



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

1 StR 289/20

vom

26. Januar 2021

BGHSt: ja
BGHR: ja
Nachschlagewerk: ja
Veröffentlichung: ja

AufenthG § 95 Abs. 1 Nr. 2 und 3, § 96 Abs. 1

Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ) Art. 21 Abs. 1

Bei der Prüfung, ob eine unerlaubte Einreise oder ein unerlaubter Aufenthalt nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 und 3, § 96 Abs. 1 AufenthG vorliegt, ist bei einem von einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union ausgestellten Aufenthaltstitel im Sinne von Art. 21 Abs. 1 SDÜ – vorbehaltlich der Regelung in § 95 Abs. 6 AufenthG – allein auf das objektive Kriterium eines gültigen Aufenthaltstitels abzustellen; auf den individuell verfolgten Aufenthaltswitz kommt es nicht an (Weiterführung von BGH, Urteil vom 27. April 2005 – 2 StR 457/04, BGHSt 50, 105).

BGH, Urteil vom 26. Januar 2021 – 1 StR 289/20 – LG München I

in der Strafsache
gegen

- 1.
- 2.
- 3.
- 4.
- 5.
- 6.

wegen gewerbs- und bandenmäßigen Einschleusens von Ausländern u.a.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Hauptverhandlung vom 13. Januar 2021 in der Sitzung am 26. Januar 2021, an denen teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof

Dr. Raum,

der Richter am Bundesgerichtshof

Bellay,

die Richterin am Bundesgerichtshof

Dr. Fischer,

der Richter am Bundesgerichtshof

Dr. Bär

und die Richterin am Bundesgerichtshof

Dr. Hohoff,

Staatsanwältin

– in der Verhandlung vom 13. Januar 2021 –,

Richterin am Landgericht

– bei der Verkündung am 26. Januar 2021 –

als Vertreterinnen der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt

– in der Verhandlung vom 13. Januar 2021 –

als Verteidiger des Angeklagten I.

Rechtsanwalt

– in der Verhandlung vom 13. Januar 2021 –
als Verteidiger des Angeklagten S. ,

Rechtsanwalt

– in der Verhandlung vom 13. Januar 2021 –
als Verteidiger der Angeklagten Sh. ,

Rechtsanwältin

– in der Verhandlung vom 13. Januar 2021 –
als Verteidigerin des Angeklagten St. ,

Rechtsanwalt

– in der Verhandlung vom 13. Januar 2021 –
als Verteidiger des Angeklagten T. ,

Rechtsanwalt

– in der Verhandlung vom 13. Januar 2021 –
als Verteidiger des Angeklagten B. ,

Justizangestellte

– in der Verhandlung vom 13. Januar 2021 –,

Justizangestellte

– bei der Verkündung am 26. Januar 2021 –
als Urkundsbeamtinnen der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts München I vom 19. Dezember 2019 betreffend den Angeklagten B. zu dessen Gunsten mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben,
 - a) soweit dieser Angeklagte im Fall III. B. 6.2 der Urteilsgründe wegen gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern verurteilt worden ist; jedoch bleiben die Feststellungen zum objektiven Tatgeschehen aufrechterhalten;
 - b) im Gesamtstrafausspruch;
 - c) im Ausspruch über die Einziehung von 1.110,70 Euro in Banknoten und Münzen;
 - d) im Ausspruch über die Einziehung des Wertes von Taterträgen, soweit die Einziehung eines Betrages von mehr als 8.500 Euro angeordnet worden ist.

2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

3. Die weitergehende Revision der Staatsanwaltschaft betreffend den Angeklagten B. wird verworfen.

4. Die Revisionen der Staatsanwaltschaft gegen die übrigen Angeklagten und die Revisionen der Angeklagten I. , Sh. und St. gegen das vorbezeichnete Urteil werden verworfen; jedoch wird der Schuldspruch in den Fällen III. B. 1.1 und 1.2 der Urteilsgründe hinsichtlich der Angeklagten I. und St. dahingehend berichtigt,

dass die Angeklagten jeweils des gewerbs- und bandenmäßigen Einschleusens von Ausländern schuldig sind.

5. Die Angeklagten I. _____, Sh. _____ und St. _____ tragen die Kosten ihrer Rechtsmittel. Der Staatskasse fallen die Kosten der Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft und die den Angeklagten hierdurch entstandenen notwendigen Auslagen zur Last.

Von Rechts wegen

Gründe:

A.

I.

1 Das Landgericht hat die Angeklagten wie folgt verurteilt:

2 1. Den Angeklagten I. _____ wegen gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern in fünf Fällen (Fälle III. B. 1.1, 2/3, 4, 5 und 6.1 der Urteilsgründe), davon in einem Fall in Tateinheit mit gewerbs- und bandenmäßigem Einschleusen von Ausländern (Fall III. B. 1.2 der Urteilsgründe) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und drei Monaten,

3 2. den Angeklagten S. _____ wegen gewerbs- und bandenmäßigen Einschleusens von Ausländern (Fall III. B. 1.2 der Urteilsgründe), wegen gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern in zwei Fällen (Fälle III. B. 1.1 und 5 der

Urteilsgründe) sowie wegen Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt in vier Fällen (Fall III. B. 1.1 der Urteilsgründe sowie Fall III. B. 2/3 der Urteilsgründe – 3 Taten) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und neun Monaten,

4 3. die Angeklagte Sh. wegen gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern in zwei Fällen, davon in einem Fall in vier tateinheitlichen Fällen und in einem Fall in drei tateinheitlichen Fällen (betrifft insgesamt die Fälle III. B. 1, 2/3, 5 und 6 der Urteilsgründe) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und zehn Monaten, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat,

5 4. den Angeklagten St. wegen gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern in zwei Fällen (Fälle III. B. 1.1 und 2/3 der Urteilsgründe), davon in einem Fall in Tateinheit mit gewerbs- und bandenmäßigem Einschleusen von Ausländern zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren (Fall III. B. 1.2 der Urteilsgründe),

6 5. den Angeklagten T. wegen gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern (Fall III. B. 6.1 der Urteilsgründe) zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat,

7 6. den Angeklagten B. wegen gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern in drei Fällen (Fälle III. B. 1.1, 6.1 und 6.2 der Urteilsgründe) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und zehn Monaten.

8 Die Angeklagten S. , Sh. und T. hat das Landgericht im Übrigen freigesprochen. Zudem hat das Landgericht zum Nachteil des Angeklagten B. die Einziehung eines näher bezeichneten Mobiltelefons, von Banknoten und Münzen im Wert von 1.110,70 Euro sowie des Wertes von Taterträgen in Höhe von 10.889,30 Euro angeordnet. Zum Nachteil der Ange-

klagten I. , S. und St. hat es weitere Einziehungsentscheidungen und hinsichtlich der Angeklagten I. , St. und T. Anrechnungsentscheidungen über erlittene Auslieferungshaft getroffen.

II.

9 1. Die gegen ihre Verurteilung gerichtete und mit der ausgeführten Sachrüge begründete Revision der Angeklagten Sh. bleibt ohne Erfolg. Die jeweils auf die nicht näher ausgeführte Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützten Revisionen der Angeklagten I. und St. führen lediglich zu der aus dem Tenor ersichtlichen Schuldspruchberichtigung und sind im Übrigen unbegründet.

10 2. Die zu Ungunsten aller Angeklagten eingelegten und vom Generalbundesanwalt vertretenen Revisionen der Staatsanwaltschaft werden mit der Sachrüge geführt. Die Staatsanwaltschaft wendet sich sowohl gegen die Teilfreisprüche als auch insgesamt gegen die Schuldsprüche. Sie hält die rechtliche Würdigung der Strafkammer zur Zulässigkeit der Einreise und des Aufenthalts von Drittausländern aufgrund eines nationalen polnischen Visums der Kategorie „D“ (sog. Visum für den längerfristigen Aufenthalt) im Sinne von Art. 18 Abs. 1 Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ) oder eines polnischen Aufenthaltstitels im Sinne von Art. 21 Abs. 1 SDÜ für rechtsfehlerhaft und wendet sich zudem gegen die Beweiswürdigung, mit der das Landgericht eine Verurteilung aller Angeklagten auch wegen bandenmäßiger Begehung abgelehnt hat. Zudem beanstandet sie hinsichtlich der Angeklagten Sh. die konkurrenzrechtliche Beurteilung durch das Landgericht und rügt, dass eine Einziehungsentscheidung zum Nachteil dieser Angeklagten unterblieben sei.

11 Den zu Ungunsten der Angeklagten geführten Revisionen der Staatsanwaltschaft bleibt der Erfolg insgesamt versagt. Jedoch führt das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft gegen den Angeklagten B. zu dessen Gunsten (§ 301 StPO) zur Teilaufhebung in dem aus der Urteilsformel ersichtlichen Umfang.

B.

12 I.

Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

13 Der Angeklagte I. betrieb seit 2015 ein Geschäftsmodell, das darauf ausgerichtet war, vornehmlich nepalesische Staatsangehörige, die für das Bundesgebiet über keine gültige oder nur eine zeitlich befristete Aufenthaltsbewilligung verfügten, nach Deutschland zu schleusen, für sie das Eingehen einer Scheinehe mit einem Ehepartner aus der Europäischen Union in Dänemark zu arrangieren und ihnen auf diesem Wege zu einem längerfristigen Aufenthaltstitel für die Bundesrepublik Deutschland zu verhelfen. Je nach Umfang seiner Tätigkeit verlangte er ein Entgelt von 9.000 bis 12.000 Euro. In dem verfahrensgegenständlichen Zeitraum von Oktober 2017 bis Juli 2018 arbeitete er unter anderem mit dem Mitangeklagten S., der Fahr- und Beförderungsdienste übernahm, und dem Mitangeklagten St., dessen Hauptaufgabe es war, heiratswillige EU-Bürger zu vermitteln, zusammen. Ende Februar 2018 kamen I. und S. mit St. überein, in bandenmäßiger Verbundenheit Schleusungstaten künftig gemeinschaftlich und arbeitsteilig zu begehen.

14 Die Schleusungen erfolgten teilweise nach Vermittlung durch den Angeklagten B., einen in Polen lebenden Nepalesen, teilweise bediente sich I. auch der Hilfe des Mitangeklagten T., den er im Mai 2018 beauftragte, heiratswillige EU-Bürger an ihn zu vermitteln. Bei seinem

Tun wurde I. – ohne dass die übrigen Angeklagten davon Kenntnis hatten – zudem von der Mitangeklagten Sh. , seiner Lebensgefährtin, unterstützt. Diese hatte bei der unter anderem in Form von Ratsschlägen und Übernahme von Banküberweisungen geleisteten „Hintergrundarbeit“ (in den Fällen III. B. 1, 2/3, 5 und 6 der Urteilsgründe) den Willen, die Taten ihres Lebensgefährten insgesamt zu fördern, auch weil die gemeinsamen Lebensführungskosten teilweise aus den Taterträgen bestritten wurden. Zusätzlich gewährte sie (in den Fällen III. B. 1, 2/3 und 5 der Urteilsgründe) den geschleusten Personen auch Unterkunft in ihrer Wohnung.

