

HRRS-Nummer: HRRS 2019 Nr. 5

Bearbeiter: Christoph Henckel/Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2019 Nr. 5, Rn. X

BGH 1 StR 255/18 - Urteil vom 4. Dezember 2018 (LG Traunstein)

Einschleusen von Ausländern mit Todesfolge (Zurechnung der schweren Folge gegenüber Mittätern; Grundsatz der limitierten Akzessorietät: Berücksichtigung des Tods von Kindern, die keine „Geschleusten“ sind, bei der Strafzumessung); Strafzumessung (zulässige Berücksichtigung der Wirkung einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe).

§ 97 Abs. 1 AufenthG; § 96 AufenthG; § 46 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 StGB; § 56 StGB

Leitsätze des Bearbeiters

1. Beteiligen sich mehrere Täter an dem Grunddelikt (hier das Einschleusen von Ausländern im Sinne des § 96 AufenthG), so kann für die schwere Folge, die einer der Tatbeteiligten durch seine Handlungen herbeiführt, auch derjenige weitere Beteiligte bestraft werden, der den Grundtatbestand nicht selbst erfüllt, jedoch aufgrund eines gemeinsamen Tatentschlusses mit dem Willen zur Tatherrschaft zur Verwirklichung des Grunddelikts beiträgt. Voraussetzung ist, dass die zur schweren Folge führende Handlung des anderen im Rahmen des beiderseitigen ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnisses lag und dem Mittäter hinsichtlich des Erfolgs Fahrlässigkeit zur Last fällt.

2. Bei der Strafzumessung hinsichtlich einer Verurteilung wegen Einschleusen von Ausländern mit Todesfolge kann auch der Tod der sich an Bord des Schlauchboots befindlichen Kinder als verschuldete Auswirkung der Tat im Sinne von § 46 Abs. 2 Satz 2 StGB berücksichtigt werden, auch wenn diese aufgrund des Grundsatzes der limitierten Akzessorietät nicht taugliche Tatopfer im Sinne des § 97 Abs. 1 AufenthG sind, da es insoweit an einer vorsätzlichen „Haupttat“ fehlt und sie damit keine „Geschleusten“ im Sinne der Vorschrift sind (vgl. BGH NJW 2018, 3658, 3659).

3. Grundsätzlich gilt, dass der Tatrichter zunächst die schuldangemessene Strafe zu finden hat; erst wenn sich ergibt, dass die der Schuld entsprechende Strafe innerhalb der Grenzen des § 56 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB liegt, ist Raum für die Prüfung, ob auch die sonstigen Voraussetzungen für die Aussetzung der Vollstreckung zur Bewährung gegeben sind (vgl. BGHSt 29, 319, 321). Der Umstand, dass die Frage der Aussetzbarkeit der Strafvollstreckung bei der Findung schuldangemessener Sanktionen mitberücksichtigt worden ist, begründet für sich allein allerdings noch keinen durchgreifenden Rechtsfehler (vgl. BGHSt 57, 123, 133). Denn das Gericht hat auch die Wirkungen, die von einer Strafe ausgehen, in den Blick zu nehmen (vgl. § 46 Abs. 1 Satz 2 StGB).

4. Liegt daher die - schuldangemessene - Strafe in einem Spielraum, in dem grundsätzlich noch eine aussetzungsfähige Strafe in Betracht kommt, dürfen bereits bei der Strafzumessung die Wirkungen einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe berücksichtigt werden (sog. Spielraumtheorie; vgl. dazu nur BGHSt 7, 28, 32). Rechtsfehlerhaft sind solche Erwägungen bei der Strafzumessung aber dann, wenn das Gericht die erkannte Gesamtstrafe nur deshalb ausgesprochen hat, damit deren Vollstreckung nach § 56 Abs. 2 StGB zur Bewährung ausgesetzt werden konnte (vgl. BGHSt 57, 123, 133 f.).

Entscheidungstenor

1. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Traunstein vom 11. August 2017, soweit es den Angeklagten J. betrifft, aufgehoben

a) mit den zugehörigen Feststellungen im Fall II. 1. b) der Urteilsgründe und im Ausspruch über die Gesamtstrafe;

b) im Ausspruch über die Einziehung; die Einziehung entfällt.

