen Papieren und des gewerbsmäßigen Verschaffens von falschen aufenthaltsrechtlichen Papieren schuldig ist;

- bb) mit den zugehörigen Feststellungen hinsichtlich der Einzelstrafen für die Taten II. 1. und 3. der Urteilsgründe, im Gesamtstrafenausspruch und im Ausspruch über die Einziehung aufgehoben.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
 3. Die weiter gehende Revision wird verworfen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Verschaffens von falschen amtlichen Ausweisen in drei Fällen jeweils in Tateinheit mit Einschleusen von Ausländern, wobei es in einem Fall beim Versuch blieb, und wegen versuchten Verschaffens von falschen amtlichen Ausweisen in Tateinheit mit versuchtem Einschleusen von Ausländern zu der Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und zwei Monaten verurteilt und drei näher bezeichnete Mobiltelefone eingezogen. Hiergegen richtet sich die auf eine Verfahrensbeanstandung und die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten. Das Rechtsmittel führt nach einer Verfolgungsbeschränkung in einem der abgeurteilten Fälle und einer Teileinstellung des Verfahrens zur Änderung des Schuldspruchs und zu der aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Teilaufhebung des Rechtsfolgenausspruchs; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

I.

2 Nach den Feststellungen kam es im Laufe des Jahres 2012 zu Kontakten des Angeklagten mit indischen Staatsangehörigen, deren eigener Aufenthaltsstatus oder der von Verwandten oder Freunden in Deutschland bzw. der Europäischen Union nicht gesichert war. Für diese Personen beschaffte der Angeklagte gefälschte Aufenthaltskarten und Meldebescheinigungen aus Spanien, um mit deren Hilfe entweder eine Einreise nach Deutschland bzw. in einen anderen Schengen-Staat oder die Legalisierung eines bereits tatsächlich bestehenden Aufenthalts zu ermöglichen. Darüber hinaus organisierte der Angeklagte zusätzlich die Vermittlung von weiblichen Staatsangehörigen der Bundesrepublik Deutschland oder anderer europäischer Staaten, die sich gegen Entgelt für die Schließung von Scheinehen vorwiegend in Dänemark zur Verfügung stellen sollten. Zur Durchführung eines entsprechenden Auftrags nahm der Angeklagte zunächst Verbindung zu dem indischen Staatsangehörigen G. S. auf, der in Spanien sein Ansprechpartner für gefälschte Aufenthaltspapiere war und auf Bestellung falsche Aufenthaltskarten und Meldebescheinigungen besorgen konnte. Für seine Tätigkeit verlangte der Angeklagte in der Regel mindestens 1.000 €, wobei er 500 € pro Fall an G. S. weiterleitete. Die Tätigkeit des Angeklagten umfasste die Weiterleitung aller für die Fälschung erforderlichen Daten und Unterlagen an G. S., der die Fälschung der Aufenthaltskarten nicht selbst vornahm, sondern seinerseits in Auftrag gab, die Kontrolle auf Übereinstimmung der Daten sowie die Rückleitung der falschen Papiere an seine Kunden bzw. deren Weiterleitung an die Heiratsagentur, wobei er auch die Terminvereinbarungen koordinierte. Der Angeklagte erschloss sich durch die Schleusungshandlungen Vermögensvorteile von einiger Dauer und einigem Umfang zur Aufbesserung seiner finanziellen Situation.