15 Mit Ausnahme des Angeklagten T. im Fall III. B. 1.2 der Urteilsgründe und der Angeklagten Sh. und S. im Fall III. B. 4 der Urteilsgründe, in denen diese Angeklagten jeweils irrig davon ausgingen, dass die geschleusten Personen über gültige, wenn auch befristete Aufenthaltserlaubnisse verfügten, wussten die beteiligten Angeklagten oder nahmen es billigend in Kauf, dass die Geschleusten über keine gültige Aufenthaltsberechtigung für die Bundesrepublik Deutschland verfügten. Soweit die Angeklagten nicht im Einzelfall unentgeltlich und ohne Erwartung einer Gegenleistung handelten, wollten sie sich durch die wiederholte Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einigem Umfang und einiger Dauer verschaffen.

16 Im Einzelnen hat das Landgericht die folgenden Taten („Fälle“) festgestellt, wobei die Angeklagten nicht in allen Fällen an dem Tatgeschehen insgesamt beteiligt waren:

17 1. Schleusung der nepalesischen Staatsangehörigen K. und Kh. (Fall III. B. 1 der Urteilsgründe)

- 18 Zwischen dem 2. und 4. Februar 2018 ließ der Angeklagte I. nach vorheriger Vermittlung durch den Angeklagten B. die nepalesischen Staatsangehörigen K. und Kh., deren polnische Arbeitsvisa (Visa der Kategorie „D“ für den längerfristigen Aufenthalt) widerrufen worden waren, durch den Angeklagten S. in dessen Fahrzeug nach Deutschland schleusen (Fall III. B. 1.1 der Urteilsgründe).
- 19 Wie im Vorfeld vereinbart, arrangierte I. für K. eine am 6. Juni 2018 in Dänemark geschlossene Scheinehe mit der Rumänin F., die St. an I. vermittelt hatte. Die notwendigen Fahrdienste führte neben St. und S. auch der – von der Strafkammer insoweit freigesprochene – Angeklagte T. aus. Ab dem 16. Juni 2018 gewährte S. dem nach der Rückkehr aus Dänemark zunächst im Einverständnis der Sh. in deren Wohnung untergebrachten K. unentgeltlich Unterkunft (Fall III. B. 1.2 der Urteilsgründe).
- 20 2. Schleusung der nepalesischen Staatsangehörigen P. und R. (Fall III. B. 2/3 der Urteilsgründe)
- 21 Den in Zypern aufhältigen und nur über einen Aufenthaltstitel für (den nicht-Schengen-Staat) Zypern verfügenden Nepalesinnen P. und R. bot der Angeklagte I. vor dem 5. Oktober 2017 an, ihnen bei der Einreise nach Deutschland behilflich zu sein, ihnen einen Scheinehemann zu vermitteln und einen dauerhaften Aufenthaltstitel für die Bundesrepublik Deutschland zu verschaffen. Die Nepalesinnen trafen am 17. November 2017 in München ein. Dort wurden sie von dem von I. instruierten – und ohne Erwartung einer Gegenleistung handelnden – Angeklagten S., der jeweils unentgeltlich für beide noch bei einer weiteren Gelegenheit einen Fahrdienst unternahm und ihnen zeitweise auch Unterkunft in seiner Wohnung gewährte, abgeholt und nach Hof verbracht. Am 5. Dezember 2017 wurde die von I.

organisierte Scheinehe zwischen P. und dem deutschen Staatsangehörigen A. in Dänemark geschlossen; eine von I. vorbereitete und für den 14. Februar 2018 geplante (Schein-)Eheschließung zwischen R. und dem von St. zur Eheschließung von München nach Flensburg gefahrenen Rumänen L. scheiterte, weil R. vor dem Grenzübertritt nach Dänemark von der Polizei vorläufig festgenommen wurde.

22 3. Schleusung der nepalesischen Staatsangehörigen Ra. (Fall III. B. 4 der Urteilsgründe)

23 Auch der sich jedenfalls seit dem 23. Februar 2018 in Deutschland aufhaltenden nepalesischen Staatsangehörigen Ra. , die über einen polnischen Aufenthaltstitel (sog. Karta pobytu) mit einer Gültigkeitsdauer bis zum 2. Juli 2020 verfügte, versprach der Angeklagte I. , einen Scheinehegatten zu vermitteln und zu einem längerfristigen Aufenthaltstitel für die Bundesrepublik Deutschland zu verhelfen. Um einen Teil der vereinbarten Bezahlung in Empfang zu nehmen, ließ er sich von dem um die Vereinbarung wissenden – insoweit von der Strafkammer freigesprochenen – Angeklagten S. am 11. oder 12. Juni 2018 nach Hamburg fahren. Am 13. Juni 2018 wurde in Dänemark eine Scheinehe zwischen Ra. und dem Rumänen L. geschlossen. Bereits zuvor hatten im Auftrag des I. die – insoweit ebenfalls freigesprochenen – Sh. und S. Reisekostenvorschüsse an – insoweit nicht angeklagt – den T. vermittelt, auf dessen Einschaltung und Anreise L. vor der Eheschließung bestanden hatte. Da die weiteren Bemühungen des Angeklagten I. , die Voraussetzungen für eine Aufenthaltserlaubnis zu schaffen, scheiterten, reiste Ra. am 10. Juli 2018 nach Hamburg ab.

24 4. Schleusung des nepalesischen Staatsangehörigen Shr. (Fall III. B. 5 der Urteilsgründe)

25 Am 23./24. Mai 2018 schleusten die Angeklagten I. und S. den nepalesischen Asylbewerber Shr., dessen in Österreich gestellter Asylantrag abgelehnt worden war, im Fahrzeug des Angeklagten S. von Wien nach Deutschland. I. brachte den Shr. zunächst in einer Wohnung in Ebersberg unter, später in Abstimmung mit Sh. in deren Wohnung in München.

26 5. Schleusung der nepalesischen Staatsangehörigen G., C., Bh. und Ch. (Fall III. B. 6 der Urteilsgründe)

27 In der Nacht vom 3. auf den 4. Juli 2018 verbrachten die Angeklagten I. und T. die ihnen von B. vermittelten nepalesischen Staatsangehörigen G., C. und Bh., deren polnische Arbeitsvisa widerrufen worden waren, und Ch., der über kein Visum verfügte, mit einem weiteren Nepalesen in einem von T. gesteuerten Mietfahrzeug von Polen nach Deutschland (Fall III. B. 6.1 der Urteilsgründe).

28 In Deutschland entschieden G., C., Bh. und Ch. „etwa ab dem 10. Juli 2018“, sich weiter nach Portugal schleusen zu lassen, und beauftragten hierfür den Angeklagten B., der sich zur Schleusung bereit erklärte. Entsprechend dieser Vereinbarung beförderte der aufgrund neuen Tatentschlusses und gemeinsam mit dem anderweitig Verurteilten Th. handelnde Angeklagte B. die Nepalesen nach einer Zahlung von 3.500 Euro in einem angemieteten Fahrzeug am 16. Juli 2018 mit Fahrtziel Portugal zunächst von Hof nach München und am Folgetag von dort aus weiter. Die Beteiligten wurden in der Nähe von Lindau am Bodensee vorläufig festgenommen (Fall III. B. 6.2 der Urteilsgründe).

II.

29 Das Landgericht hat eine bandenmäßige Begehung der Angeklagten I. , S. und St. (erst) ab Ende Februar 2018 angenommen. Vor Ende Februar 2018 sei nicht belegt, dass St. Kenntnis davon gehabt hätte, dass I. und S. zum Zwecke der Schleusung zusammengearbeitet hätten. Für eine bandenmäßige Einbeziehung der weiteren Angeklagten fehle es an belastbaren Anhaltspunkten.

C. Revisionen der Angeklagten I. , Sh. und St.

30 Die Revisionen der Angeklagten I. , Sh. und St. sind unbegründet. Die Verurteilungen halten aus den Gründen der Antragschriften des Generalbundesanwalts der rechtlichen Nachprüfung stand.

31 Lediglich der Schuldspruch in den Fällen III. B. 1.1 und 1.2 der Urteilsgründe war hinsichtlich der Angeklagten I. und St. dahingehend zu berichtigen, dass diese insoweit lediglich des gewerbs- und bandenmäßigen Einschleusens von Ausländern schuldig sind. Im Falle tateinheitlichen Zusammentreffens wird das gewerbsmäßige Einschleusen von Ausländern gemäß §§ 96 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a) und b), Abs. 2 Nr. 1, 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG (im Fall III. B. 1.1 der Urteilsgründe) von dem schwereren Delikt des gewerbs- und bandenmäßigen Einschleusens von Ausländern gemäß §§ 97 Abs. 2, 96 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1, 95 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG (im Fall III. B. 1.2 der Urteilsgründe) verdrängt (Grundsatz der Spezialität). Da bei der Tenorierung der Strafbarkeit des Schleusers – im Unterschied zum Haupttäter (vgl. BGH, Urteil vom 17. Oktober 2000 – 1 StR 118/00 Rn. 6) – nicht zwischen unerlaubter Einreise und unerlaubtem Aufenthalt differenziert wird, folgt auch aus

Klarstellungsgründen nichts anderes. Die geänderte konkurrenzrechtliche Bewertung lässt den Unrechts- und Schuldgehalt der Taten unberührt (vgl. nur BGH, Beschluss vom 11. März 2015 – 1 StR 50/15 Rn. 3). Es ist auszuschließen, dass das Landgericht bei zutreffender rechtlicher Bewertung der Konkurrenzen mildere Strafen verhängt hätte.

D. Revisionen der Staatsanwaltschaft

32 Die Revisionen der Staatsanwaltschaft betreffend die Angeklagten I. , S. , St. , Sh. , T. und – soweit zu Ungunsten eingelegt – betreffend den Angeklagten B. sind unbegründet. Auf die – auch zugunsten wirkende (§ 301 StPO) und unbeschränkt eingelegte – Revision der Staatsanwaltschaft betreffend den Angeklagten B. war der Schuldspruch aufzuheben, soweit dieser Angeklagte im Fall III. B. 6.2 der Urteilsgründe wegen gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern gemäß §§ 96 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1, 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG verurteilt worden ist.

