



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

1 StR 426/17

vom  
25. Oktober 2017  
in der Strafsache  
gegen

wegen gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 25. Oktober 2017 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Hof vom 20. April 2017 wird mit der Maßgabe als unbegründet verworfen, dass die vom Angeklagten in dieser Sache in Bulgarien erlittene Freiheitsentziehung auf die hier verhängte Strafe in der Weise angerechnet wird, dass ein Tag Auslieferungshaft zwei Tagen inländischer Haft entspricht.

Der Beschwerdeführer hat die Kosten des Rechtsmittels zu tragen.

#### Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern in sechs Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten verurteilt und den Verfall von Wertersatz in Höhe von 3.100 Euro angeordnet. Gegen das Urteil richtet sich die auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten. Das Rechtsmittel führt lediglich zu der aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Ergänzung des Strafausspruchs (§ 349 Abs. 4 StPO); im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

#### I.

- 2 Das Landgericht hat im Wesentlichen folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

- 3           1. Der Angeklagte ist ein in Bulgarien wohnhafter syrischer Staatsangehöriger, der dort ein Restaurant und einen Supermarkt betrieb. Zu einem nicht mehr feststellbaren Zeitpunkt vor dem 20. November 2014 entschloss er sich, die wiederholte Schleusung von Flüchtlingen aus dem Flüchtlingsheim der bulgarischen Stadt H.       nach Deutschland gegen ein Entgelt von mindestens 200 Euro je Person zu organisieren und sich dadurch eine weitere Einnahmequelle von nicht unerheblichem Umfang und einiger Dauer zu verschaffen. Die geschleusten Flüchtlinge nahmen Kontakt zu dem unter Aliasnamen handelnden Angeklagten auf, indem sie ihn anriefen oder ihn sogleich an einem bekannten Treffpunkt nahe der Unterkunft aufsuchten. Die Telefonnummer des Angeklagten war Aushängen in dem Flüchtlingsheim zu entnehmen, in denen er als eine Art „Reiseunternehmer“ auftrat.
- 4           Vom 20. November 2014 bis zum 14. März 2015 organisierte er mindestens sechs Fahrten mit insgesamt 31 syrischen Staatsangehörigen, die ein Fahrer im Auftrag des Angeklagten mit einem Personenkraftwagen von Bulgarien aus über Ungarn nach Deutschland transportierte. Nach der Einreise stellten mindestens 21 von ihnen in Deutschland einen Asylantrag. Die letzte Fahrt endete in einer Polizeikontrolle auf der Bundesautobahn A 93. Alle transportierten Personen verfügten – dies kontrollierte der Angeklagte jeweils vor Fahrtantritt – über einen „bulgarischen Flüchtlingspass“.
- 5           Der Angeklagte wusste um die Praxis der bulgarischen Behörden, dass geflüchtete Personen, die als Asylsuchende für einige Monate in der Flüchtlingsunterkunft untergebracht waren, binnen 14 Tagen nach Erhalt des „bulgarischen Flüchtlingspasses“ diese Unterkunft verlassen mussten und keine staatliche Unterstützung mehr erhielten. Des Weiteren war dem Angeklagten bekannt, dass alle von ihm geschleusten Personen nicht nur Kurzbesuche,

sondern einen dauerhaften Aufenthalt in Deutschland anstrebten und „nicht über einen Aufenthaltstitel für die Bundesrepublik“ verfügten.

6           2. Das Landgericht hat dies als gewerbsmäßiges Einschleusen von Ausländern in sechs Fällen gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a und b, Abs. 2 Nr. 1, § 95 Abs. 1 Nr. 3, § 14 Abs. 1 Nr. 2, § 4 Abs. 1 AufenthG gewertet, weil sich die transportierten Personen mit Grenzübertritt nach Deutschland der unerlaubten Einreise schuldig gemacht hätten. Der bulgarische Flüchtlingsausweis erlaube keine Einreise der syrischen Staatsangehörigen. Dies hat das Landgericht insbesondere mit Blick auf den beabsichtigten Daueraufenthalt verneint.