2. Die weitergehende den Angeklagten J. betreffende Revision wird verworfen.

3. Die Revision der Staatsanwaltschaft gegen das vorbezeichnete Urteil wird, soweit sie den Angeklagten M. betrifft, verworfen.

4. Die Staatskasse hat die Kosten des Rechtsmittels der Staatsanwaltschaft betreffend den Angeklagten M. und die diesem hierdurch entstandenen notwendigen Auslagen zu tragen.

5. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels betreffend den Angeklagten J., an eine andere als Schwurgericht zuständige Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten J. wegen gewerbs- und bandenmäßigen Einschleusens von Ausländern in fünf 1
Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt und die Einziehung eines Geldbetrages von 15.000 € angeordnet. Zugleich hat das Landgericht bestimmt, dass die Vollstreckung dieses Betrages unterbleibt.

Das Landgericht hat den Angeklagten M. wegen gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern unter Auflösung der 2
durch Urteil des Amtsgerichts Tiergarten vom 14. Juli 2016 gebildeten Gesamtsstrafe und unter Einbeziehung der dort verhängten Einzelstrafen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt und die Vollstreckung der Strafe zur Bewährung ausgesetzt.

Die auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützte und vom Generalbundesanwalt vertretene Revision der 3
Staatsanwaltschaft betreffend den Angeklagten J. hat in dem aus dem Urteilstenor ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen ist sie unbegründet. Die Revision der Staatsanwaltschaft betreffend den Angeklagten M., die die Verletzung sachlichen Rechts rügt und ebenfalls vom Generalbundesanwalt vertreten wird, bleibt ohne Erfolg.

A.

I. Das Landgericht hat im Wesentlichen folgende Feststellungen und Wertungen getroffen: 4

1. Der Angeklagte J. entschloss sich, im Jahr 2015 Syrien zu verlassen und über die Türkei nach Deutschland zu 5
gehen. Um das für eine Überfahrt von der Türkei nach Griechenland benötigte Geld für sich und seine Familienangehörigen zu verdienen, vermittelte er in I. schlesungswillige Syrer und Palästinenser, die über keinen für die Einreise in einen Mitgliedstaat der Europäischen Union erforderlichen Pass bzw. erforderlichen Aufenthaltstitel verfügten, an die Schleuserorganisation des sogenannten E. Der Angeklagte hatte unter Einbindung in die Bandenstruktur des E. die Aufgaben übernommen, Schlesungswillige zu einem bestimmten Hotel in I. zu bringen, wo sie auf die Überfahrt von der türkischen Küste in der Nähe von I. nach L. (Griechenland) warten mussten, das Geld von ihnen entgegen zu nehmen und es bei erfolgreicher Schlesung an den Hintermann oder eine andere Person aus der Bande weiterzuleiten. Teilweise verlas der Angeklagte in dem Hotel auch die Listen mit den Namen derjenigen Personen, deren Überfahrt anstand. Der Schleuserlohn betrug für die Überfahrt pro Person 800 bis 1.200 US-Dollar, der Angeklagte erhielt pro vermittelter Person 50 bis 100 €.

Die Schlesungswilligen wurden dabei - was dem Angeklagten bewusst war - auf nicht hochseetaugliche 6
Schlauchboote gebracht, die in der Regel mit 40 bis 70 Personen besetzt und damit überlastet waren. Die Schlauchboote, die etwa zehn Meter lang waren und aus drei Luftkammern bestanden, wurden von einem Außenbordmotor angetrieben und waren je nach Beladung langsam und nur schwer zu steuern. Sie verfügten über keinerlei Beleuchtungs- und Navigationseinrichtungen. Der Außenbordmotor wurde jeweils von einem - nicht als Bootsführer ausgebildeten - Schlesungswilligen bedient, der im Gegenzug für die Überfahrt kein Entgelt entrichten musste. Die Fahrten fanden zumeist in der Nacht statt, um ein Entdeckungsrisiko durch die Küstenwache zu minimieren.

Der Angeklagte vermittelte für fünf Überfahrten an verschiedenen Tagen von Juli bis November 2015 jeweils zwischen 7
zwei bis sieben schlesungswillige Personen.