33 I. Revisionen der Staatsanwaltschaft betreffend die Angeklagten I. , S. , St. , Sh. , T. und – soweit zu Ungunsten eingelegt – betreffend den Angeklagten B.

34 Die zu Ungunsten der Angeklagten I. , S. , St. , Sh. , T. und B. eingelegten Revisionen decken keine die Angeklagten begünstigende Rechtsfehler auf.

35 1. Die Teilfreisprüche des Angeklagten T. im Fall III. B. 1.2 der Urteilsgründe sowie der Angeklagten S. und Sh. im Fall III. B. 4 der Urteilsgründe halten rechtlicher Nachprüfung stand. Zwar haben sich, wovon auch das Landgericht ausgeht, die von diesen Angeklagten unterstützten nepalesischen Staatsangehörigen nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 bzw. Nr. 3

AufenthG strafbar gemacht. Zutreffend hat das Landgericht jedoch eine Strafbarkeit wegen Beihilfe mangels vorsätzlichen Handelns der Angeklagten verneint. Im Einzelnen:

36 a) Das Landgericht hat zu Recht – und insoweit mit der Revision auch nicht angegriffen – angenommen, dass die geschleusten Nepalesen K. und Kh. im Fall III. B. 1 der Urteilsgründe entgegen § 14 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG in das Bundesgebiet eingereist sind (§ 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG) und sich ohne erforderlichen Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG im Bundesgebiet aufgehalten haben (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG). Sie waren weder im Besitz des grundsätzlich erforderlichen Aufenthaltstitels noch war vorliegend durch das Recht der Europäischen Union etwas anderes bestimmt, § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG.

37 Eine Berechtigung zur Einreise und zum Kurzaufenthalt im Bundesgebiet ergibt sich insbesondere nicht aus Art. 21 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2a SDÜ. Denn bei beiden Geschleusten war das polnische Arbeitsvisum der Kategorie „D“ – ein Visum für den längerfristigen Aufenthalt im Sinne des Art. 18 Abs. 1 SDÜ – vor der Einreise widerrufen worden, so dass die Ausländer schon nicht (mehr) über ein gültiges polnisches Visum verfügten. Es kommt daher insoweit – anders als bei den Schleusungshandlungen in Bezug auf die Nepalesin Ra. im Fall III. B. 4 der Urteilsgründe – nicht darauf an, ob die in Art. 21 SDÜ geregelte Bewegungsfreiheit für Drittausländer auf Grund eines von einem anderen Mitgliedstaat ausgestellten Aufenthaltstitels, die gemäß Art. 21 Abs. 2a SDÜ auch für Inhaber eines von einem der Mitgliedstaaten gemäß Art. 18 SDÜ erteilten gültigen Visums für den längerfristigen Aufenthalt gilt, in strafrechtlicher Hinsicht davon abhängt, ob die Einreisevoraussetzungen des in diesem Artikel in Bezug genommenen Art. 5 Abs. 1 Buchst. a), c) und e) der Verordnung (EG) Nr. 562/2006 des Euro-

päischen Parlaments und des Rates, die nunmehr gemäß Art. 44 Satz 2 der Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex; im Folgenden: SGK; ABl. L 77 vom 23. März 2016, S. 1, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2019/817 vom 20. Mai 2019, ABl. L 135 vom 22. Mai 2019, S. 27) i.V.m. der Entsprechungstabelle in Anhang X in Art. 6 Abs. 1 SGK geregelt sind, vorliegen.

38 Auch aus Art. 20 SDÜ ergibt sich vorliegend nichts anderes. Weder handelt es sich bei den geschleusten Personen um „sichtvermerksfreie Drittausländer“ – nepalesische Staatsangehörige zählen nicht zu den sog. „Positivstaaten“ nach dem zum Tatzeitpunkt geltenden 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, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) Nr. 2017/850 vom 17. Mai 2017 (ABl. L 133 vom 22. Mai 2017, S. 1); im Folgenden: EG-VisaVO; jetzt Art. 4 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2018/1806 vom 14. November 2018 (ABl. L 303 vom 28. November 2018, S. 39), geändert durch Verordnung (EU) 2019/592 vom 10. April 2019 (ABl. L 103 I vom 12. April 2019, S. 1); im Folgenden: EG-VisaVO 2018) in Verbindung mit Anhang II – noch um für den Kurzaufenthalt nach Art. 1 Abs. 2 EG-VisaVO (jetzt: Art. 4 Abs. 2 EG-VisaVO 2018) privilegierte Personen. Insbesondere waren die Geschleusten keine Personen mit Flüchtlingsstatus (vgl. Art. 1 Abs. 2 Satz 2, 3. Spiegelstrich EG-VisaVO), so dass es auch auf die Frage ihres Wohnsitzes in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union nicht ankommt (zu dieser tatbestandlichen Voraussetzung in Art. 1 Abs. 2 Satz 2, 3. Spiegelstrich EG-VisaVO als Grundlage für die Gestattung der Einreise und des Kurzaufenthalts nach Art. 20 SDÜ vgl. BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2017 – 1 StR 426/17 Rn. 10 ff.).

- 39 b) Rechtsfehlerfrei hat das Landgericht auch bejaht, dass sich die nepalesische Staatsangehörige Ra. im Fall III. B. 4 der Urteilsgründe ab dem 91. Tag ihres Aufenthalts unerlaubt im Bundesgebiet aufgehalten und sich nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG strafbar gemacht hat.
- 40 aa) Zwar verfügte die sich nach den Feststellungen ab dem 23. Februar 2018 ununterbrochen in Deutschland aufhaltende Ra. über einen gültigen polnischen Aufenthaltstitel (Karta pobytu) mit einer Gültigkeitsdauer bis zum 2. Juli 2020. Jedoch berechtigte sie dieser polnische Aufenthaltstitel nicht zu einem über den 90. Tag hinausgehenden Aufenthalt in Deutschland. Denn Art. 21 Abs. 1 SDÜ, der ein Recht auf freien Personenverkehr in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vorsieht, gibt lediglich das Recht, nach Deutschland einzureisen und sich bis zu 90 Tage je Zeitraum von 180 Tagen frei im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland zu bewegen. Verbleibt die Person – wie hier die Nepalesin Ra. – nach Ablauf der 90 Tage im Bundesgebiet, wird sie vollziehbar ausreisepflichtig und macht sich aufgrund des Wegfalls der Voraussetzungen für einen Kurzaufenthalt wegen unerlaubten Aufenthalts strafbar (vgl. Mosbacher in: GK-AufenthG, Stand Juli 2008, § 95 Rn. 58; MüKoStGB/Gericke, 3. Aufl., AufenthG § 95 Rn. 26; Erbs/Kohlhaas/Senge, Stand Oktober 2020, AufenthG § 95 Rn. 11; zum Verbleib nach Ablauf eines Schengen-Visums: MüKoStGB/Gericke, aaO Rn. 45).
- 41 bb) Einen Verstoß der Nepalesin Ra. gegen § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG vor Ablauf des 90-Tage-Zeitraums hat das Landgericht mangels Vorliegens der Voraussetzungen des § 95 Abs. 6 AufenthG zutreffend abgelehnt und in diesem Zusammenhang ohne Rechtsfehler ausgeführt, dass es nicht darauf ankomme, ob Ra. bereits bei der Einreise das Ziel gehabt habe, hier einen Daueraufenthalt zu begründen. Der hiergegen gerichtete Angriff der Staatsanwaltschaft bleibt erfolglos.

42 (1) Die Frage, ob sich ein Drittausländer, der über einen von einem (anderen) Mitgliedstaat der Europäischen Union ausgestellten nationalen Aufenthaltstitel verfügt, nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 bzw. Nr. 3 AufenthG strafbar macht, wenn er bereits bei der Einreise die Absicht hat, in Deutschland einen dauerhaften Aufenthalt zu begründen, ist – ebenso wie der parallel zu beurteilende Fall eines nationalen Visums für den längerfristigen Aufenthalt im Sinne des Art. 18 Abs. 1 SDÜ – bislang höchstrichterlich nicht entschieden.

43 (a) Der Bundesgerichtshof hat in seiner Grundsatzentscheidung vom 27. April 2005 für ein für touristische Zwecke ausgestelltes Schengen-Visum im Sinne von Art. 19 Abs. 1 SDÜ die – bis dahin insbesondere zwischen verwaltungsrechtlicher und strafrechtlicher Rechtsprechung und Literatur – umstrittene Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Ausländer nicht über den erforderlichen Aufenthaltstitel im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG verfügt, dahingehend entschieden, dass nicht auf den für den konkreten Aufenthaltzweck im Einzelfall notwendigen Aufenthaltstitel abzustellen ist, sondern es allein auf das Vorliegen einer formell wirksamen Einreise- und Aufenthaltsgenehmigung ankommt (BGH, Urteil vom 27. April 2005 – 2 StR 457/04, BGHSt 50, 105, 110 ff. mwN auch zum damaligen Streitstand). Für die Beurteilung strafrechtlich relevanter Verhaltensweisen ist der Begriff der Erforderlichkeit nicht in einem materiell-ausländerrechtlichen Sinne zu beurteilen; eine unerlaubte Einreise und ein unerlaubter Aufenthalt liegen schon dann nicht vor, wenn der Ausländer über irgendeinen den Aufenthalt im Bundesgebiet erlaubenden Aufenthaltstitel verfügt, ohne dass es auf den individuell verfolgten Aufenthaltzweck ankommt (BGH, Urteil vom 27. April 2005 – 2 StR 457/04, BGHSt 50, 105, 114 f.). Ausschlaggebend für die strafrechtliche Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Einreise und des Aufenthalts von Ausländern nach objektiven Kriterien ist – so der Bundesgerichtshof in der damaligen Entscheidung – das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG, dem bei der Auslegung von Straftatbeständen Rechnung getragen werden

muss. Verwaltungsakzessorische Straftatbestände, die für ein unerlaubtes und deshalb strafbares Handeln oder Unterlassen das Fehlen einer verwaltungsrechtlichen Erlaubnis vorsehen, bedürfen eines eindeutigen Auslegungsmaßstabs in Bezug auf ihre verwaltungsrechtlichen Vorgaben. Würden – verborgene – materiell-rechtliche Mängel, etwa infolge von Täuschung oder sonstiger missbräuchlicher Verhaltensweisen des Erlaubnisadressaten, zum Abgrenzungskriterium des strafbaren und nicht strafbaren Verhaltens gemacht, so wären deren Voraussetzungen und Grenzen im Allgemeinen ungewiss, weil im Einzelfall von zufällig nachweisbaren und nicht nachweisbaren Tatumständen abhängig. Eine nach verwaltungsrechtlichen Vorschriften wirksam erteilte Aufenthaltsgenehmigung muss in den verwaltungsakzessorischen Straftatbeständen des Aufenthaltsgesetzes daher grundsätzlich Tatbestandswirkung entfalten. Etwas anderes kann – so der Bundesgerichtshof in der damaligen Entscheidung – nur dort gelten, wo das Gesetz selbst durch Täuschung erschlichenen oder durch Drohung oder Bestechung erlangten Erlaubnissen die Wirksamkeit abspricht (so insgesamt BGH, aaO). Eine entsprechende Regelung hat der Gesetzgeber nunmehr in § 95 Abs. 6 AufenthG vorgesehen (zu dem Grundsatz der Verwaltungsakzessorietät und seinen Durchbrechungen in den Straftatbeständen des Aufenthaltsgesetzes vgl. BeckOK AuslR/Hohoff, 28. Ed., AufenthG § 95 Rn. 13 ff.; Mosbacher in: GK-AufenthG, Stand Juli 2008, vor § 95 Rn. 29 ff.).

