



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

3 StR 238/22

vom
29. November 2022
in der Strafsache
gegen

1.

2.

3.

wegen zu 1.: gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern u.a.

zu 2.: Einschleusens von Ausländern u.a.

zu 3.: Einschleusens von Ausländern

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung der Beschwerdeführer und des Generalbundesanwalts - zu 2. auf dessen Antrag - am 29. November 2022 gemäß § 349 Abs. 2 und 4, § 354 Abs. 1 analog StPO einstimmig beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten H. wird das Urteil des Landgerichts Aurich vom 18. März 2022, soweit es ihn betrifft,
 - a) im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte des Einschleusens von Ausländern in Tateinheit mit Missbrauch von Ausweispapieren sowie des versuchten Einschleusens von Ausländern schuldig ist;
 - b) aufgehoben mit den jeweils zugehörigen Feststellungen in den Aussprüchen über die Einzelstrafe im Fall II. 2. der Urteilsgründe und die Gesamtstrafe.

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

2. Die weitergehende Revision des Angeklagten H. sowie die Revisionen der Angeklagten A. und K. werden verworfen.
3. Die Beschwerdeführer A. und K. haben die Kosten ihres Rechtsmittels zu tragen.

Gründe:

1 Das Landgericht hat den Angeklagten A. wegen gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern in zwei Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit Missbrauch von Ausweispapieren, sowie wegen versuchten gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern in Tateinheit mit Missbrauch von Ausweispapieren zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten verurteilt. Den Angeklagten H. hat das Landgericht wegen Einschleusens von Ausländern in Tateinheit mit Missbrauch von Ausweispapieren sowie versuchten Einschleusens von Ausländern in Tateinheit mit versuchtem Missbrauch von Ausweispapieren zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Der Angeklagte K. ist vom Landgericht wegen Einschleusens von Ausländern zu einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe von einem Jahr und vier Monaten verurteilt worden. Ferner hat die Strafkammer Einziehungsentscheidungen getroffen. Gegen ihre Verurteilungen wenden sich die Angeklagten mit ihren jeweils auf die nicht ausgeführte allgemeine Sachrüge gestützten Revisionen; der Angeklagte H. rügt zudem die Verletzung formellen Rechts. Die Rechtsmittel der Angeklagten A. und K. sind unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. Die Revision des Angeklagten H. hat mit der Sachrüge den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg. Im Übrigen ist sie gleichfalls unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

I.

2 Das Landgericht hat zu dem hier allein relevanten Fall II. 2. der Urteilsgründe im Wesentlichen folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

3 1. Der Angeklagte A. organisierte im Zeitraum August 2020 bis Februar 2021 wiederholt gegen Entgelt die Einreise syrischer Staatsangehöriger aus Syrien nach Deutschland oder in benachbarte Zielländer, wodurch er sich eine Einnahmequelle von nicht unerheblichem Umfang und einiger Dauer verschaffen wollte. Die Angeklagten H. und K. wirkten an seinen Aktivitäten mit. Die Schleusungswilligen verfügten, wie die Angeklagten wussten, jeweils weder über ein Visum noch über einen sonstigen Aufenthaltstitel und besaßen kein gültiges Reisedokument.

4 2. Im November 2020 versuchte der Angeklagte A. , eine weitere syrische Schleusungswillige, die bereits von anderen Schleusern nach Griechenland gebracht worden war, bei ihrer Einreise von dort nach Deutschland oder in einen Nachbarstaat der Bundesrepublik zu unterstützen. Nachdem er sich ein Foto der Frau von dieser hatte schicken lassen und festgestellt hatte, dass diese seiner Schwester ähnlich sah, entschloss er sich, die Schleusung unter Verwendung des ihm zugänglichen deutschen "Reiseausweises für Flüchtlinge" ("Blauer Pass") seiner Schwester zu bewerkstelligen. Zu diesem Zweck wies er am 19. November 2020 den Angeklagten H. an, den Ausweis abzuholen, mit dem Dokument nach Griechenland zu fliegen, sich mit der Schleusungswilligen zu treffen, ihr das Ausweispapier zu überlassen und gemeinsam mit ihr auf dem Luftweg und unter Nutzung des Reisedokuments nach Deutschland oder in einen benachbarten Zielstaat einzureisen. Wie ihm geheißen worden war, übernahm der Angeklagte H. , der zuvor (im Fall II. 1. der Urteilsgründe) bereits einer anderen Schleusungswilligen Hilfe bei der unerlaubten Einreise nach Deutschland geleistet hatte, in Deutschland das Ausweisdokument, begab sich am 30. November 2020 nach Am. und flog von dort nach At. . Am Flughafen in At. wurde er bei der Einreise kontrolliert. Dabei wurde der von ihm mitgeführte Reiseausweis der Schwester des Angeklagten A.

aufgefunden und sichergestellt. Damit scheiterte die beabsichtigte Schleusung bereits vor einem Zusammentreffen des Angeklagten H. mit der Schleusungswilligen.