Am 20. September 2015 (Fall II. 1. b) der Urteilsgründe) kollidierte ein Schlauchboot, welches von dem - nicht 8
revidierenden - Mitangeklagten R. gesteuert wurde und auf dem sich mindestens 40 Personen befanden, vor der Küste von L. mit einem türkischen Frachter. Bei der Kollision mit dem Frachter starben 13 Menschen, darunter auch Kleinkinder und Kinder. Der Angeklagte J. hatte für diese Fahrt fünf Schlesungswillige rekrutiert, die nach der Kollision durch die griechische Küstenwache oder von Fischerbooten gerettet werden konnten und in der Folge nach Deutschland gelangt sind. Die 13 getöteten Personen waren nicht von dem Angeklagten J. für die Überfahrt rekrutiert worden, sondern von anderen Vermittlern. Die Strafkammer konnte nicht feststellen, dass der Angeklagte bezüglich der getöteten Personen „irgendeine konkrete Maßnahme im Zusammenhang mit deren Schlesungen ergriffen hatte oder an deren Schlesungen in irgendeiner Form beteiligt war“ (UA S. 13).

2. Der Angeklagte M. gewährte im September 2015 dem Zeugen D. ein Darlehen in Höhe von 3.000 €. Der 9
Angeklagte überwies das Geld in Kenntnis, dass es für die Schlesung von Familienangehörigen des Zeugen D., die

über keinen für die Einreise in einen Mitgliedstaat der Europäischen Union erforderlichen Pass bzw. erforderlichen Aufenthaltstitel verfügten, von der Türkei über Griechenland nach Deutschland bestimmt war und entsprechend genutzt wurde, an die Mutter des Zeugen D. in der Türkei. Die Familienangehörigen des Zeugen D. befanden sich in dem Schlauchboot, welches am 20. September 2015 vor der Insel L. gekentert ist, haben jedoch überlebt. Das Darlehen wurde von dem Zeugen D. zurückgezahlt; der Angeklagte M. erhielt für die Gewährung des Darlehens eine Gebühr von 75 €.

Der Angeklagte M. wurde mit Urteil des Amtsgerichts Tiergarten vom 14. Juli 2016 wegen Einschleusens von Ausländern in drei Fällen, jeweils in Tateinheit mit dem Erbringen von Zahlungsdiensten ohne Erlaubnis zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. Der Verurteilung lag zugrunde, dass der Angeklagte M. sich mit weiteren Personen zusammengeschlossen hatte, um gemeinschaftlich syrische Flüchtlinge bei der unerlaubten Einreise in die Mitgliedstaaten der Europäischen Union, insbesondere nach Deutschland, zu unterstützen. Der Angeklagte war als sog. Hawaladar tätig, dessen Aufgabe neben dem Verwalten und Weiterleiten des - unter anderem in Deutschland von Verwandten der Flüchtlinge vereinnahmten - Schleusergeldes auch die Kontaktherstellung zu den Schleusern vor Ort und deren Bezahlung war. Der Angeklagte vereinnahmte in der Regel 7,5 % der transferierten Gelder für sich. Das Amtsgericht verhängte Einzelstrafen von einem Jahr und vier Monaten Freiheitsstrafe sowie in zwei Fällen von jeweils einem Jahr Freiheitsstrafe. 10

II. Das Landgericht hat im Fall II. 1. b) der Urteilsgründe eine Strafbarkeit des Angeklagten J. wegen Einschleusens mit Todesfolge gemäß § 97 Abs. 1 AufenthG abgelehnt, da es sich nicht davon überzeugen konnte, dass der Angeklagte einer Bande angehörte, welche die Schleusung der bei der Fahrt am 20. September 2015 getöteten Personen organisiert hatte. Selbst wenn der Angeklagte J. einer Bande angehört hätte, welche die Geschleusten, die bei der Überfahrt gestorben sind, in das Schlauchboot gebracht hat, sei - so das Landgericht - erforderlich, dass der Angeklagte bezüglich der verstorbenen Personen irgendeinen Tatbeitrag im Rahmen der Bandenstruktur erbracht hätte. Dies könne nicht festgestellt werden. 11

B. Revision der Staatsanwaltschaft betreffend den Angeklagten J. 12

Die - nicht beschränkte - Revision der Staatsanwaltschaft hat teilweise Erfolg. 13

I. Die Annahme des Landgerichts, der Angeklagte J. habe sich im Fall II. 1. b) der Urteilsgründe nicht auch wegen Einschleusens von Ausländern mit Todesfolge strafbar gemacht, hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. 14