- 44 (b) Hinsichtlich eines von einem (anderen) Mitgliedstaat ausgestellten nationalen Aufenthaltstitels vertreten die oberverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung sowie Teile der verwaltungsrechtlichen Literatur die Auffassung, dass ein Drittausländer dann nicht aufgrund dieser Aufenthaltsbewilligung berechtigt sei, in das Bundesgebiet einzureisen und sich in der Folge hier aufzuhalten, wenn er bereits mit der Absicht der Begründung eines Daueraufenthalts einreist (vgl. OVG der Freien Hansestadt Bremen, Urteil vom 9. März 2020 – 2 B 318/19 Rn. 9; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 28. Februar 2019 – OVG 11

S 21.18 Rn. 8; BayVGH, Beschluss vom 28. Februar 2019 – 10 ZB 18.1626 Rn. 12; Hamburgisches OVG, InfAuslR 2018, 400, 401 f.; OVG NRW, NVwZ-RR 2016, 354, 356; LG Hof, Urteil vom 20. April 2017 – 5 KLS 354 Js 1442/16 Rn. 77; BeckOK AuslR/Dollinger, 28. Ed., AufenthG § 14 Rn. 19, Schott-Mehring, Ausländerrecht für die Polizei, 2. Aufl. S. 151 f.; zu einem Visum für den längerfristigen Aufenthalt nach Art. 18 SDÜ: Hessischer VGH, InfAuslR 2014, 435, 436; OVG des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 7. Juli 2014 – 2 M 23/14 Rn. 14 ff.).

45 Die durch Art. 21 SDÜ vermittelte Bewegungsfreiheit im Schengen-Gebiet setze tatbestandlich voraus, dass bereits bei der Einreise und während des gesamten Aufenthalts die in Art. 6 Abs. 1 Buchst. a), c) und e) SKG aufgeführten Einreisevoraussetzungen erfüllt sein müssten; daraus, dass der Drittausländer gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. c) SGK bei seiner Einreise den Zweck und die Umstände des beabsichtigten Aufenthalts belegen, und er über ausreichende Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts für die Dauer des beabsichtigten Aufenthalts verfügen müsse, folge, dass die Absicht des Drittausländers, den zeitlich zulässigen Aufenthalt von 90 Tagen je Zeitraum von 180 Tagen zu überschreiten und stattdessen unter Umgehung des nationalen Visumverfahrens einen Daueraufenthalt im Inland zu begründen, beachtlich sei und die Privilegierung des Art. 21 Abs. 1 SDÜ entfallen lasse (OVG der Freien Hansestadt Bremen, Urteil vom 9. März 2020 – 2 B 318/19 Rn. 10).

46 Auch Sinn und Zweck der durch Art. 21 Abs. 1 SDÜ gewährten Privilegierung gebiete ihre Beschränkung auf Fälle, in denen die Einreise von Drittausländern nicht von vornherein zum Zweck des Daueraufenthalts erfolge. Beabsichtige der Ausländer bereits bei der Einreise einen Daueraufenthalt, so sei das Interesse des Mitgliedstaates, mit dem Instrument des Visumverfahrens die Zuwan-

derung in sein Gebiet wirksam zu steuern und zu begrenzen, bereits zum Zeitpunkt der Einreise und nicht erst nach Ablauf eines Aufenthalts von 90 Tagen berührt (Hamburgisches OVG, InfAuslR 2018, 400, 402). Eine Gleichbehandlung von Schengen-Visa, deren Inhaber nicht unerlaubt im Sinne von § 14 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG in das Bundesgebiet einreisen, auch wenn sie schon im Zeitpunkt der Einreise einen längerfristigen Aufenthalt anstrebten (BVerwG, BVerwGE 138, 353, 362), und nationalen Aufenthaltstiteln anderer EU-Mitgliedstaaten sei nicht geboten, da bei letzteren – im Gegensatz zu Schengen-Visa – keine wirksame verwaltungsbehördliche Erlaubnis zur Einreise vorliege (vgl. Hamburgisches OVG, InfAuslR 2018, 400, 403).

47 (c) Demgegenüber sind insbesondere die strafrechtliche Literatur und Rechtsprechung sowie einzelne Verwaltungsgerichte – ausgehend von der Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2005 – der Auffassung, dass für die strafrechtliche Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Einreise und des Aufenthalts allein auf das objektive Kriterium des Vorliegens eines gültigen nationalen Aufenthaltstitels eines (anderen) Mitgliedstaats im Sinne von Art. 21 Abs. 1 SDÜ abzustellen sei; ob die in Art. 6 SGK normierten Einreisevoraussetzungen gegeben seien, sei unerheblich (vgl. OLG Celle, Nds. Rpfl. 2014, 257, 258; VG Aachen, Urteil vom 13. April 2016 – 8 K 669/15 Rn. 48 ff.; Erbs/Kohlhaas/Senge, Stand Oktober 2020, AufenthG § 14 Rn. 2; Mosbacher in: Kluth u.a., Handbuch Zuwanderungsrecht, 3. Aufl., § 10 Rn. 13; so auch aus der verwaltungsrechtlichen Literatur: Funke-Kaiser in: GK-AufenthG, Stand September 2019, § 14 Rn. 28, 31; Winkelmann/Kolber und Winkelmann/Stephan in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 13. Aufl., § 14 Rn. 12; § 95 Rn. 43; Hailbronner, Ausländerrecht, Stand Februar 2016, § 95 Rn. 54; Marx, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht, 7. Aufl., § 7 Rn. 135; zu Art. 18 SDÜ: VG Karlsruhe, Urteil vom 6. März 2018 – 1 K 2902/16 Rn. 47 ff.).

- 48 Von einem erforderlichen eindeutigen Auslegungsmaßstab im Sinne des verfassungsrechtlich gebotenen Bestimmtheitsgrundsatzes von Strafbestimmungen nach Art. 103 Abs. 2 GG könne anderenfalls angesichts der unbestimmten und einen zu großen Interpretationsspielraum lassenden Rechtsbegriffe in Art. 6 Abs. 1 Buchst. a), c) und e) SGK nicht gesprochen werden (vgl. OLG Celle, Nds. RpfL. 2014, 257, 258 noch zu Art. 5 Abs. 1 Buchst. a), c) und e) SDÜ aF; vgl. auch Funke-Kaiser in: GK-AufenthG, Stand September 2019, § 14 Rn. 27).
- 49 (2) Der Senat entscheidet die Frage im Sinne der letztgenannten Auffassung. Die formelle Betrachtung beansprucht auch für den Fall des von einem (anderen) Mitgliedstaat der Europäischen Union ausgestellten nationalen Aufenthaltstitels Geltung, für den nichts anderes gelten kann als für das Schengen-Visum. Auch insoweit ist lediglich auf das Vorliegen eines gültigen Aufenthaltstitels abzustellen, welcher nach Art. 21 Abs. 1 SDÜ das Recht auf freien Personenverkehr im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten beinhaltet und damit auch zur Einreise und zum Kurzaufenthalt im Bundesgebiet berechtigt.
- 50 (a) Dafür streitet zunächst, dass der Gesetzgeber im Zuge der Einfügung der Vorschriften des § 95 Abs. 1a und Abs. 6 AufenthG durch das Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 19. August 2007 (BGBl. I S. 1970, 1988) die – unter (1) (a) dargestellte – Auffassung des Bundesgerichtshofs zugrunde gelegt hat (vgl. BT-Drucks. 16/5065 S. 199). Damit ist klargestellt, dass die Erforderlichkeit des Aufenthaltstitels – vorbehaltlich der Regelung in § 95 Abs. 6 AufenthG – nach objektiven Kriterien und nicht nach dem beabsichtigten Zweck des Aufenthalts zu bemessen ist (BeckOK AuslR/Hohoff, 28. Ed., AufenthG § 95 Rn. 16 mwN).
- 51 (b) Für ein derartiges Verständnis spricht – worauf der Bundesgerichtshof auch bei dem Schengen-Visum maßgeblich abgestellt hat – entscheidend das in Art. 103 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich verankerte Bestimmtheitsgebot. Dem

Normadressaten ist es anhand des Wortlauts der in Art. 6 Abs. 1 SGK normierten Einreisevoraussetzungen nicht möglich vorzusehen, ob sein Verhalten strafbar ist. Gemessen an dem Bestimmtheitsgebot bleibt unklar, wann er im Sinne des Art. 6 Abs. 1 Buchst. c) SGK über „ausreichende Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts sowohl für die Dauer des beabsichtigten Aufenthalts als auch für die Rückreise in den Herkunftsstaat oder für seine Durchreise, in dem seine Zulassung gewährleistet ist“ verfügt, zumal diese nach Maßgabe des Art. 6 Abs. 4 SGK unter anderem nach „dem Zweck des Aufenthalts und unter Zugrundelegung der Ausgaben für Unterkunft und Verpflegung in dem/den betreffenden Mitgliedstaat(en) nach Maßgabe eines mittleren Preisniveaus für preisgünstige Unterkünfte“ bewertet werden. Im Ergebnis gilt Gleiches für die Frage, wann er eine „Gefahr für die öffentliche Ordnung“ oder „die internationalen Beziehungen eines Mitgliedstaats“ nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. e) SGK darstellt.