5 3. Das Landgericht hat den Angeklagten A. wegen dieser Tat des versuchten gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern in Tateinheit mit Missbrauch von Ausweispapieren schuldig gesprochen. Die Mitwirkung des Angeklagten H. an dieser Tat hat die Strafkammer rechtlich als versuchtes Einschleusen von Ausländern in Tateinheit mit versuchtem Missbrauch von Ausweispapieren gewertet.

II.

6 1. Die Verfahrensrüge des Angeklagten H. ist nicht ausgeführt und daher unzulässig (§ 344 Abs. 2 StPO).

7 2. Die auf die Sachrügen veranlasste umfassende materiellrechtliche Überprüfung des angefochtenen Urteils hat hinsichtlich der Angeklagten A. und K. keinen Rechtsfehler zu ihrem Nachteil ergeben. Dagegen hält die Verurteilung des Angeklagten H. im Fall II. 2. der Urteilsgründe - anders als im Fall II. 1. - der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht in vollem Umfang stand.

8 a) Die Verurteilung des Angeklagten H. im Fall II. 2. wegen versuchten Einschleusens von Ausländern in der Tatmodalität der versuchten Hilfeleistung, die vom Landgericht auf § 96 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b Variante 1, Abs. 3 AufenthG, §§ 22, 23 StGB gestützt worden ist, wird im Ergebnis von den insgesamt rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen getragen. Gleiches gilt für die Verurteilung des Angeklagten A. in diesem Fall wegen ver-

suchten gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern, als deren Rechtsgrundlage die Strafkammer § 96 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a Variante 2 und Buchst. b Variante 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3 AufenthG, §§ 22, 23 StGB erachtet hat.

9

aa) Nach § 96 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG macht sich strafbar, wer einem anderen Hilfe dazu leistet, unerlaubt in die Bundesrepublik Deutschland einzureisen, sofern eines der Schleusermerkmale des § 96 Abs. 1 Nr. 1 Buchst a oder b AufenthG erfüllt ist. Die Strafvorschrift des § 96 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG erfasst mithin eine zur Täterschaft verselbständigte Beihilfehandlung (BGH, Beschlüsse vom 6. Oktober 2021 - 3 StR 213/21, NStZ 2022, 239 Rn. 8; vom 23. September 2021 - 1 StR 173/21, juris Rn. 9; Urteil vom 14. November 2019 - 3 StR 561/18, NStZ-RR 2020, 184; Beschluss vom 13. Januar 2015 - 4 StR 378/14, NStZ 2015, 399, 400; MüKoStGB/Gericke, 4. Aufl., § 96 AufenthG Rn. 2; Bergmann/Dienelt/Stephan, Ausländerrecht, 14. Aufl., § 96 AufenthG Rn. 5, 8). § 96 Abs. 3 AufenthG erweitert die tatbestandlich verselbständigte Pönalisierung der Unterstützung der unerlaubten Einreise einer anderen Person um eine Versuchsstrafbarkeit (vgl. MüKoStGB/Gericke, 4. Aufl., § 96 AufenthG Rn. 44; BeckOK AuslR/Hohoff, 35. Ed., § 96 AufenthG Rn. 21 ff.). Strafbar nach § 96 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 AufenthG, §§ 22, 23 StGB wegen versuchten Einschleusens von Ausländern ist daher nicht nur die Unterstützung einer versuchten unerlaubten Einreise eines anderen (Hilfeleistung zum Versuch; s. hierzu BGH, Beschlüsse vom 13. Januar 2015 - 4 StR 378/14, NStZ 2015, 399, 400 f.; vom 12. September 2002 - 4 StR 163/02, NJW 2002, 3642, 3643; vom 5. September 2001 - 3 StR 174/01, NStZ 2002, 33, 34), sondern bereits die versuchte Hilfeleistung (BGH, Beschlüsse vom 13. Januar 2015 - 4 StR 378/14, NStZ 2015, 399, 400 f.; vom 6. Juni 2012 - 4 StR 144/12, NJW 2012, 2821 Rn. 4; Urteil vom 25. März 1999 - 1 StR 344/98, NStZ 1999, 409 f.; Huber/Mantel/Bergmann, AufenthG/AsylG, 3. Aufl., § 96 AufenthG Rn. 67; MüKoStGB/Gericke, 4. Aufl., § 96 AufenthG