## II.

7           Der Schuldspruch wird von den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen getragen. Insbesondere sind die Personen, denen der Angeklagte unter Verwirklichung von Schleusermerkmalen zur Einreise in die Bundesrepublik verholfen hat, ohne den nach § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG erforderlichen Aufenthaltstitel und daher unerlaubt eingereist. Im Einzelnen:

8           1. Das Landgericht hat im Ergebnis zu Recht angenommen, dass den syrischen Staatsangehörigen die Einreise in die Bundesrepublik nicht nach Art. 20 Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ) gestattet war, weil es sich bei ihnen nicht um „sichtvermerksfreie Drittausländer“ handelte. Dies folgt schon daraus, dass die in Bulgarien anerkannten Flüchtlinge dort keinen „Wohnsitz“ hatten.

9           a) Das Tatbestandsmerkmal der „sichtvermerksfreien Drittausländer“ in Art. 20 SDÜ nimmt Bezug auf Art. 1 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 539/2001 des Rates vom 15. März 2001 (ABl. L 81 vom 21. März 2001, S. 1 – EG-VisaVO). Nach dessen Satz 1 dürfen Angehörige der im Anhang II der Verord-

nung genannten Staaten die EU-Außengrenzen für einen Kurzaufenthalt, der 90 Tage je Zeitraum von 180 Tagen nicht überschreitet, visumfrei passieren (sog. „Positivstaater“, zu denen syrische Staatsangehörige nicht zählen). Ihnen stehen Personen mit Flüchtlingsstatus und Wohnsitz in dem EU-Mitgliedstaat gleich, der ihnen ein Reisedokument ausgestellt hat (vgl. Art. 1 Abs. 2 Satz 2, 3. Spiegelstrich EG-VisaVO). Die Regelungen der EG-VisaVO sind gemäß Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Anhang II Nr. 8 der EU-Beitrittsakte 2005 (Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Bulgarien und Rumäniens und die Anpassungen der Verträge, auf denen die Europäische Union beruht, ABl. L 157 vom 21. Juni 2005, S. 203) auch in Bulgarien anzuwenden. Im Anschluss an das Passieren der EU-Außengrenze gestattet sodann Art. 20 SDÜ den Kurzaufenthalt der nach Art. 1 Abs. 2 EG-VisaVO privilegierten Personen im Hoheitsgebiet der Schengen-Staaten und das Überschreiten der Binnengrenzen (vgl. BGH, Beschluss vom 25. September 2012 – 4 StR 142/12, NStZ 2013, 481, 482; OVG Münster, Beschluss vom 11. November 2015 – 18 B 387/15, NVwZ-RR 2016, 354, 356).

- 10            b) Den geschleusten Flüchtlingen war die Einreise in die Bundesrepublik nicht nach Art. 20 SDÜ gestattet. Denn sie erfüllten mangels eines „Wohnsitzes“ in Bulgarien nicht die Voraussetzungen von Art. 1 Abs. 2 Satz 2, 3. Spiegelstrich EG-VisaVO. Dieses Tatbestandsmerkmal hat aufgrund der Bezüge der EG-VisaVO zum „Europäischen Übereinkommen über die Aufhebung des Sichtvermerkszwangs für Flüchtlinge“ vom 20. April 1959 (BGBl. II 1961 S. 1098 – EuSVkÜbk) entsprechend dessen Art. 1 Abs. 1 keine andere Bedeutung als der „gewöhnliche Aufenthalt“ (vgl. Erwägungsgrund 7 der EG-VisaVO; ebenso Baetge, StAZ 2016, 289, 290 zum „Wohnsitz“ in Art. 12 Abs. 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, BGBl. II 1953 S. 560 – Genfer Flüchtlingskonvention). Demgemäß decken sich die englischen Fassungen der EG-VisaVO („reside“) und des Übereinkommens („resident“).