52 Es kommt hinzu, dass sich die normierten Einreisevoraussetzungen in ihrem Inhalt und ihrer Reichweite wechselseitig bedingen können. Die Frage, ob der Drittausländer im Sinne des Art. 6 Abs. 1 Buchst. c) SGK in der Lage ist, ausreichende Mittel zur Bestreitung seines Lebensunterhalts rechtmäßig zu erwerben, hängt maßgeblich davon ab, ob er eine Beschäftigung aufnehmen kann, was wiederum, nämlich für den Fall, dass die Beschäftigungsaufnahme illegal erfolgt, eine Gefahr für die öffentliche Ordnung darstellen könnte (vgl. OLG Celle, Nds. Rpfl. 2014, 257, 258). Erschwerend wirkt sich aus, dass sich die Norm (zumindest auch) an im Rechtsverkehr und insbesondere im Ausländerrecht unerfahrene Drittausländer richtet, so dass diese durchgreifenden Bedenken auch vor diesem Hintergrund nochmals an Gewicht gewinnen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 2017 – 1 StR 447/14, BGHSt 63, 29 Rn. 62).

53 Auch nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs gilt, dass den hier tangierten Grundsätzen der Gesetzmäßigkeit und der Bestimmtheit des

anzuwendenden Rechts im Strafrecht besondere Bedeutung zukommt, die jeder Auslegung von Strafnormen Grenzen setzen (vgl. EuGH, NJW 2018, 217 Rn. 51 f., 59; BGH, Urteil vom 24. April 2019 – 1 StR 81/18 Rn. 32).

54 (c) Zudem wird allein durch dieses Verständnis ein Gleichlauf der die Bewegungsfreiheit für Drittausländer im Schengen-Raum regelnden Vorschriften gewährleistet. Die einschlägigen Art. 19 bis 21 SDÜ stellen einheitlich darauf ab, dass die Bewegungsfreiheit von den nunmehr in Art. 6 Abs. 1 SGK normierten Einreisevoraussetzungen abhängig ist. Für Inhaber von Schengen-Visa, deren Bewegungsfreiheit im Schengen-Raum sich nach Art. 19 SDÜ richtet, ist nach den – unter (1) (a) dargestellten – Grundsätzen aber anerkannt, dass die Strafbarkeit nicht von der subjektiven Zielsetzung bei der Einreise und von dem Vorliegen der weiteren – unbestimmten – Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 SGK abhängen darf.

55 Auch für die Beurteilung der Strafbarkeit der sog. Positivstaater, deren Bewegungsfreiheit unionsrechtlich in Art. 20 SDÜ geregelt ist, kommt es nicht darauf an, dass diese bei ihrer Einreise die besonderen Einreisevoraussetzungen des Art. 6 SGK erfüllen (vgl. BGH, Urteil vom 27. April 2005 – 2 StR 457/04, BGHSt 50, 105, 119 f.; Brandenburgisches OLG, NStZ-RR 2004, 280; OLG Bremen, StraFo 2003, 27; Hailbronner, Ausländerrecht, Stand November 2015, § 14 Rn. 19 ff.; Kretschmer, Ausländerstrafrecht, § 4 Rn. 46; Erbs/Kohlhaas/Senge, Stand Oktober 2020, AufenthG § 95 Rn. 6; BeckOK AusIR/Hohoff, 28. Ed., AufenthG § 95 Rn. 16.1; a.A. MüKoStGB/Gericke, 3. Aufl., AufenthG § 95 Rn. 40; Winkelmann/Kolber in Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 13. Aufl., AufenthG § 14 Rn. 13; OLG München, NStZ 2013, 109, 110).

- 56 Dem entspricht es, auch bei der Anwendung des Art. 21 SDÜ – im Interesse der Rechtssicherheit und -klarheit in dem durch eine internationale Vereinheitlichung überlagerten Ausländerrecht (vgl. schon BGH, Beschluss vom 27. April 2005 – 2 StR 457/04, BGHSt 50, 105, 110) – den formellen Maßstab beizubehalten.
- 57 (d) Auch der in Art. 67 AEUV primärrechtlich verankerte Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von staatlichen Rechts- und Verwaltungsakten innerhalb der Europäischen Union (grundlegend hierzu Kloska, Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung im Europäischen Strafrecht, S. 30 ff., 62 ff.; vgl. mit Bezug zum Umweltstrafrecht etwa Heger, HRRS 2012, 211, 219; Heger/Kloepfer, Umweltstrafrecht, 3. Aufl., § 330d Rn. 114; Schönke/Schröder/Heine/Schittenhelm, StGB, 30. Aufl., § 330d Rn. 40) und das Prinzip wechselseitigen Vertrauens in die Grundrechtskonformität des Verhaltens sämtlicher Mitgliedstaaten, denen im Unionsrecht bei der Schaffung und Aufrechterhaltung eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen fundamentale Bedeutung zukommt (so bereits BGH, Beschluss vom 23. April 2020 – 1 StR 15/20, BGHSt 65, 5 Rn. 28 mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 12. Dezember 2019 – C-625/19 PPU Rn. 33; siehe auch EuGH, NVwZ 2012, 417 Rn. 83), gebieten ein formelles Verständnis. Nur so ist gewährleistet, dass (ausländerrechtliche) Verwaltungsakte anderer Mitgliedstaaten über ihren territorial bestimmten Geltungsbereich hinaus im EU-Raum Anwendung finden (etwa zu den sog. E-101-Bescheinigungen BGH, Urteil vom 24. Oktober 2006 – 1 StR 44/06, BGHSt 51, 124 Rn. 22).
- 58 Zwar liegt bei einem nationalen Aufenthaltstitel eines anderen EU-Mitgliedstaats – im Gegensatz zum Schengen-Visum (vgl. Art. 24 Visakodex (Verordnung (EG) Nr. 810/2009 vom 13. Juli 2009, ABl. L 243 vom 15. September 2009, S. 1, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2019/1155 vom 20. Juni

2019, (ABl. L 188 vom 12. Juli 2019, S. 25)) – kein transnationaler Verwaltungsakt vor (vgl. Kretschmer, Ausländerstrafrecht, § 4 Rn. 73; Buchholtz, NVwZ 2016, 1353, 1356; Kloska, aaO, S. 99 ff.), mit dem verwaltungsbehördlich unmittelbar über die Erlaubnis zur Einreise und den Aufenthalt im (übrigen) Schengen-Raum entschieden wird. Die Erlaubnis zur Einreise in die anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union und zum dortigen Aufenthalt ergibt sich vielmehr unmittelbar aus dem Unionsrecht (Art. 21 Abs. 1 SDÜ). Dasselbe gilt für sichtvermerksfreie Drittausländer (sog. Positivstaater), deren Bewegungsfreiheit im Schengen-Raum nicht aus einer verwaltungsbehördlichen Erlaubnis im Einzelfall folgt, sondern (allein anknüpfend an die Nationalität) aus der unionsrechtlichen Regelung des Art. 20 SDÜ. In allen drei Konstellationen werden die Einreise und der Kurzaufenthalt im Bundesgebiet und im gesamten Schengen-Raum aber unabhängig von nationalen Verfahren oder Feinsteuerungsmöglichkeiten (z.B. Auflagen oder Bedingungen) der einzelnen Staaten ausdrücklich erlaubt. Unionsrechtlich kann die Gültigkeit des nationalen ausländischen Aufenthaltstitels daher nicht losgelöst von der die Bewegungsfreiheit auf den übrigen Schengen-Raum erweiternden unionsrechtlichen Regelungen des Art. 21 Abs. 1 SDÜ bewertet werden, über die bei Ausstellung von dem Mitgliedstaat zumindest mittelbar mitentschieden worden ist.

59 Aus dem zuvor Ausgeführten folgt auch, dass das Abstellen auf die formale Wirksamkeit des nationalen ausländischen Aufenthaltstitels im Sinne von Art. 21 Abs. 1 SDÜ den Anwendungsvorrang des Unionsrechts nicht in Frage stellt, sondern ihm – nicht zuletzt vor dem Hintergrund der gegenseitigen Anerkennung von staatlichen Rechts- und Verwaltungsakten innerhalb der Europäischen Union und des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens – umfänglich Rechnung trägt.

60 (e) Ungewollte Strafbarkeitslücken entstehen durch diese Auffassung nicht. Der im Ausländerstrafrecht geltende Grundsatz der Verwaltungsakzessorietät wird durch die unionsrechtlich zulässige (EuGH, Urteil vom 10. April 2012 – C-83/12 PPU) Gleichstellungsklausel des § 95 Abs. 6 AufenthG durchbrochen, der auch auf Auslandssachverhalte anzuwenden ist (BGH, Beschlüsse vom 24. Mai 2012 – 5 StR 567/11, BGHSt 57, 239 Rn. 12 und vom 9. Januar 2018 – 3 StR 541/17 Rn. 10). Demnach macht sich derjenige Drittausländer nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 bzw. 3 AufenthG strafbar, der den nationalen ausländischen Aufenthaltstitel im Sinne des § 95 Abs. 6 AufenthG durch Drohung, Bestechung oder Kollusion erwirkt oder durch unrichtige oder unvollständige Angaben erschlichen hat und in das Bundesgebiet einreist bzw. sich in diesem aufhält. Das Zusammenspiel von § 95 Abs. 1a und Abs. 6 AufenthG sowie § 17 Abs. 1 AufenthV verdeutlicht zudem, dass der Gesetzgeber eine bewusste Entscheidung getroffen hat, die hier in Rede stehenden Fälle nicht unter Strafe zu stellen, sofern keine Erwerbstätigkeit aufgenommen, die Gültigkeitsdauer des ausländischen Aufenthaltstitels nicht überschritten oder der Aufenthalt über die gestatteten 90 Tage hinaus ausgedehnt wird.

61 c) Ohne Rechtsfehler hat die Strafkammer angenommen, dass die Angeklagten Sh. , S. und T. bei ihren jeweiligen Unterstützungshandlungen in der – irrigen – Vorstellung handelten, die geschleusten Personen verfügten über eine noch gültige polnische Aufenthaltsbewilligung und hielten sich noch nicht länger als 90 Tage in der Bundesrepublik Deutschland auf, so dass sie insoweit ohne Vorsatz hinsichtlich der Haupttat handelten. Entgegen der Ansicht des Generalbundesanwalts ergibt sich aus den Urteilsgründen auch, dass der Angeklagte S. im Fall III. B. 4 der Urteilsgründe die irrige Vorstellung hatte, dass sich die Nepalesin Ra. zum Zeitpunkt der von ihm geleis-

teten Unterstützungshandlungen noch keine 90 Tage im Bundesgebiet aufgehalten hatte und deshalb davon ausging, dass sie zum Kurzaufenthalt im Bundesgebiet berechtigt war (vgl. UA S. 160 und S. 164).