Rn. 3, 44; Bergmann/Dienelt/Stephan, Ausländerrecht, 14. Aufl., § 96 AufenthG Rn. 32). Strafrechtlich verantwortlich ist also auch derjenige, der - im Sinne einer versuchten Beihilfe - eine auf die Unterstützung der unerlaubten Einreise einer anderen Person abzielende Förderungshandlung vornimmt, diese jedoch nicht wirksam wird, weil es nicht zu einer (versuchten) unerlaubten Einreise des anderen kommt oder die Unterstützungsleistung für diese keine Rolle spielt (vgl. BGH, Beschlüsse vom 13. Januar 2015 - 4 StR 378/14, NStZ 2015, 399, 400 f.; vom 6. Juni 2012 - 4 StR 144/12, NJW 2012, 2821 Rn. 4; Urteil vom 25. März 1999 - 1 StR 344/98, NStZ 1999, 409 f.; Huber/Mantel/Bergmann, AufenthG/AsylG, 3. Aufl., § 96 AufenthG Rn. 67 f.; BeckOK AuslR/Hohoff, 35. Ed., § 96 AufenthG Rn. 21 f.; Bergmann/Dienelt/Stephan, Ausländerrecht, 14. Aufl., § 96 AufenthG Rn. 32). Für eine Strafbarkeit wegen versuchten Einschleusens von Ausländern gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 AufenthG, §§ 22, 23 StGB ist mithin ohne Bedeutung, ob es zu einer (versuchten) unerlaubten Einreise desjenigen kommt, dem der Täter mit seinem Agieren Hilfe leisten wollte (BGH, Beschluss vom 6. Juni 2012 - 4 StR 144/12, NJW 2012, 2821 Rn. 4; Urteil vom 25. März 1999 - 1 StR 344/98, NStZ 1999, 409 f.; Huber/Mantel/Bergmann, AufenthG/AsylG, 3. Aufl., § 96 AufenthG Rn. 67; MüKoStGB/Gericke, 4. Aufl., § 96 AufenthG Rn. 3, 44; Bergmann/Dienelt/Stephan, Ausländerrecht, 14. Aufl., § 96 AufenthG Rn. 32). Gleichfalls irrelevant ist, ob die Handlung des Täters für eine (versuchte) unerlaubte Einreise eines anderen förderlich war. Entscheidend ist allein, dass der Täter bei der Vornahme seiner Handlung Vorsatz dahin hat, mit dieser die - in Ermangelung eines Aufenthaltstitels und/oder Passes unerlaubte (§ 95 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 14 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AufenthG) - Einreise einer anderen Person zu unterstützen.

10 bb) Vor diesem Hintergrund ist es für die Strafbarkeit der Angeklagten
H. und A. wegen versuchten Einschleusens von Auslän-

dem rechtlich unerheblich, dass die für eine Einreise der schleusungswilligen Syrerin erbrachten Unterstützungsleistungen, namentlich die Beschaffung des Reiseausweises und dessen Verbringung nach At. , nicht wirksam wurden.

11 cc) Maßgeblich für den Beginn der Strafbarkeit wegen versuchten Hilfeleistens nach § 96 Abs. 1 und 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 ansetzt; insofern kommt es entscheidend darauf an, 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 23. September 2021 - 1 StR 173/21, juris Rn. 14; Urteil vom 26. Januar 2021 - 1 StR 289/20, BGHSt 65, 257 Rn. 66; Beschlüsse vom 13. Januar 2015 - 4 StR 378/14, NStZ 2015, 399, 401; vom 6. Juni 2012 - 4 StR 144/12, NJW 2012, 2821 Rn. 4). Danach setzten beide Angeklagten mit der Beschaffung des Ausweisdokuments und der Reise des Angeklagten H. nach At. zur Tatbestandsverwirklichung der versuchten Schleusung unmittelbar an (§ 22 StGB). Denn die Verbringung des Ausweises nach Griechenland sollte in eine dortige Übergabe des Dokuments an die Schleusungswillige zur direkt anschließenden Nutzung durch diese münden.