- 11 In unionsrechtlichen Rechtsquellen ist unter dem gewöhnlichen Aufenthalt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union im Kern der Mittelpunkt der Lebensinteressen einer Person zu verstehen, der aufgrund einer Gesamtabwägung der tatsächlichen Umstände (wie Dauer des Aufenthalts, soziale und familiäre Bindungen, Beweggründe) zu bestimmen ist (vgl. hierzu EuGH, Urteile vom 15. September 1994 – C-452/93, Slg. 1994, I-4295 Rn. 22; vom 25. Februar 1999 – C-90/97, Slg. 1999, I-1075 Rn. 28 f.; vom 11. November 2004 – C-372/02, Slg. 2004, I-10761 Rn. 37; vom 17. Juli 2008 – C-66/08, Slg. 2008, I-6041 Rn. 48; vom 5. Juni 2014 – C-255/13 Rn. 44 f. und vom 11. September 2014 – C-394/13 Rn. 34). Dafür, dass der Regelungskontext und der Zweck des Art. 1 Abs. 2 Satz 2, 3. Spiegelstrich EG-VisaVO, anerkannten Flüchtlingen (und Personen ohne Staatsangehörigkeit) ein visumfreies Passieren der EU-Außengrenzen für Kurzaufenthalte zu ermöglichen, ein grundlegend anderes Verständnis erfordern könnten, ist nichts ersichtlich.
- 12 Den gewöhnlichen Aufenthalt im Einzelfall festzustellen, ist Sache der nationalen Gerichte (vgl. EuGH, Urteile vom 22. Dezember 2010 – C-497/10, Slg. 2010, I-14309 Rn. 56 aE und vom 16. Mai 2013 – C-589/10 Rn. 52). Nach den Feststellungen des Landgerichts mussten die geschleusten Personen mit Gewährung des Flüchtlingsstatus das ihnen für einige Monate als Unterkunft zugewiesene Flüchtlingsheim auf Weisung der bulgarischen Behörden kurzfristig verlassen. Auch unter besonderer Berücksichtigung der Situation geflohener Personen ist es daher mangels Festigung sozialer Bindungen und des nicht weiter beabsichtigten Aufenthalts in Bulgarien nicht zur Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts in Bulgarien als „Person mit Flüchtlingsstatus“ gekommen (vgl. auch OVG Magdeburg, Beschluss vom 13. September 1999 – A 3 S 638/98, BeckRS 2016, 43435; Vienenkötter, Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts im Internationalen Familien- und Erbrecht der EU, 2017, S. 351). Zu-

dem hätte ein solcher spätestens mit dem Verlassen des Flüchtlingsheims ohne einen Bleibe- und Rückkehrwillen sein Ende finden müssen. Dass Personen ein gewöhnlicher Aufenthalt fehlen kann, entspricht der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (vgl. EuGH, Urteil vom 22. Dezember 2010 – C-497/10, Slg. 2010, I-14309 Rn. 57). Diese Möglichkeit belegt zudem Art. 12 Abs. 1 der Genfer Flüchtlingskonvention, der das Personalstatut von Flüchtlingen hilfsweise an deren (schlichten) Aufenthalt knüpft.

13 c) Der Senat weicht dabei von der dem Urteil des Landgerichts zugrundeliegenden Begründung ab, weil er anstatt auf den Einreisezweck auf den fehlenden fortbestehenden „Wohnsitz“ abstellt.

14 Da ein „Wohnsitz“ in Bulgarien bei einem Reiseantritt der geschleusten Personen – wie festgestellt – aus der Flüchtlingsunterkunft heraus offensichtlich nicht einmal hätte fortbestehen können, kann der Senat ausschließen, dass sich der Angeklagte anders hätte verteidigen können, wäre bereits das Landgericht auf diesen Gesichtspunkt eingegangen.

15 2. Die Einreise der geschleusten Flüchtlinge nach Deutschland erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als erlaubt.