1. Das Landgericht ist mit dem Abstellen auf ein Verursachen der Todesfolge aufgrund eines bandenmäßigen Handelns von unzutreffenden Tatbestandsvoraussetzungen ausgegangen. 15

Der Tatbestand des Einschleusens mit Todesfolge in § 97 Abs. 1 AufenthG enthält eine Erfolgsqualifikation und knüpft an die Verwirklichung des § 96 Abs. 1, Abs. 4 AufenthG als Grundtatbestand an. § 96 AufenthG normiert in Absatz 1 bei Erfüllung zusätzlicher Voraussetzungen eine Täterschaft für Teilnahmehandlungen an bestimmten - in § 96 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 AufenthG Einzelnen benannten - Vergehen nach § 95 AufenthG (vgl. BGH, Beschluss vom 6. Juni 2012 - 4 StR 144/12, NJW 2012, 2821). Absatz 4 erstreckt die Strafbarkeit für die aus Eigennutz begangenen Schleusungstatbestände in § 96 Abs. 1 AufenthG sowie die daran anknüpfenden Qualifikationen auf Zuwiderhandlungen gegen Rechtsvorschriften über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder eines Schengen-Staates (vgl. Gericke in Münchener Kommentar, StGB, 3. Aufl., AufenthG, § 96 Rn. 40 f.; Hohoff in BeckOK AuslR, AufenthG, 20. Ed., § 96 Rn. 23). Ein Handeln des Täters als Mitglied einer Bande setzt der Tatbestand des § 96 Abs. 1, Abs. 4 AufenthG in keiner Variante voraus. Für die an § 96 Abs. 1, Abs. 4 AufenthG anknüpfende Strafbarkeit gemäß § 97 Abs. 1 AufenthG ist vielmehr ein mittäterschaftliches Handeln der Beteiligten ausreichend, bei dem der Eintritt der Todesfolge den Mittätern gemäß § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet wird. 16

Der Gesetzgeber hat die gemäß §§ 96, 97 AufenthG tatbestandlichen Handlungen, die sich nach allgemeiner Dogmatik als Teilnahmehandlungen darstellen, zu täterschaftlichen heraufgestuft. Das Landgericht geht insoweit im Ansatz auch zutreffend davon aus, dass der Tatbestand des Einschleusens an die Hilfeleistung für konkrete Personen zur unerlaubten Einreise oder deren Anstiftung hierzu anknüpft. Die selbständigen Teilnahmehandlungen der §§ 96, 97 AufenthG sind allerdings grundsätzlich wie sonstige Delikte zu behandeln, so dass Mittäterschaft mit anderen Tatbeteiligten einer Schleusung und damit auch die Zurechnung der schweren Folge möglich ist (vgl. Gericke in Münchener Kommentar, StGB, 3. Aufl., AufenthG, § 97 Rn. 4; Hohoff in BeckOK AuslR, AufenthG, 20. Ed., § 97 Rn. 3; Senge in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, AufenthG, 220. EL, § 97 Rn. 1). Beteiligen sich mehrere Täter an dem Grunddelikt (hier der Hilfeleistung zur unerlaubten Einreise, also der Schleusung), so kann für die schwere Folge, die einer der Tatbeteiligten durch seine Handlungen herbeiführt, auch derjenige weitere Beteiligte bestraft werden, der den Grundtatbestand (hier bezüglich der nicht vom Angeklagten angeworbenen geschleusten Personen) nicht selbst erfüllt, jedoch aufgrund eines gemeinsamen Tatentschlusses mit dem Willen zur Tatherrschaft 17

zur Verwirklichung des Grunddelikts beiträgt. Voraussetzung ist, dass die zur schweren Folge führende Handlung des anderen im Rahmen des beiderseitigen ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnisses lag und dem Mittäter hinsichtlich des Erfolgs Fahrlässigkeit zur Last fällt (Gericke aaO; Hohoff aaO; Senge aaO; vgl. auch BGH, Urteil vom 17. Oktober 1996 - 4 StR 343/96, NStZ 1997, 82, zu einem Fall der Körperverletzung mit Todesfolge mwN).