12 Ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch liegt nicht vor, weil die Taten der Angeklagten mit der Sicherstellung des Reiseausweises am Flughafen At. fehlschlagen.

13 dd) Im Ergebnis unschädlich ist, dass die Strafkammer bei ihrer rechtlichen Würdigung angenommen hat, nach der Vorstellung der Angeklagten sei eine Einreise der Schleusungswilligen in die Bundesrepublik Deutschland beabsichtigt gewesen, und damit auf eine Strafbarkeit der zu Schleusenden nach § 95

Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 14 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 AufenthG abgestellt hat, während die Schleusungswillige ausweislich der Feststellungen "in die Bundesrepublik Deutschland oder ein benachbartes Zielland" einreisen sollte, also möglicherweise nach dem maßgeblichen Vorstellungsbild der Angeklagten Hilfe bei der Einreise der Schleusungswilligen in einen Nachbarstaat Deutschlands geleistet werden und diese dort verbleiben sollte.

14 (1) Zwar ist nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 14 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 AufenthG allein die unerlaubte Einreise in das Staatsgebiet der Bundesrepublik strafbar, so dass sich grundsätzlich auch die Strafbarkeit wegen (versuchten) Einschleusens von Ausländern in der Variante der Förderung einer unerlaubten Einreise gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG auf Taten beschränkt, mit denen eine Einreise nach Deutschland gefördert wird oder werden soll.

15 (2) Jedoch erweitert § 96 Abs. 4 AufenthG die Strafbarkeit der (versuchten) Hilfeleistung bei einer unerlaubten Einreise oder einem unerlaubten Aufenthalt nach § 96 Abs. 1 AufenthG auf Zuwiderhandlungen gegen Rechtsvorschriften über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder eines Schengen-Staates, wenn diese den in § 95 Abs. 1 Nr. 2 oder 3 AufenthG bezeichneten Handlungen entsprechen und der Täter einen Ausländer unterstützt, der nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum besitzt (vgl. Huber/Mantel/Bergmann, AufenthG/AsylG, 3. Aufl., § 96 AufenthG Rn. 69; MüKoStGB/Gericke, 4. Aufl., § 96 AufenthG Rn. 42; BeckOK AuslR/Hohoff, 35. Ed., § 96 AufenthG Rn. 23).

16 Diese Voraussetzungen wären im Falle einer Unterstützung der Einreise der Schleusungswilligen in einen Nachbarstaat Deutschlands gegeben gewesen.

17 (a) Die Frau, zu deren Einreise die Angeklagten H. und
A. Hilfe leisten wollten, war syrische Staatsangehörige; sie besaß demnach weder die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Union noch eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum. Alle Nachbarstaaten Deutschlands sind Mitgliedstaat der Europäischen Union beziehungsweise Schengen-Staat. Die Schleusungswillige verfügte ausweislich der Feststellungen über kein Visum oder sonstigen Aufenthaltstitel und besaß keinen Pass. Unter diesen Voraussetzungen wären die Einreise in jeden Nachbarstaat Deutschlands und ein Aufenthalt dort eine Zuwiderhandlung gegen Einreise- beziehungsweise Aufenthaltsvorschriften gewesen und hätte der Rechtsverstoß den in § 95 Abs. 1 Nr. 2 und 3 AufenthG bezeichneten Handlungen, nämlich einer Einreise oder einem Aufenthalt ohne erforderlichen Aufenthaltstitel, entsprochen.

18 (b) Zwar verhält sich das Urteil nicht zu den in den deutschen Nachbarstaaten geltenden einschlägigen Rechtsvorschriften; dies ist jedoch vorliegend kein durchgreifender Rechtsfehler (vgl. zur grundsätzlichen Erforderlichkeit der Feststellung des einschlägigen unmittelbar geltenden EU-Rechts beziehungsweise nationalen ausländischen Rechts BGH, Urteil vom 15. März 2021 - 5 StR 627/19, juris Rn. 19; Beschluss vom 14. August 2019 - 5 StR 228/19, BGHR AufenthG § 96 Abs. 4 Auslandstaten 3 Rn. 11). Denn bereits aus der "Verordnung (EU) 2018/1806 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. November 2018 zur Aufstellung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Außengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen, sowie der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige von dieser Visumpflicht be-