3 Soweit nach der Teileinstellung des Verfahrens noch von Belang, kam es im Einzelnen zu folgenden Taten:

4 Im November 2012 nahm der indische Staatsangehörige V. S. alias M. , der sich als Asylbewerber in der Bundesrepublik Deutschland aufhielt, telefonisch Kontakt zum Angeklagten auf, um Maßnahmen gegen eine befürchtete Abschiebung in sein Heimatland zu treffen. M. hatte vor, mit einer deutschen Staatsangehörigen aus seinem Umfeld eine Scheinehe einzugehen, wusste jedoch nicht, wie er das umsetzen konnte. Zu diesem Zweck bestellte der Angeklagte für M. mit den Daten eines von diesem in Portugal bei der dortigen Botschaft erlangten echten Reisepasses eine falsche spanische Aufenthaltskarte sowie eine falsche spanische Meldebestätigung und organisierte auf der Basis dieser Identitätspapiere über eine Heiratsagentur einen Hochzeitstermin in Dänemark. Die gefälschte spanische Aufenthaltskarte wurde nach Deutschland übersandt. Zu der für den 13. Dezember 2012 angemeldeten Eheschließung in Dänemark kam es kurzfristig nicht, weil die für die Eheschließung vorgesehene Frau aus ungeklärten Umständen nicht zur Verfügung stand. Für seine Tätigkeit sollte der Angeklagte insgesamt 3.500 € erhalten, worauf M. einen Teilbetrag in unbekannter Höhe leistete (Fall II. 1. der Urteilsgründe).

5 Nachdem die gefälschte spanische Aufenthaltskarte und der Reisepass des M. im Rahmen polizeilicher Ermittlungen in anderer Sache sichergestellt worden waren, besorgte sich M. einen neuen, auf falsche Personalien lautenden indischen Reisepass, um einen weiteren Versuch zu unternehmen, in Dänemark zu heiraten. Erneut bat er den Angeklagten darum, für ihn tätig zu werden. Der Angeklagte bestellte daraufhin bei G. S. in Spanien eine neue, auf die Daten des Ersatzpapiers lautende total gefälschte spanische Auf-

enthaltserlaubnis und bemühte sich vergeblich darum, in kurzer Zeit eine andere Frau für eine Scheinehe mit M. zu finden. Dieser war zwischenzeitlich in seinem Umfeld fündig geworden und hatte eine Frau als Ehepartnerin gewinnen können. Nachdem es dem ursprünglich beauftragten Eheinstitut nicht gelungen war, mit den vom Angeklagten per E-Mail übersandten Unterlagen einen Termin bei einem Standesamt zu erhalten, machte die vorgesehene Ehepartnerin eine andere Heiratsagentur ausfindig. Der Angeklagte übernahm daraufhin wie bisher die weitere Organisation und Abstimmung zur Vorbereitung der Eheschließung. Am 19. Februar 2013 reiste M. zur Eheschließung nach Dänemark, wo er im Standesamt festgenommen und anschließend nach Indien abgeschoben wurde. Auch in diesem Fall hatte M. Geldzahlungen in unbekannter Höhe an den Angeklagten erbracht (Fall II. 2. der Urteilsgründe).

6 Um den 7. Februar 2013 traf der Angeklagte mit einer Person zusammen, die sich ihm namentlich vorstellte und einem angeblich in Italien lebenden Cousin den Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland ermöglichen wollte. In Wahrheit handelte es sich bei dieser Person um eine Vertrauensperson der Bundespolizei, die zum Schein auf das Angebot des Angeklagten eingegangen war, eine total gefälschte spanische Aufenthaltskarte zu besorgen. Der Angeklagte gab Anweisungen für die Errichtung eines E-Mail-Postfachs mit Passwort und erhielt hierüber die erforderlichen Informationen über den angeblichen Cousin, insbesondere Personendaten, Lichtbilder und Unterschrift, die er an G. S. in Spanien übermittelte. Hierfür erhielt der Angeklagte bei einem weiteren Treffen vereinbarungsgemäß als Anzahlung einen Betrag von 1.000 €, von dem er 500 € an G. S. weiterleitete. Am 25. Februar 2013 schickte der Angeklagte eine Abbildung der Aufenthaltskarte zur Kontrolle der Daten an die Vertrauensperson. Nachdem die Richtigkeit der Daten bestätigt worden war, veranlasste der Angeklagte die Fertigstellung der Karte, die am 28. März

2013 von Spanien aus direkt an die dem Angeklagten von der Vertrauensperson genannte Adresse in Stuttgart geschickt wurde (Fall II. 3. der Urteilsgründe).

7 Ohne nähere Ausführungen zur rechtlichen Subsumtion geht die Strafkammer davon aus, dass sich der Angeklagte – jeweils in Tateinheit mit Verschaffen von falschen amtlichen Ausweisen gemäß § 276 Abs. 1 und 2 StGB – in den Fällen II. 1. und 2. der Urteilsgründe des vollendeten und im Fall II. 3. der Urteilsgründe des versuchten Einschleusens von Ausländern nach § 96 Abs. 1 und 2 AufenthG i.V.m. „§ 95 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2, Abs. 1a oder Abs. 2 Nr. 1b oder Nr. 2 AufenthG“ strafbar gemacht hat.