62 Der von dem Landgericht jeweils festgestellte Irrtum führt dazu, dass diesen Angeklagten die vollständige Tatbestandskenntnis fehlte und sie insoweit ohne Vorsatz handelten. Der Gehilfe, der irrig davon ausgeht, der Haupttäter dürfe sich, wenn auch zeitlich nur begrenzt, aufgrund einer nationalen ausländischen Aufenthaltsbewilligung in dem Bundesgebiet aufhalten, handelt bezogen auf die Haupttat ohne Vorsatz, so dass ihm der erforderliche doppelte Gehilfenvorsatz fehlt. Für den Gehilfen kann insoweit nichts anderes gelten als für den Haupttäter. Dessen Fehlvorstellung, die ihm vorliegende Erlaubnis gestatte einen Aufenthalt, stellt einen Tatbestandsirrtum im Sinne des § 16 StGB dar (vgl. BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2017 – 1 StR 426/17 Rn. 21).

63 d) Auf der Grundlage der rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen scheidet eine Strafbarkeit der Angeklagten S. , Sh. und T. wegen (versuchter) Beihilfe zum Erschleichen eines Aufenthaltstitels gemäß § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG auch unter dem Gesichtspunkt aus, dass das Tun der geschleusten und scheinverheirateten Nepalesen K. (im Fall III. B. 1.2 der Urteilsgründe) und Ra. (im Fall III. B. 4 der Urteilsgründe) darauf ausgerichtet war, unrichtige Angaben gegenüber der Ausländerbehörde über das Bestehen einer ehelichen Lebensgemeinschaft zu machen.

64 aa) Für den im Fall III. B. 1.2 der Urteilsgründe ohne Schleusermerkmal im Sinne des § 96 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG handelnden Angeklagten T. folgt dies bereits daraus, dass es für die Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt gemäß § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG, § 27 Abs. 1 StGB an der – im Gegensatz zu der Versuchsstrafbarkeit nach § 96 Abs. 3 AufenthG (vgl. BGH, Beschlüsse vom 26. März 2012 – 5 StR 86/12 und vom 6. Juni 2012 – 4 StR 144/12 Rn. 4) –

erforderlichen Haupttat fehlt. Der Versuch des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG ist gemäß § 95 Abs. 3 AufenthG, der nur auf § 95 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 1a und 2 Nr. 1a AufenthG verweist, nicht strafbar, so dass es nicht auf die Frage ankommt, ob K. , der sich nach den Feststellungen des Landgerichts zum (durch die Ermittlungsbeamten vorgewarnten) Ausländeramt begeben, den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltskarte aber nicht wie beabsichtigt gestellt hat, bereits unmittelbar zur Tatausführung angesetzt hat.

65 bb) Im Ergebnis ist auch eine Strafbarkeit der Angeklagten S. und
Sh. wegen versuchter Beihilfe zu verneinen.

66 (1) Der Versuch des Einschleusens von Ausländern in der Tatbestandsalternative des Hilfeleistens erfordert 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, Beschluss vom 13. Januar 2015 – 4 StR 378/14 Rn. 10 und Urteil vom 29. Oktober 1997 – 2 StR 239/97 Rn. 7). 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 (BGH, Beschluss vom 13. Januar 2015 – 4 StR 378/14 Rn. 10). Sowohl für die Anforderungen, die an den Tatvorsatz des Täters zu stellen sind, als auch für die Prüfung des unmittelbaren Ansetzens 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 Rn. 4 mwN).

67 (2) Nach diesen Maßstäben haben weder der Angeklagte S. noch die
Angeklagte Sh. unmittelbar zur Tat angesetzt. Ein 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 – von diesen Angeklagten bewusst geförderte – Eheschließung in Dänemark erst vorbereitet werden. Feststellungen dazu, dass die Angeklagten die Vorstellungen hatten, dass Ra. kurz davor stand, unwahre Angaben über ihre Scheinehe zu machen, hat die Strafkammer nicht getroffen; dies war auch objektiv nicht zu befürchten, weil die weiteren Bemühungen des Angeklagten I. , die Voraussetzungen für die Aufenthaltserlaubnis zu schaffen, fehlschlagen. Damit war das in § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG geschützte Rechtsgut, das in der Sicherung des ausländerrechtlichen Verwaltungsverfahrens gegenüber Falschangaben im Interesse materiell richtiger Entscheidungen und in dem Vertrauen des Rechtsverkehrs in die Richtigkeit von Verwaltungsentscheidungen zu sehen ist (vgl. BGH, Urteil vom 22. Juli 2015 – 2 StR 389/13 Rn. 42 und Beschluss vom 2. September 2009 – 5 StR 266/09, BGHSt 54, 140 Rn. 18), noch nicht in dem erforderlichen Maße gefährdet.

68 e) Letztlich ergibt sich eine Strafbarkeit des Angeklagten T. auch nicht unter dem Gesichtspunkt der von ihm im Mai 2018 dem Angeklagten I. gegebenen Zusage, für diesen heiratswillige EU-Bürger zu vermitteln.

69 Zwar genügt es nach den Grundsätzen zur sog. Kettenbeihilfe für die Tatbestandserfüllung des § 96 Abs. 1 AufenthG, wenn sich die Unterstützungshandlung auf die Förderung der Hilfeleistung eines anderen Schleusers (§ 96 Abs. 1 AufenthG) beschränkt (vgl. BGH, Beschluss vom 6. Juni 2012 – 4 StR 144/12 Rn. 3); auch braucht das Hilfeleisten nicht ursächlich zu sein, es muss jedoch nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Tathandlung des

Haupttäters oder den Erfolgseintritt erleichtern oder fördern (vgl. nur BGH, Beschluss vom 6. Juli 2010 – 3 StR 12/10 Rn. 2). Dass diese Voraussetzungen im Fall III. B. 1.2 der Urteilsgründe erfüllt sind, hat das Landgericht nicht festgestellt; eine derartige Annahme liegt auch nicht nahe, da I. den Nepalesen bereits Anfang Februar 2018, mithin drei Monate vor der von dem Angeklagten T. im Mai 2018 gegebenen Zusage, mit dem Versprechen nach Deutschland geschleust hat, er könne ihm hier eine Scheinehefrau vermitteln.

70 2. Ohne Erfolg beanstandet die Staatsanwaltschaft die Beweiswürdigung der Strafkammer, die ein bandenmäßiges Zusammenwirken der Angeklagten I., S. und St. allein im Fall III. B. 1.2 der Urteilsgründe bejaht und im Übrigen eine bandenmäßige Tatbegehung durch die Angeklagten B., Sh. und T. abgelehnt hat. Die Urteilsfeststellungen beruhen nicht auf einer rechtsfehlerhaften Beweiswürdigung des Landgerichts.

71 a) Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatrichters (§ 261 StPO). Ihm allein obliegt es, das Ergebnis der Hauptverhandlung festzustellen und zu würdigen. Seine Schlussfolgerungen brauchen nicht zwingend zu sein, es genügt, dass sie möglich sind. Die revisionsgerichtliche Prüfung ist darauf beschränkt, ob dem Tatrichter Rechtsfehler unterlaufen sind. Das ist in sachlich-rechtlicher Hinsicht der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist oder gegen die Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteile vom 21. August 2019 – 1 StR 218/19 Rn. 8; vom 9. Mai 2017 – 1 StR 265/16 Rn. 11; vom 16. Juni 2016 – 1 StR 49/16 Rn. 11; vom 21. April 2016 – 1 StR 629/15, BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 43 Rn. 9 und vom 14. Dezember 2011 – 1 StR 501/11 Rn. 15, jeweils mwN).

72 b) Solche Rechtsfehler liegen hier auch unter Berücksichtigung des Beschwerdevorbringens nicht vor. Die Strafkammer ist nach einer wertenden Gesamtschau aller maßgeblichen objektiven und subjektiven Tatumstände nicht zu der Überzeugung gelangt, dass die Angeklagten I. , S. und St. vor Februar 2018 eine Bandenabrede getroffen haben und die übrigen Angeklagten Mitglieder dieser Bande waren. Die diesen Schlüssen zugrundeliegenden Würdigungen halten sachlich-rechtlicher Überprüfung stand. Die von der Strafkammer in diesem Zusammenhang angestellten Erwägungen sind weder lückenhaft, widersprüchlich oder unklar noch verstoßen sie gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze.

73 aa) Zwar sieht die Revisionsführerin eine Lücke in der Beweiswürdigung, weil das Landgericht bei der Ablehnung einer vor Februar 2018 geschlossenen Bandenabrede nicht bedacht habe, dass die Angeklagten I. , S. , St. und Sh. bereits im März 2016 zusammengearbeitet hätten, als die Scheinehe zwischen Sh. und St. in Dänemark geschlossen worden wäre. Dieser Umstand stehe auch in Widerspruch zur Feststellung, der Angeklagte St. habe vor Februar 2018 nicht gewusst, dass der Angeklagte I. mit dem Angeklagten S. zusammenarbeite. Diese Ausführungen zeigen jedoch keinen Rechtsfehler auf.

74 Die von I. arrangierte und von dem ihm nach den Feststellungen freundschaftlich verbundenen S. geförderte Scheinehe zwischen Sh. und St. war darauf gerichtet, der Lebensgefährtin des I. einen dauerhaften Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland zu ermöglichen. Als Motiv stand – für die weiteren Beteiligten ersichtlich – das persönliche Interesse des I. und der Sh. im Vordergrund. Die Zusammenarbeit im Rahmen dieser Scheineheschließung erlaubt daher jedenfalls nicht ohne Weiteres den Schluss auf die für

eine Bandenabrede erforderliche Vereinbarung von zwei Tätern, künftig Straftaten mit zumindest einem weiteren Beteiligten zu begehen (vgl. BGH, Urteil vom 22. Juli 2015 – 2 StR 389/13 Rn. 29). Deshalb ist auch der von der Staatsanwaltschaft gesehene Widerspruch nicht gegeben.

75 Dass sich die Strafkammer – was die Beschwerdeführerin in ihrer Begründung nicht aufgreift – auf der Grundlage des festgestellten Inhalts des Telefonats vom 17. Februar 2018, in dem sich I. gegenüber S. dahingehend äußert, dass St. sich zu entscheiden habe, ob er weiterhin mit ihnen zusammenarbeite, nicht die Überzeugung von der Kenntnis des Angeklagten St. hinsichtlich einer Zusammenarbeit zwischen den Angeklagten I. und S. und demzufolge von einer vor Februar 2018 getroffenen Bandenabrede, hat verschaffen können, ist eingedenk des eingeschränkten revisionsrechtlichen Maßstabs, nach dem eine tatrichterliche Überzeugungsbildung selbst dann hinzunehmen ist, wenn eine andere Beurteilung näher gelegen hätte oder überzeugender gewesen wäre (vgl. BGH, Urteil vom 5. Dezember 2013 – 4 StR 371/13 Rn. 9; LR/Sander, StPO, 26. Aufl., § 261 Rn. 182 mwN), jedenfalls nicht durchgreifend rechtsfehlerhaft.