freit sind" (EU-Visumverordnung) i.V.m. Art. 19 ff. des "Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen" (Schengener Durchführungsübereinkommen - SDÜ) ergibt sich, dass die Einreise eines syrischen Staatsangehörigen als sogenannter "Negativstaater" ohne Visum oder sonstigen Aufenthaltstitel sowie ohne Pass oder Passersatzdokument in einen EU-Staat beziehungsweise Schengen-Staat und ein dortiger Aufenthalt gegen Rechtsvorschriften verstößt, gleichgültig, um welchen Nachbarstaat Deutschlands es sich konkret handelt und wie dessen originär nationale Rechtsnormen im Einzelnen ausgestaltet sind (vgl. BGH, Beschluss vom 6. Oktober 2021 - 6 StR 372/21, juris; Urteile vom 15. März 2021 - 5 StR 627/19, juris Rn. 19; vom 14. November 2019 - 3 StR 561/18, NStZ-RR 2020, 184, 185).

19 Unerheblich ist dabei, dass die Schleusungswillige sich zum Zeitpunkt des Tätigwerdens der Angeklagten bereits in Griechenland und damit einem EU-Staat befand. Denn schon die Einreise nach Griechenland und der dortige Aufenthalt waren in Ermangelung eines Aufenthaltstitels unerlaubt (vgl. nur BGH, Urteil vom 15. März 2021 - 5 StR 627/19, juris Rn. 19), so dass der Schleusungswilligen keine Freizügigkeit im Schengen-Raum zukam (vgl. Art. 19 ff. SDÜ; s. auch BGH, Beschluss vom 8. November 2000 - 1 StR 447/00, NStZ 2001, 157 f.). Eine Sanktionsbewehrung der unerlaubten Einreise beziehungsweise des unerlaubten Aufenthalts nach dem nationalen Recht des betreffenden Einreisestaates ist nicht erforderlich (BGH, Urteile vom 15. März 2021 - 5 StR 627/19, juris Rn. 19; vom 14. November 2019 - 3 StR 561/18, NStZ-RR 2020, 184, 185; Beschlüsse vom 13. Januar 2015 - 4 StR 378/14, NStZ 2015, 399, 401;

vom 5. September 2001 - 3 StR 174/01, NStZ 2002, 33, 34; BeckOK AuslR/Hohoff, 35. Ed., § 96 AufenthG Rn. 24).

20 (c) Hinzu kommt im Hinblick auf den Schuldspruch Folgendes: Soweit die hier einschlägigen Vorschriften den Begriff der Einreise ohne "erforderlichen" Pass oder Aufenthaltstitel verwenden (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AufenthG) beziehungsweise durch Verweis auf § 14 Abs. 1 AufenthG auf einen Rechtsverstoß der Einreise wegen Fehlens eines von Rechts wegen "erforderlichen" Passes oder Aufenthaltstitels abstellen (§ 95 Abs. 1 Nr. 3, § 96 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 AufenthG), handelt es sich um ein (normatives) Merkmal des objektiven Tatbestandes der Strafvorschriften, auf das sich der Vorsatz des Täters erstrecken muss (vgl. BGH, Urteil vom 26. Januar 2021 - 1 StR 289/20, BGHSt 65, 257 Rn. 62; Beschluss vom 25. Oktober 2017 - 1 StR 426/17, juris Rn. 21; BeckOK AuslR/Hohoff, 35. Ed., § 95 AufenthG Rn. 25c, 35). Bei der vorliegend gegebenen Versuchsstrafbarkeit kommt es daher auch hinsichtlich des rechtlichen Erfordernisses eines Passes beziehungsweise Aufenthaltstitels allein auf das subjektive Vorstellungsbild der Angeklagten an (vgl. allg. Fischer, StGB, 69. Aufl., § 22 Rn. 8, 40 mwN). Diese aber gingen, wie sich zwanglos aus dem Umstand ergibt, dass die Schleusungswillige unter Nutzung des Reiseausweises der Schwester des Angeklagten A. und Verschleierung ihrer Identität nach Deutschland oder in einen Nachbarstaat der Bundesrepublik verbracht werden sollte, davon aus, dass die Einreise in den Zielstaat ohne Pass und ohne Aufenthaltstitel rechtswidrig sein werde. Denn ansonsten hätte es der beabsichtigten Form der Unterstützung nicht bedurft. Selbst wenn eine Einreise der Schleusungswilligen in einen Nachbarstaat Deutschlands objektiv betrachtet keinen Verstoß gegen im Zielstaat geltende Rechtsvorschriften dargestellt hätte, läge mithin eine Strafbarkeit wegen versuchten Einschleusens von Ausländern gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 AufenthG vor, und zwar dann in Form eines