II.

8 1. Die Schuldsprüche wegen (gewerbsmäßigen) Einschleusens von Ausländern gemäß § 96 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 AufenthG in Tateinheit mit (gewerbsmäßigem) Verschaffen von falschen amtlichen Ausweisen nach § 276 Abs. 1 und 2 StGB in den Fällen II. 1. und 2. der Urteilsgründe halten einer rechtlichen Prüfung nicht stand. Die Urteilsausführungen ergeben indes, dass sich der Angeklagte im Fall II. 2. der Urteilsgründe des vollendeten und im Fall II. 1. der Urteilsgründe des versuchten gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern gemäß § 96 Abs. 4 AufenthG i.V.m. § 96 Abs. 1 Nr. 1a, Abs. 2 Nr. 1 AufenthG jeweils in Tateinheit mit gewerbsmäßigem Verschaffen von falschen aufenthaltsrechtlichen Papieren nach § 276 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, § 276a StGB strafbar gemacht hat.

9 a) Durch die Strafvorschrift des § 96 Abs. 1 AufenthG werden sonst 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, Beschlüsse vom 6. Juni 2012 – 4 StR 144/12, NStZ 2013, 483; vom 30. Mai 2013 – 5 StR 130/13, BGHSt 58, 262, 265 f.; Urteil vom 11. Juli 2003 – 2 StR 31/03, NStZ 2004, 45; vgl. Gericke in MüKoStGB, 2. Aufl., § 96 AufenthG Rn. 2). 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. Gericke aaO, Rn. 3; Senge in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze [Stand: Juli 2014], § 96 AufenthG Rn. 3). Die Strafbarkeit wegen vollendeten Einschleusens von Ausländern setzt daher das Vorliegen einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat des Geschleusten voraus.

- 10 Fehlt es an einer in § 96 Abs. 1 AufenthG genannten Bezugstat oder wird diese nur versucht, kommt für den mit Schleusermerkmalen handelnden Teilnehmer eine Strafbarkeit wegen versuchten Einschleusens von Ausländern nach § 96 Abs. 3 AufenthG in Betracht (vgl. BGH, Beschluss vom 6. Juni 2012 – 4 StR 144/12 aaO; Urteil vom 25. März 1999 – 1 StR 344/98, NStZ 1999, 409). Für die durch § 96 Abs. 3 AufenthG strafrechtlich erfasste versuchte Teilnahme gelten die allgemeinen zur Versuchsstrafbarkeit entwickelten Grundsätze. Sowohl für die Anforderungen, die an den Tatvorsatz des Täters zu stellen sind, als auch für die Prüfung des unmittelbaren Ansatzens kann ergänzend die Rechtsprechung zur versuchten Anstiftung nach § 30 Abs. 1 StGB herangezogen werden (vgl. BGH, Beschluss vom 6. Juni 2012 – 4 StR 144/12 aaO; Urteil vom 23. März 1999 – 1 StR 344/99 aaO). Der Versuch des Einschleusens von Ausländern in der Tatbestandsalternative des Hilfeleistens erfordert danach in

subjektiver Hinsicht, dass der Vorsatz des Schleusers auf die Förderung einer in ihren wesentlichen Merkmalen oder Grundzügen konkretisierten Bezugstat im Sinne des § 96 Abs. 1 AufenthG gerichtet ist (vgl. BGH, Urteile vom 29. Oktober 1997 – 2 StR 239/97, NStZ 1998, 347, 348; vom 21. April 1986 – 2 StR 661/85, BGHSt 34, 63, 66; vgl. Schönemann in LK-StPO, 12. Aufl., § 30 Rn. 24 ff.). Die objektiven Voraussetzungen des Versuchs sind erfüllt, wenn der Täter eine Handlung vornimmt, mit der er nach seiner Vorstellung von der Tat unmittelbar zur Förderung der präsumtiven Bezugstat ansetzt. Maßgebend ist, wie weit sich der Täter bereits dem von ihm anvisierten Unterstützungserfolg angenähert und durch sein Handeln eine Gefahr für das betroffene Rechtsgut begründet hat (vgl. BGH, Beschluss vom 6. Juni 2012 – 4 StR 144/12 aaO).