16 a) Art. 21 SDÜ, wonach ein Aufenthaltstitel und das Reisedokument eines Mitgliedstaats die Bewegungsfreiheit im Schengen-Raum (für einen Kurzaufenthalt) verbürgen, findet im Verhältnis zu Bulgarien keine Anwendung. Die Vorschrift ist in Anhang II Nr. 2 der EU-Beitrittsakte 2005 nicht genannt, fällt also nach deren Art. 4 Abs. 2 unter den für Bulgarien zwar bindenden, aber noch unanwendbaren Teil des Schengen-Besitzstands (vgl. Winkelmann, ZAR 2010, 270, 277). Dass von dort stammende Aufenthaltstitel nicht genügen (vgl. Stahmann/Schild in Hofmann, Ausländerrecht, 2. Aufl., § 6 AufenthG Rn. 4; Visumhandbuch Auswärtiges Amt, 67. Erg.-Lfg., Aufenthaltsfragen allgemein

S. 15), lässt sich zudem etwa Erwägungsgrund 3 der ÄndVO (EU) Nr. 265/2010 vom 25. März 2010 (ABl. L 85 vom 31. März 2010, S. 1) entnehmen, mit der unter anderem Art. 21 Abs. 2a in das SDÜ eingefügt worden ist. Demnach sollten neben sonstigen Aufenthaltstiteln auch Visa für den längerfristigen Aufenthalt den freien Personenverkehr unter jenen Mitgliedstaaten verbürgen, die – anders als Bulgarien – den Schengen-Besitzstand vollständig anwenden.

17           b) Die visumfreie Einreise ermöglichte ebenso wenig § 18 AufenthV, der ebenfalls an die Flüchtlingseigenschaft und den von bestimmten Staaten ausgestellten Reiseausweis anknüpft. Schon die – vormalige – Ermächtigungsgrundlage für § 18 AufenthV in der EG-VisaVO (Art. 3, 2. Spiegelstrich aF) knüpfte nicht anders als Art. 1 Abs. 1 EuSVkÜbk daran an, dass sich die Flüchtlinge in näher bezeichneten Drittstaaten (gewöhnlich) aufhalten (englische Fassung: „reside“). Aufgrund des abschließenden Charakters des vorrangigen EU-Rechts (vgl. BGH, Beschluss vom 25. September 2012 – 4 StR 142/12, NStZ 2013, 481, 482 mwN), wie ihn auch § 15 AufenthV betont, ist nicht anzunehmen, dass der deutsche Verordnungsgeber die visumfreie Einreise von Flüchtlingen mit Reisedokumenten eines EU-Mitgliedstaates ohne dortigen gewöhnlichen Aufenthalt ermöglichen wollte (vgl. auch OVG Hamburg, Beschluss vom 23. September 2013 – 3 Bs 131/13, NVwZ-RR 2014, 490, 492). In der geforderten Rückkehrberechtigung findet dies seinen Ausdruck. Das Landgericht hat darüber hinaus die Anwendbarkeit von § 16 AufenthV zutreffend verneint.

18           c) Auch aus Art. 16a Abs. 1 GG lässt sich für die geschleusten Personen, die in Deutschland im Anschluss an ihre Einreise Asyl beantragt haben, keine Befugnis ableiten, in die Bundesrepublik einzureisen (vgl. BGH, Urteil vom 26. Februar 2015 – 4 StR 178/14, NStZ-RR 2015, 184, 185 f.).

19           3. Schließlich sind den Urteilsgründen jene subjektiven Umstände zu entnehmen, die für eine Verurteilung wegen (gewerbsmäßigen) Einschleusens von Ausländern notwendig sind. Die – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers hinreichend bestimmt geregelte – Strafbarkeit des Schleusers nach § 96 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG setzt unerlaubte Einreisen als vorsätzlich begangene rechtswidrige Haupttaten voraus; Umstände, die gleichwohl einer Bestrafung der eingereisten Personen entgegenstehen können, sind hingegen unmaßgeblich (vgl. zum Vorrang des Rückführungsverfahrens BGH, Urteile vom 8. März 2017 – 5 StR 333/16, NJW 2017, 1624 f. und vom 4. Mai 2017 – 3 StR 69/17, Rn. 20 f.; vgl. zudem aaO Rn. 19 und BGH, Urteil vom 26. Februar 2015 – 4 StR 178/14, NStZ-RR 2015, 184, 186 zu § 95 Abs. 5 AufenthG). Das Landgericht ist im Einklang hiermit davon ausgegangen, dass nicht nur der Angeklagte, sondern auch die geschleusten Personen vorsätzlich handelten.