untauglichen Versuchs aufgrund eines "umgekehrten Tatbestandsirrtums" (vgl. insofern allg. BGH, Urteil vom 17. Oktober 1996 - 4 StR 389/96, BGHSt 42, 268; s. ferner BGH, Urteil vom 20. September 2007 - 3 StR 274/07, NStZ 2008, 214).

21 (d) Die Strafbarkeitserweiterung des § 96 Abs. 4 AufenthG erfasst Fälle der (versuchten) Hilfeleistung bei einer unerlaubten Einreise oder einem unerlaubten Aufenthalt grundsätzlich nur, wenn der Täter ein Schleusermerkmal nach § 96 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a AufenthG erfüllt, er also für seine Tat einen Vorteil erhält oder sich versprechen lässt, der überdies bei der Hilfeleistung zu einem unerlaubten Aufenthalt nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ein Vermögensvorteil sein muss (BGH, Urteil vom 15. März 2021 - 5 StR 627/19, juris Rn. 20; MüKoStGB/Gericke, 4. Aufl., § 96 AufenthG Rn. 42; BeckOK AusIR/Hohoff, 35. Ed., § 96 AufenthG Rn. 23). Bei Vorliegen allein eines der Schleusermerkmale des § 96 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b AufenthG ist eine Strafbarkeit nach § 96 Abs. 4 AufenthG wegen (versuchter) Hilfeleistung bei einer unerlaubten Einreise allerdings möglich, wenn der Täter eines der Qualifikationsmerkmale des § 96 Abs. 2 Nr. 1, 2 oder 5 AufenthG verwirklicht (BGH, Urteile vom 15. März 2021 - 5 StR 627/19, BGHR AufenthG § 96 Abs. 4 Auslandstaten 2 Rn. 24; vom 14. November 2019 - 3 StR 561/18, NStZ-RR 2020, 184, 185; MüKoStGB/Gericke, 4. Aufl., § 96 AufenthG Rn. 42; BeckOK AusIR/Hohoff, 35. Ed., § 96 AufenthG Rn. 23).

22 Auch diese einschränkende Voraussetzung für eine Strafbarkeit nach § 96 Abs. 4 AufenthG ist vorliegend gegeben. Die Angeklagten erfüllten bei der Tat II. 2. jeder das Schleusermerkmal des § 96 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a Variante 2 AufenthG. Denn die Schleusungswilligen mussten ausweislich der Feststellungen jeweils für die Schleusungsleistungen Geld zahlen beziehungsweise eine Geldzahlung zusichern. Die Angeklagten agierten - entgegen ihren von der Straf-

kammer für widerlegt erachteten Einlassungen - nicht selbstlos zur Unterstützung notleidender syrischer Verwandter oder Bekannter, sondern in jeweils eigenem finanziellen Interesse. Hinsichtlich des Angeklagten A. ist der Umstand, dass er sich auch für die Tat II. 2. einen (finanziellen) Vorteil versprechen ließ, den Urteilsfeststellungen explizit zu entnehmen; für den Angeklagten H. ergibt sich dieser aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe.

23 b) Die tateinheitliche Verurteilung des Angeklagten H. im Fall II. 2. der Urteilsgründe wegen versuchten Missbrauchs von Ausweispapieren gemäß § 281 Abs. 1 Satz 1 Variante 2, Satz 2, §§ 22, 23 StGB wird dagegen von den Feststellungen nicht getragen; sie hat zu entfallen. Der Senat ändert den Schuldspruch entsprechend; § 265 StPO steht dem nicht entgegen.