- 11 b) Den im angefochtenen Urteil zu den Fällen II. 1. und 2. der Urteilsgründe getroffenen Feststellungen lassen sich vom Angeklagten geförderte Bezugstaten im Sinne des § 96 Abs. 1 AufenthG nicht entnehmen. Da der indische Staatsangehörige V. S. alias M. zum Zeitpunkt der Unterstützungshandlungen des Angeklagten bereits in das Bundesgebiet eingereist war und sich als Asylbewerber aufgrund der aus § 55 Abs. 1 Satz 1 AsylVfG resultierenden gesetzlichen Aufenthaltsgestattung für die Dauer des Asylverfahrens (zu den Erlöschensgründen vgl. § 67 Abs. 1 AsylVfG) erlaubt in der Bundesrepublik Deutschland aufhielt, scheidet eine unerlaubte Einreise nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG oder ein unerlaubter Aufenthalt gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AufenthG als Bezugstaten aus. Ein späteres möglicherweise ins Auge gefasstes Erschleichen eines Aufenthaltstitels gemäß § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG durch unrichtige Angaben gegenüber der Ausländerbehörde über das Bestehen einer ehelichen Lebensgemeinschaft sollte durch die Eheschließung in Dänemark erst vorbereitet werden. Feststellungen zu diesbezüglichen Vorstellungen des Angeklagten enthält das Urteil nicht.

- 12 c) Die Urteilsfeststellungen ergeben indes, dass der Angeklagte – jeweils unter Verwirklichung des Schleusermerkmals des § 96 Abs. 1 Nr. 1a AufenthG sowie gewerbsmäßig handelnd – im Fall II. 2. der Urteilsgründe bei einer Zuwiderhandlung gegen die Rechtsvorschriften über die Einreise nach Dänemark Hilfe geleistet und im Fall II. 1. der Urteilsgründe dies versucht hat (vollendetes und versuchtes gewerbsmäßiges Einschleusen von Ausländern gemäß § 96 Abs. 4 AufenthG i.V.m. § 96 Abs. 1 Nr. 1a, Abs. 2 Nr. 1 AufenthG).
- 13 Indem der Angeklagte die Beschaffung der für die Einreise nach Dänemark und die dortige Eheschließung erforderlichen gefälschten spanischen Aufenthaltserlaubnis aus Spanien übernahm und die Eheschließung in Dänemark organisatorisch vorbereitete, leistete er im Fall II. 2. der Urteilsgründe einen die Einreise des V. S. alias M. nach Dänemark am 19. Februar 2013 objektiv fördernden Beitrag. Die Einreise erfolgte unter Zuwiderhandlung gegen die Rechtsvorschriften Dänemarks über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern. Hierfür reicht aus, dass die Einreise nach Maßgabe der dänischen Rechtsordnung unerlaubt war (vgl. BGH, Beschluss vom 8. November 2000 – 1 StR 447/00, NStZ 2001, 157, 158; Mosbacher in GK-AufenthG [Stand: Juli 2008], § 96 AufenthG Rn. 52 f.; enger Gericke aaO, § 96 AufenthG Rn. 41 unter Verweis auf BGH, Beschluss vom 5. September 2001 – 3 StR 174/01, NStZ 2002, 33). Dies war hier der Fall, da dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe noch hinreichend zu entnehmen ist, dass V. S. alias M., der als Negativstaatler der Visumpflicht nach Art. 1 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 539/2001 des Rates vom 15. März 2001 (EG-VisaVO) unterlag, ein für die Einreise nach Dänemark erforderliches Visum nicht besaß.
- 14 Im Fall II. 1. der Urteilsgründe war der Vorsatz des Angeklagten darauf gerichtet, V. S. alias M. bei der Eheschließung in Dänemark und der

dafür erforderlichen Einreise nach Dänemark zu unterstützen. Da der Angeklagte mit seiner Mitwirkung bei der Beschaffung der gefälschten spanischen Aufenthaltskarte und der Organisation des Hochzeitstermins in Dänemark wesentliche Teile seiner Unterstützungshandlungen erbracht hat, liegt auch das unmittelbare Ansetzen zur Hilfeleistung vor.