76 bb) Auch die von dem Landgericht getroffene Annahme der fehlenden Einbeziehung der Angeklagten Sh., T. und B. in die festgestellte Bandenabrede ist beweiswürdigungsrechtlich nicht zu beanstanden.

77 (1) Soweit die Staatsanwaltschaft beanstandet, dass insbesondere die festgestellten Telefongespräche der Sh. vom 2. Juni und vom 3. Juli 2018, in denen sie eine Information des St. zum Ausbleiben der Scheinehefrauen an ihren Lebensgefährten weitergegeben und sich bei dem Angeklagten B. (im Fall III. B. 6.1 der Urteilsgründe) nach deren Standort erkundigt hätte, eine weitergehende Involvierung der Sh. belege und zudem in Widerspruch zu der Würdigung der Strafkammer stehe, nach der

nach außen nicht ersichtlich gewesen sei, dass die Angeklagte ihren Lebensgefährten bei den Schleusungen unterstützt hätte, deckt sie keinen Rechtsfehler in der Beweiswürdigung des Landgerichts auf.

78 Das Landgericht hat seine Überzeugung, die übrigen Angeklagten hätten nicht um die Beteiligung der Angeklagten Sh. gewusst, tragfähig auf die Einlassungen der dies so bekundenden Angeklagten St. , B. und T. gestützt. Dass dem Landgericht die entgegenstehende Einlassung des Angeklagten S. nicht belastbar erschien, unterliegt vor dem Hintergrund des von der Strafkammer insoweit festgestellten Belastungsmotivs dieses Angeklagten keinen rechtlichen Bedenken, zumal die Strafkammer ihren Schluss ergänzend damit begründet hat, dass S. die von ihm pauschal in den Raum gestellte Behauptung, Sh. habe sich bei den Taten um die finanziellen Angelegenheiten gekümmert, nicht mit einem Beispiel zu belegen oder zu konkretisieren vermochte. Auch die Wertung des Landgerichts, der Inhalt der von Sh. geführten Telefonate lasse im Blick auf das partnerschaftliche Verhältnis zu I. nicht den sicheren Schluss zu, die Angeklagten St. und B. hätten entgegen ihrer Einlassung von den Unterstützungsleistungen zugunsten ihres Lebensgefährten gewusst, ist nicht zu beanstanden. Ohne Rechtsfehler führt die Strafkammer in diesem Zusammenhang aus, dass eine Trennung zwischen der Sorge um das persönliche Wohlergehen ihres Lebensgefährten und ihrem Interesse an dem Taterfolg für außenstehende Personen wie St. oder B. schwerlich möglich sei.

79 (2) Weder widersprüchlich noch in sonstiger Weise rechtsfehlerhaft ist zudem, dass nach der Wertung des Landgerichts der Angeklagte St. nicht um die Einbeziehung des T. durch I. gewusst habe. Gegenteiliges wird entgegen dem Revisionsvorbringen auch nicht dadurch belegt, dass die zum damaligen Zeitpunkt mit St. liierte Schwester des

T. den Kontakt zwischen I. und ihrem Bruder hergestellt hat und St. und T. gemeinsam im Fall III. B. 1.2 der Urteilsgründe nach Dänemark gefahren sind.

80 Das Landgericht begründet seine – mit den Einlassungen der Angeklagten korrespondierende – Wertung, I. habe T. neben und ohne Wissen des St. parallel mit der Suche nach Scheineheleuten beauftragt, in tragfähiger Weise mit dem Inhalt eines überwachten Telefonats, in dem I. von einem unbekanntem „Ga.“ darauf hingewiesen worden sei, dass St. nicht wissen dürfe, dass I. jetzt mit T. zusammenarbeite. Dass sich das Landgericht im Blick auf die von – dem insoweit freigesprochenen – T. im Fall III. B. 1.2 der Urteilsgründe übernommene Nebenrolle nicht die Überzeugung einer weitergehenden Bandenabrede hat verschaffen können, ist aus Rechtsgründen ebenfalls nicht zu beanstanden.

81 (3) Auch begegnet es keinen revisionsrechtlichen Bedenken, dass die Strafkammer in einem zwischen B. und Sh. am 29. Juni 2018 geführten Telefonat keinen hinreichenden Beleg für eine Bandenabrede mit B. sieht. Zwar betont B. nach den Feststellungen der Strafkammer in diesem Telefonat, dass er den Auftrag im Fall III. B. 6.1 der Urteilsgründe bewusst an I. vergeben habe und noch weitere Personen zu schleusen seien. Anders als die Revisionsbegründung meint, folgt aus diesem Umstand jedoch nicht die Lückenhaftigkeit der Beweiswürdigung des Landgerichts. Denn zum einen hat die Strafkammer rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die Sh. nicht in die Bandenabrede einbezogen worden ist; zum anderen wusste B. nach den Feststellungen nichts von den Unterstützungshandlungen der Sh. zugunsten ihres Lebensgefährten.

- 82 Die Fehlerhaftigkeit der Beweiswürdigung folgt auch nicht etwa daraus, dass die Vermittlung der im Fall III. B. 1.1 der Urteilsgründe geschleusten Nepalesen durch den Angeklagten B. zunächst über die Einschaltung des Angeklagten S. erfolgt ist, und der Angeklagte B. in einem Telefonat mit I. am 17. Juni 2018 von dessen „Netzwerk“ spricht. Das Landgericht setzt sich im angefochtenen Urteil auch mit diesen Gesichtspunkten auseinander und hat diese Beweisindizien in nicht zu beanstandender Weise als nicht ausschlaggebend eingeordnet.
- 83 Auch der weitergehende Einwand der Beschwerdeführerin, die Beweiswürdigung sei lückenhaft, da sie nicht in den Blick nehme, dass I., S. und B. bereits im Jahr 2016 oder 2017 gemeinsam Möglichkeiten ausgelotet hätten, den Sohn der Sh. nach Deutschland zu schleusen, führt aus den vorstehend zu der Scheinehe dargelegten Erwägungen zu keinem anderen Ergebnis.
- 84 3. Entgegen der Antragsschrift des Generalbundesanwalts ist nicht zu besorgen, dass das Landgericht in rechtlicher Hinsicht von unzutreffenden Voraussetzungen hinsichtlich des Vorliegens einer Bandentat ausgegangen ist. Aus den Feststellungen des Landgerichts zu dem Fall III. B. 5 der Urteilsgründe ergibt sich gerade nicht, dass neben den Angeklagten I. und S. auch (der insoweit auch nicht verurteilte) Angeklagte St. beteiligt gewesen ist. Zwar kann es für die Annahme einer Bandentat ausreichen, dass sich ein Bandenmitglied zur Überwindung besonderer Schwierigkeiten zur Verfügung hält (vgl. BGH, Beschluss vom 6. April 2005 – 5 StR 68/05); einen derartigen Bandenbezug hat das Landgericht bei dem Angeklagten St., der keine Kenntnis von der Schleusung des Shr. hatte und auch sonst in diese nicht in irgendeiner Weise eingebunden war, aber gerade nicht festgestellt.

85 4. Das von dem Landgericht angenommene Konkurrenzverhältnis hinsichtlich der Schleusungstaten der Angeklagten Sh. ist nicht zu beanstanden. Ohne Rechtsfehler hat die Strafkammer zunächst die von dieser Angeklagten in den Fällen III. B. 1, 2/3, 5 und 6 begangenen und zur Unterstützung ihres Lebensgefährten – aufgrund eines einheitlichen Tatentschlusses – geleisteten Beihilfehandlungen rechtlich als sog. Kettenbeihilfe eingeordnet (vgl. BGH, Beschluss vom 4. Mai 2016 – 3 StR 358/15 Rn. 21) und als einheitliche Tat im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB zusammengefasst (vgl. BGH, Beschluss vom 4. Mai 2016 – 3 StR 358/15 Rn. 23). Soweit die Beschwerdeführerin rügt, die Strafkammer sei in fehlerhafter Weise von einem einheitlichen Tatentschluss ausgegangen, unternimmt sie – revisionsrechtlich unbehelflich – den Versuch, ihre eigenen Wertungen an die Stelle des Tatrichters zu setzen (vgl. nur BGH, Urteil vom 19. August 2020 – 1 StR 474/19 Rn. 19). Von dieser Handlungseinheit hat die Strafkammer zudem zutreffend die (tatmehrheitlich hierzu stehenden) Delikte ausgenommen, an denen die Angeklagte aufgrund der Unterkunftsgewährung an die geschleusten Personen K. und Kh. (im Fall III. B. 1.2 der Urteilsgründe), P. (im Fall III. B. 2/3 der Urteilsgründe) sowie Shr. (im Fall III. B. 5 der Urteilsgründe) individuell mitgewirkt hat (vgl. BGH, Beschluss vom 4. Mai 2016 – 3 StR 358/15 Rn. 23). Dabei ist sie ohne Rechtsfehler aufgrund der zeitlich ineinander übergehenden Verwirklichung – alle oben genannten Geschleusten haben sich am 10. Juni 2018 in ihrer Wohnung befunden – von einem tateinheitlichen Handeln ausgegangen (vgl. BGH, Urteil vom 21. Oktober 2003 – 1 StR 544/02 Rn. 47).

86 5. In sachlich-rechtlicher Hinsicht ohne Rechtsfehler ist schließlich, dass eine Einziehungsanordnung hinsichtlich der Angeklagten Sh. unterblieben ist. Ein Vermögenswert ist nach § 73 Abs. 1 StGB durch die Tat erlangt, wenn er dem Beteiligten in irgendeiner Phase des Tatablaufs unmittelbar

aus der Verwirklichung des Tatbestands so zugeflossen ist, dass er hierüber tatsächliche Verfügungsgewalt ausüben kann. Allein die Mittäterschaft belegt für sich betrachtet keine tatsächliche Verfügungsgewalt im Sinne von § 73 Abs. 1 StGB (vgl. BGH, Beschlüsse vom 11. Juni 2020 – 5 StR 154/20 Rn. 3 und vom 21. August 2018 – 2 StR 311/18 Rn. 8). Nach den Feststellungen des Landgerichts sind die von ihrem Lebensgefährten vereinnahmten Gelder der Angeklagten aber nicht unmittelbar zugeflossen, sondern kamen ihr über das gemeinsame Bestreiten der Lebensführungskosten lediglich mittelbar zugute. Derartig mittelbare Vorteile reichen – anders als bei der Verwirklichung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 96 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Dezember 2017 – 3 StR 303/17 Rn. 5) – für eine Einziehung nicht aus. Eine Einziehung von Taterträgen nach § 73b StGB scheitert – mit Ausnahme des Falls III. B. 4 der Urteilsgründe – schon daran, dass sie an den Taten beteiligt war. Dass der Angeklagten im Fall III. B. 4 der Urteilsgründe konkret etwas unmittelbar zugeflossen ist, hat die Strafkammer nicht festgestellt.