24 aa) Zwar handelt es sich bei dem tatgegenständlichen "Reiseausweis für Flüchtlinge" ("Blauer Pass"), der in Deutschland von den Ausländerbehörden als Asylberechtigter oder Flüchtling anerkannten Personen als amtliches Reisedokument ausgestellt wird (s. Art. 28 Abs. 1 Genfer Flüchtlingskonvention; § 1 Abs. 3, § 4 Abs. 1 Nr. 3 AufenthV), um ein Ausweispapier im Sinne des § 281 Abs. 1 Satz 1 StGB (vgl. MüKoStGB/Erb, 4. Aufl., § 275 Rn. 3). Zudem wird der Straftatbestand in der zweiten Variante des § 281 Abs. 1 Satz 1 StGB bereits durch die Übergabe eines Ausweises an eine andere Person erfüllt, wenn diese - vom Vorsatz des Täters umfasst - das Dokument an einen Dritten weitergeben soll, für den es nicht ausgestellt ist, damit der es seinerseits zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht (vgl. Fischer, StGB, 69. Aufl., § 281 Rn. 4). Dabei ist nicht erforderlich, dass das Ausweispapier auf einen der Überlassenden ausgestellt ist (vgl. Fischer, StGB, 69. Aufl., § 281 Rn. 3a; Schönke/Schröder/Heine/Schuster, 30. Aufl., § 281 Rn. 6; LK/Zieschang, StGB, 12. Aufl., § 281 Rn. 10). Auch ist unerheblich, ob es nachfolgend zu einem (versuchten) Gebrauch des

Dokuments zur Täuschung im Rechtsverkehr kommt (MüKoStGB/Erb, 4. Aufl., § 281 Rn. 11; Schönke/Schröder/Heine/Schuster, 30. Aufl., § 281 Rn. 6). Insofern begegnet es keinen rechtlichen Bedenken, dass das Landgericht den Angeklagten A. im Fall II. 2. des versuchten gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern in Tateinheit mit - vollendetem - Missbrauch von Ausweispapieren gemäß § 281 Abs. 1 Satz 1 Variante 2 StGB schuldig gesprochen hat. Denn er veranlasste, dass der Angeklagte H. den Reiseausweis seiner Schwester erhielt; zudem wies er den Angeklagten H. an, den Ausweis der Schleusungswilligen als Einreisedokument zur rechtsmissbräuchlichen Nutzung in Gestalt der Täuschung über ihre Identität (vgl. insofern BGH, Beschluss vom 21. Juli 2020 - 5 StR 146/19, BGHSt 65, 98 Rn. 13) zu übergeben.

25 bb) Der Angeklagte H. jedoch überließ den Reiseausweis der Schleusungswilligen nicht, so dass er sich schon deshalb - wie das Landgericht zutreffend erkannt hat - nicht wegen vollendeten Missbrauchs von Ausweispapieren gemäß § 281 Abs. 1 Satz 1 Variante 2 StGB strafbar gemacht hat. Entgegen der rechtlichen Wertung der Strafkammer liegt zudem keine Strafbarkeit des Angeklagten H. wegen versuchten Missbrauchs von Ausweispapieren gemäß § 281 Abs. 1 Satz 1 Variante 2, Satz 2, §§ 22, 23 StGB vor.

26 (1) Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar ansetzt (§ 22 StGB). Nicht erforderlich hierfür ist die Verwirklichung mindestens eines Tatbestandsmerkmals. Genügend ist vielmehr auch ein für sich gesehen noch nicht tatbestandsmäßiges Handeln, soweit es nach der Vorstellung des Täters der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals räumlich und zeitlich unmittelbar vorgelagert ist oder nach dem Tatplan im ungestörten Fortgang ohne Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung einmünden soll. Diese abstrakten Maßstäbe bedürfen angesichts der Vielzahl

denkbarer Sachverhaltsgestaltungen jedoch stets der wertenden Konkretisierung unter Beachtung der Umstände des Einzelfalles. Maßgeblicher Orientierungspunkt ist dabei angesichts der Fassung des § 22 StGB die Vorstellung des Täters, das heißt der Tatplan, der über die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Versuchsstadium entscheidet (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschlüsse vom 14. Januar 2020 - 4 StR 397/19, NStZ 2020, 353, 354; vom 17. Juli 2018 - 2 StR 123/18, NStZ 2019, 79 Rn. 4 f.; Urteil vom 20. März 2014 - 3 StR 424/13, BGHR StGB § 22 Ansetzen 38 Rn. 8 f.).