15 d) Tateinheitlich zu den Verstößen gegen das Aufenthaltsgesetz hat sich der Angeklagte in den Fällen II. 1. und 2. der Urteilsgründe durch das mittäter-schaftlich mit seinem Hintermann in Spanien bewirkte Einführen der falschen Aufenthaltspapiere ins Inland jeweils des gewerbsmäßigen Verschaffens von falschen aufenthaltsrechtlichen Papieren nach §§ 276a, 276 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 StGB strafbar gemacht. Durch die Vorschrift des § 276a StGB, die den Anwendungsbereich des § 276 StGB u.a. auf aufenthaltsrechtliche Papiere er-streckt, werden auch ausländische aufenthaltsrechtliche Papiere von Schen-gen-Staaten erfasst, die aufgrund der im Schengen-Raum geltenden Rechtsre-geln (vgl. etwa Art. 21 SDÜ, Art. 5 Abs. 1b Schengener Grenzkodex) im Inland unmittelbare aufenthaltsrechtliche Bedeutung besitzen (vgl. Gesetzentwurf zum Verbrechensbekämpfungsgesetz, BT-Drucks. 12/6853, S. 30; Heger in Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl., § 276a Rn. 1). Dem Gesamtzusammenhang der Urteils-gründe ist zu entnehmen, dass auch die gefälschte Aufenthaltserlaubnis im Fall II. 2. der Urteilsgründe vor der Fahrt des V. S. alias M. nach Dänemark ins Inland gelangte.

16 e) Der Senat ändert die Schuldsprüche in den Fällen II. 1. und 2. der Urteilsgründe entsprechend. § 265 StPO steht nicht entgegen, da sich der An-geklagte nicht wirksamer als geschehen hätte verteidigen können.

- 17 2. Im Fall II. 3. der Urteilsgründe nimmt der Senat mit Zustimmung des Generalbundesanwalts den Vorwurf des Einschleusens von Ausländern gemäß § 154a Abs. 2 StPO von der Verfolgung aus, weil die bisherigen Feststellungen einen auf die Förderung einer hinreichend konkretisierten Haupttat im Sinne des § 96 Abs. 1 AufenthG gerichteten Tatvorsatz des Angeklagten nicht belegen. Die Verfolgungsbeschränkung führt zur Änderung des Schuldspruchs, wobei der Angeklagte sich auch in diesem Fall des gewerbsmäßigen Verschaffens von falschen aufenthaltsrechtlichen Papieren strafbar gemacht hat. § 265 StPO steht der Schuldspruchänderung nicht entgegen.
- 18 3. Soweit der Angeklagte im Fall II. 4. der Urteilsgründe verurteilt worden ist, stellt der Senat das Verfahren auf Antrag des Generalbundesanwalts nach § 154 Abs. 1 StPO aus verfahrensökonomischen Gründen ein.
- 19 4. Die Schuldspruchänderungen in den Fällen II. 1. und 3. der Urteilsgründe führen zu der Aufhebung der zugehörigen Einzelstrafen. Demgegenüber kann die Einzelstrafe von zwei Jahren im Fall II. 2. der Urteilsgründe mit Blick auf die identische Strafandrohung und die durch die Schuldspruchänderung nicht berührten Strafzumessungserwägungen des Landgerichts bestehen bleiben. Die Aufhebung der Einzelstrafausprüche in den Fällen II. 1. und 3. der Urteilsgründe und der Wegfall der Einzelstrafe infolge der Teileinstellung des Verfahrens haben die Aufhebung der Gesamtstrafe zur Folge. Die Einziehungsentscheidung kann ebenfalls nicht bestehen bleiben, weil nach den

Urteilsausführungen nicht auszuschließen ist, dass eingezogene Mobiltelefone allein bei der nach § 154 Abs. 2 StPO eingestellten Tat II. 4. der Urteilsgründe gebraucht wurden.

Sost-Scheible

Cierniak

Franke

Bender

Quentin