87 II. Revision der Staatsanwaltschaft betreffend den Angeklagten B. ,
soweit zu dessen Gunsten wirkend

88 Die Revision der Staatsanwaltschaft betreffend den Angeklagten B.
deckt den Angeklagten belastende Rechtsfehler auf, die – insoweit allein zugunsten dieses Angeklagten – die Teilaufhebung des Urteils bedingen.

89 1. Die Revision der Staatsanwaltschaft hinsichtlich des Angeklagten
B. ist – wie die Auslegung des Antrags und ihrer Begründung ergibt – unbeschränkt eingelegt.

90 a) In ihrer Revisionsbegründung vom 30. März 2020 hat die Staatsanwaltschaft auch bezüglich dieses Angeklagten einen unbeschränkten Aufhebungsan-

trag gestellt. Zwar kann die Auslegung der Revisionsbegründung bei einem unbeschränkten Revisionsantrag zu dem Ergebnis führen, dass der Beschwerdeführer – im Widerspruch zu seinem Antrag – bestimmte Urteilstteile von seinem Rechtsmittelangriff ausnehmen will (vgl. BGH, Urteil vom 1. März 2018 – 4 StR 158/17 Rn. 10). Unter Berücksichtigung von Nr. 156 Abs. 2 Halbsatz 2 RiStBV gilt dies umso mehr für eine Revision der Staatsanwaltschaft. Eine Beschränkung muss sich jedoch hinreichend deutlich aus der Revisionsbegründung ergeben (vgl. BGH, Urteile vom 15. Juli 2020 – 6 StR 43/20 Rn. 15 und vom 11. Juni 2014 – 2 StR 90/14 Rn. 8).

91 b) Die Auslegung ergibt im vorliegenden Fall keine Beschränkung des eingelegten Rechtsmittels, so dass auch die Verurteilung im Fall III. B. 6.2 der Urteilsgründe angegriffen ist. Die von der Beschwerdeführerin erhobene Beanstandung, das Landgericht habe fehlerhaft ein bandenmäßiges Handeln verneint, betrifft das Handeln des Angeklagten B. insgesamt und bezieht sich auch auf den Fall III. B. 6 der Urteilsgründe. Ihren auf die Beweiswürdigung gerichteten Angriff begründet die Beschwerdeführerin unter anderem mit einem Telefonat des Angeklagten B. vom 17. Juni 2018, welches zumindest auch für den Fall III. B. 6.2 der Urteilsgründe Relevanz hat. Es tritt hinzu, dass die Beschwerdeführerin ihrer Begründung ausdrücklich voranstellt, dass die Rüge der Verletzung materiellen Rechts ohne Beschränkung auf die nachfolgenden Ausführungen zu verstehen sei.

92 c) Da das Rechtsmittel nach Auslegung unbeschränkt eingelegt ist, kann dahingestellt bleiben, ob zwischen den Schuldprüchen zu dem von dem Rechtsmittelangriff ausdrücklich umfassten Fall III. B. 6.1 der Urteilsgründe und zu dem Fall III. B. 6.2 der Urteilsgründe eine untrennbare Verknüpfung besteht, was zur Folge hätte, dass eine Beschränkung des Rechtsmittels auf Fall III. B. 6.1 der

Urteilsgründe ohnehin unwirksam wäre (vgl. BGH, Urteil vom 1. März 2018 – 4 StR 158/17 Rn. 11).

93 2. Die Überprüfung des Urteils auf die Revision der Staatsanwaltschaft führt zur Aufhebung des Schuldspruchs im Fall III. B. 6.2 der Urteilsgründe. Die Urteilsgründe belegen entgegen der Wertung des Landgerichts nicht, dass der Angeklagte hinsichtlich des unerlaubten Aufenthalts der Nepalesen G. , C., Bh. und Ch. in der Bundesrepublik Deutschland mit dem erforderlichen doppelten Gehilfenvorsatz gehandelt hat.

94 Das Landgericht hat insoweit in subjektiver Hinsicht zwar ausgeführt, dass der Angeklagte gewusst habe, dass er durch die von ihm entfalteteten Tätigkeiten auch den unerlaubten Aufenthalt der Nepalesen im Bundesgebiet ermöglicht und gefördert hätte. Dies steht jedoch nicht ohne Weiteres im Einklang mit den übrigen Feststellungen, nach denen der Angeklagte B. sich im Fall III. B. 6.2 der Urteilsgründe lediglich bereit erklärte, die bereits in Deutschland aufhältigen nepalesischen Staatsangehörigen bei ihrer Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland und der (unerlaubten) Einreise nach Portugal zu unterstützen. Entsprechend seiner Zusage beförderte er die nepalesischen Staatsangehörigen unmittelbar nach seiner Ankunft in Hof mit Fahrtziel Portugal zunächst nach München und von dort aus weiter. Dieses Handeln ist in objektiver Hinsicht gerade nicht darauf gerichtet, den unerlaubten Aufenthalt der Nepalesen im Bundesgebiet zu fördern, sondern vielmehr, diesen zu beenden. Dass in der Unterstützung allein bei der Ausreise nicht in jedem Fall eine Förderung eines unerlaubten Aufenthalts liegt, folgt auch daraus, dass es sich bei dem Vergehen nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG um ein echtes Unterlassungsdelikt handelt, bei dem der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit nicht in dem Verweilen im Bundesgebiet liegt, sondern in dem Unterlassen der rechtlich gebotenen Ausreise oder der Bemühung um eine Legalisierung des Aufenthalts (vgl. BGH, Urteil vom 6. Oktober 2004 – 1 StR

76/04 Rn. 17 mwN). Ein Fall einer sog. Durchschleusung, für den der Bundesgerichtshof eine Strafbarkeit des Schleusers auch vor dem Hintergrund eines unerlaubten Aufenthalts der Geschleusten in der Bundesrepublik bejaht hat (vgl. BGH, Urteil vom 26. Mai 1999 – 3 StR 570/98, BGHSt 45, 103, 105 ff. zu § 92a Abs. 1 AuslG aF), ist vorliegend nicht gegeben. Dass der Vorsatz des Angeklagten B. trotz der Unterstützung allein bei der Ausreise gleichwohl auf eine Förderung des unerlaubten Aufenthalts der Geschleusten gerichtet war, ist von dem Landgericht beweiswürdigend nicht weiter unterlegt.

95 3. Ist eine Verurteilung wegen gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern gemäß §§ 96 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1, 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG im Fall III. B. 6.2 der Urteilsgründe nicht möglich, weil nicht festgestellt werden kann, dass der Angeklagte den unerlaubten Aufenthalt der Nepalesen G., C., Bh. und Ch. in der Bundesrepublik Deutschland fördern wollte, wäre die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 18. April 2019 nach § 154a Abs. 1 StPO ausgeschiedene Gesetzesverletzung des versuchten gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern nach Portugal gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a) und b), Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4, Abs. 3 AufenthG, § 22, § 23 Abs. 1 StGB nach § 154a Abs. 3 StPO wieder in das Verfahren einzubeziehen, um der umfassenden gerichtlichen Kognitionspflicht (§ 264 StPO) zu genügen (vgl. BGH, Beschluss vom 23. November 2000 – 3 StR 472/00 Rn. 5 und Urteil vom 12. Mai 2016 – 4 StR 569/15 Rn. 32; Schnabl in: SSW-StPO, 4. Aufl., § 154a Rn. 17). Indem der Angeklagte die geschleusten Personen ein Teilstück auf dem Weg nach Portugal beförderte, könnte er – abhängig von seinem Vorstellungsbild – einen die unerlaubte Einreise nach Portugal fördernden Beitrag geleistet haben (vgl. BGH, Beschlüsse vom 13. Januar 2015 – 4 StR 378/14 Rn. 10 ff. und vom 6. Juni 2012 – 4 StR 144/12 Rn. 3 f.).

96 4. Die Aufhebung des Schuldspruchs im Fall III. B. 6.2 der Urteilsgründe und der damit verbundene Wegfall der insoweit festgesetzten Einzelstrafe zieht die Aufhebung der Gesamtstrafe nach sich. Außerdem entfällt die Grundlage für die im Fall III. B. 6.2 der Urteilsgründe angeordnete Einziehung der 1.110,70 Euro in Banknoten und Münzen nach § 73 Abs. 1 StGB und des Wertes von Taterträgen in Höhe von 2.389,30 Euro nach § 73, § 73c StGB (als Differenz zwischen dem gezahlten Transportlohn von 3.500 Euro und dem eingezogenen Tatertrag); die übrigen Einziehungsentscheidungen (Einziehung des Mobiltelefons und des Wertes von Taterträgen in Höhe von 8.500 Euro) sind von dem Rechtsfehler nicht betroffen und bleiben unberührt.

97 5. Die Urteilsfeststellungen zum objektiven Tatgeschehen im Fall III. B. 6.2 der Urteilsgründe können bestehen bleiben, da sie von dem Fehler in der Rechtsanwendung nicht betroffen sind (§ 353 Abs. 2 StPO).

E. Kosten

98 Der geringfügige Erfolg der Revisionen der Angeklagten I. und St. rechtfertigt es nicht, sie teilweise von den Kosten und Auslagen freizustellen, die durch ihr Rechtsmittel entstanden sind (§ 473 Abs. 4 StPO). Die Kosten- und Auslagenentscheidung beruht im Übrigen auf § 473 Abs. 1 und 2 Satz 1 StPO. Soweit das Urteil auf die Revision der Staatsanwaltschaft gemäß § 301 StPO teilweise zu Gunsten des Angeklagten B. abzuändern war, fallen die Kosten des Rechtsmittels ebenfalls der Staatskasse zur

Last (vgl. BGH, Urteil vom 24. April 2019 – 1 StR 81/18 Rn. 39; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl., § 473 Rn. 15 mwN).

Raum	Bellay	Fischer
Bär		Hohoff

Vorinstanz:

München I, LG, 19.12.2019 - 387 Js 130147/18 7 KLS