27 (2) Hieran gemessen waren die Aktivitäten des Angeklagten H. unter dem Gesichtspunkt einer Strafbarkeit wegen versuchten Missbrauchs von Ausweispapieren lediglich straflose Vorbereitungshandlungen. Denn der Angeklagte H. wollte sich in Griechenland mit der Schleusungswilligen treffen und ihr erst dort den Ausweis übergeben. Mit den von ihm vorgenommenen relevanten Handlungen - der Abholung des Reiseausweises der Schwester des Angeklagten A. und dem Verbringen des Dokuments von Deutschland nach At. - setzte er noch nicht zur Tatbestandsverwirklichung durch ihn, also der (beabsichtigten) Übergabe des Reiseausweises an die Schleusungswillige, unmittelbar an. Denn hierfür hätte es erst seiner erfolgreichen Einreise nach Griechenland mitsamt dem Ausweispapier und eines dortigen Zusammentreffens mit der Schleusungswilligen, also noch weiterer wesentlicher Zwischenschritte, bedurft.

28 Es besteht kein Anlass, im Hinblick darauf, dass - wie dargelegt - bereits die Übergabe eines Ausweises an eine andere Person regelmäßig eine Tatbestandsvollendung darstellt, die Versuchsstrafbarkeit des § 281 Abs. 1 Satz 2 StGB auf Vorbereitungshandlungen wie die hier inmitten stehenden zu erstrecken (so aber KG, Urteil vom 25. März 1953 - 1 Ss 383/52, NJW 1953, 1274).

Denn es verbleibt auch ohne eine solche Vorverlagerung der Strafbarkeit ein hinreichender Anwendungsbereich für die vom Gesetz angeordnete Versuchsstrafbarkeit (aA KG, aaO). Die vorliegende Fallkonstellation unterscheidet sich auch von der nach § 281 Abs. 1 Satz 1 Variante 2, Satz 2, §§ 22, 23 StGB strafbaren Versendung eines Ausweises an einen Dritten zur rechtsmissbräuchlichen Nutzung durch diesen per Post (s. hierzu MüKoStGB/Erb, 4. Aufl., § 281 Rn. 15; LK/Zieschang, StGB, 12. Aufl., § 281 Rn. 13). Denn mit einer Versendung per Post gibt der Täter das weitere Geschehen aus der Hand und ist aus seiner Sicht alles geschehen, um bei ungestörtem Fortgang die Tatbestandsverwirklichung herbeizuführen.

29 cc) Eine Strafbarkeit des Angeklagten H. wegen Beihilfe zu der vom Angeklagten A. begangenen Straftat des Überlassens des Ausweises an ihn gemäß § 281 Abs. 1 Satz 1 Variante 2 StGB durch die bloße Entgegennahme des Dokuments ist nicht gegeben. Insofern handelt es sich, weil es zu keinen über den Empfang des Ausweispapiers hinausgehenden diese Straftat des Angeklagten A. fördernden Handlungen kam, um eine straflose notwendige Teilnahme an der Tat dieses Angeklagten.

30 c) Die Änderung des Schuldspruchs betreffend den Angeklagten H. im Fall II. 2. der Urteilsgründe bedingt die Aufhebung der für diese Tat gegen ihn verhängten Einzelstrafe mit den zugehörigen Feststellungen. Denn die Strafkammer hat insofern ausdrücklich strafschärfend gewürdigt, der Angeklagte habe zwei Straftatbestände verwirklicht. Der Einzelstrafauspruch hat aber auch deshalb keinen Bestand, weil die Strafkammer von einem unzutreffenden Strafrahmen ausgegangen ist. Sie hat irrtümlich angenommen, der zur Anwendung gebrachte und wegen Versuchs nach § 23 Abs. 2 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB gemilderte Regelstrafrahmen des § 96 Abs. 1 StGB führe zu einem Strafrahmen von

einem Monat bis sieben Jahre und sechs Monate Freiheitsstrafe, während dieser tatsächlich von einem Monat bis drei Jahre und neun Monate Freiheitsstrafe reicht.

31 d) Die Aufhebung der Einzelstrafe im Fall II. 2. der Urteilsgründe zieht die Aufhebung der gegen den Angeklagten H. verhängten Gesamtfreiheitsstrafe nach sich.

32 e) Die den Angeklagten H. betreffende Einziehungsentscheidung ist von den aufgezeigten Rechtsfehlern nicht betroffen, zumal sich die gegen ihn angeordnete Einziehung des Wertes von Taterträgen auf seine Mitwirkung im Fall II. 1. der Urteilsgründe bezieht.

Schäfer

Berg

Erbguth

Kreicker

Voigt

Vorinstanz:

Landgericht Aurich, 18.03.2022 - 19 KLS 110 Js 6382/21 (23/21)