20           Den auf die Haupttaten der unerlaubt einreisenden Personen und auf die eigenen Tatbeiträge bezogenen, „doppelten“ Vorsatz des Angeklagten hat das Landgericht auf Basis einer rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung festgestellt.

21           Nach den getroffenen Feststellungen ist offenkundig, dass diese Personen um alle relevanten äußeren Umstände inklusive ihres fehlenden Wohnsitzes in Bulgarien wussten, aus denen sich die unerlaubte Einreise ergab. Darüber hinaus ist auch ein nach § 16 StGB zu behandelnder (so LG Landshut, Urteil vom 11. April 2011 – 5 Ns 35 Js 28732/08, juris Rn. 38 ff. unter Hinweis auf eine unveröffentlichte Entscheidung des OLG München; BeckOK AusIR/Hohoff, § 95 AufenthG Rn. 25; aA etwa MüKoStGB/Gericke, 2. Aufl., § 95 AufenthG Rn. 44) Irrtum über den rechtlichen Bedeutungsgehalt des Merkmals „erforderlicher Aufenthaltstitel“ (vgl. § 14 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 AufenthG) auszuschließen. Die Urteilsgründe belegen ein Vorstellungsbild der Flüchtlinge, dass ihr an einen dortigen Wohnsitz anknüpfendes bulgarisches

Reisedokument für die Einreise in die Bundesrepublik nicht genügt. Damit geht konform, dass zumindest die Mehrzahl von ihnen „entsprechend ihrer bereits bei Reiseantritt bestehenden Absicht“ (UA S. 5 f.) einen Asylantrag in der Bundesrepublik stellte.

### III.

22 Die Revision bleibt auch im Strafausspruch erfolglos. Sie führt lediglich zu einer Ergänzung der Entscheidung um die unterbliebene Anrechnungsentcheidung.

23 1. Entgegen der Auffassung der Revision liegt ein Verstoß gegen § 46 Abs. 3 StGB nicht vor. Mit der Erwägung im Rahmen der Strafzumessung, der Angeklagte habe die Schleusungsfahrten „geschäftsmäßig organisiert“, hat das Landgericht ihm im Sinne der nachfolgend genannten Umstände die Organisation einer erheblichen Anzahl an Schleusungen in einem recht kurzen Zeitraum und für eine Vielzahl von Personen als Ausdruck krimineller Energie anlasten wollen. Dies geht über das Merkmal „gewerbsmäßig“ des § 96 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 AufenthG hinaus. Da gewerbsmäßig nur die Absicht umschreibt, sich eine fortlaufende Einnahmequelle zu sichern, aber nicht notwendig eine geschäftsmäßige Organisation umfasst, liegt keine unzulässige Doppelverwertung vor.

24 2. Allerdings hat das Landgericht entgegen § 51 Abs. 4 Satz 2 StGB keine Bestimmung über den Maßstab getroffen, nach dem die in Bulgarien vollzogene Auslieferungshaft des Angeklagten auf die verhängte Freiheitsstrafe anzurechnen ist. Dies holt der Senat entsprechend § 354 Abs. 1 StPO nach (vgl. BGH, Beschluss vom 20. Mai 2003 – 5 StR 170/03, juris Rn. 2). Aufgrund der im Einzelfall hinter deutschen Verhältnissen zurückbleibenden Haftbedingungen in Bulgarien, wie sie Entscheidungen im Auslieferungsverfahren zu

entnehmen sind (vgl. etwa OLG München, Beschluss vom 4. April 2017 – 1 AR 328/16, juris Rn. 47), legt der Senat einen Anrechnungsmaßstab von 1:2 fest, um eine Beschwer des Angeklagten auszuschließen.

IV.

25            Angesichts des nur geringfügigen Teilerfolgs der Revision ist es nicht unbillig, den Beschwerdeführer mit sämtlichen Kosten seines Rechtsmittels zu belasten (§ 473 Abs. 4 StPO).

Raum

Bellay

Fischer

Bär

Hohoff