Da der Angeklagte nach den Feststellungen an den Schleusungen der verunglückten Personen nicht selbst beteiligt war und es somit an einer unmittelbaren Verursachung des Todes der Geschleusten durch die Beteiligungshandlungen des Angeklagten fehlt, ist nach dem zuvor Ausgeführten eine mittäterschaftliche Zurechnung des Handelns der weiteren Tatbeteiligten in den Blick zu nehmen. 18

2. Die Strafkammer hat eine derartige Prüfung hier nicht vorgenommen, obwohl aufgrund der Feststellungen ein mittäterschaftliches Handeln in Betracht kommt. Die Einbindung des Angeklagten J. in die Schleuserorganisation des E. war mit der Vereinbarung gleichförmiger, arbeitsteiliger Abläufe verbunden (UA S. 11). Unabhängig davon, welche konkreten Personen im Einzelnen mitwirkten, übergab der Angeklagte die von ihm zur Schleusung angeworbenen Personen durchgängig in dem Hotel in I. an die weiteren Beteiligten. Er war über die Modalitäten der weiteren Schleusung informiert, die durch die Beiträge der weiteren Tatbeteiligten - möglicherweise Mitglieder einer weiteren Schleuserorganisation des „Ji., genannt H.“ bzw. „Al.-H.“ (UA S. 13, 33) sowie türkische Staatsangehörige, die die Schlauchboote zur Verfügung stellen und die Schleusungswilligen vom Hotel zum Strand fahren (UA S. 11 f., 33) - einheitlich alle mit einem Schlauchboot zu transportierenden Flüchtlinge betraf (UA S. 12). Der Angeklagte J. hatte auch ein eigenes Interesse daran, dass die weiteren Schritte der Schleusung durchgeführt wurden, damit er seinen Anteil am Schleuserlohn erhielt (UA S. 11). Zudem wusste der Angeklagte, dass nicht nur die von ihm vermittelten Personen, sondern auch weitere gemeinsam mit dem Schlauchboot transportiert wurden und alle diese Personen angesichts der fehlenden Hochseetauglichkeit der Boote und sonstigen Umstände der Fahrt einer hohen Gefahr des Ertrinkens ausgesetzt waren (UA S. 12). Die Ausführungen des Landgerichts dazu, es sei unklar geblieben, ob es sich bei den Tatbeteiligten um eine oder mehrere Banden handelte (UA S. 33 f.), stehen der Möglichkeit einer Zurechnung über Mittäterschaft nicht entgegen, da eine solche von einer Bandenmitgliedschaft unabhängig zu beurteilen ist. 19

3. Hinsichtlich Fall II. 1. b) der Urteilsgründe liegt daher ein durchgreifender Erörterungsmangel vor. Das neue Tatgericht wird über die Bande hinausgehende Feststellungen zum arbeitsteiligen Zusammenwirken der Tatbeteiligten und gemeinsamen Tatplan bezogen auf die Schleusung am 20. September 2015 zu treffen haben. Maßgeblich ist insoweit, ob ein mittäterschaftliches Handeln des Angeklagten bezogen auf die konkrete Tat und damit die (einheitliche) Schleusung am 20. September 2015, die sich nicht in zwei unabhängige Taten, nämlich die Schleusung tödlich verunglückter Personen und nicht tödlich verunglückter Personen aufspalten lässt, festgestellt werden kann (vgl. zu den Anforderungen an ein Handeln als Mittäter nach § 25 Abs. 2 StGB, BGH, Beschluss vom 19. April 2018 - 3 StR 638/17 Rn. 7, NStZ-RR 2018, 271, 272 mwN). Entscheidend wird dabei sein, ob eine Tatherrschaft des Angeklagten oder wenigstens der Wille dazu im Hinblick auf den Schleusungsvorgang insgesamt festgestellt werden kann. Hierfür ist das Gesamtgeschehen in den Blick zu nehmen, insbesondere ob und gegebenenfalls welchen Einfluss auf und welche Kenntnis der Angeklagte von der Schleusung insgesamt hatte, namentlich auch inwieweit er auf die Organisation und Zusammenstellung der Boote und ihrer Besetzungen einwirken konnte. 20

II. Die Bemessung der Einzelstrafen in den Fällen II. 1. a) sowie c) bis e) der Urteilsgründe hält hingegen rechtlicher Überprüfung stand. 21

Einen durchgreifenden Rechtsfehler vermag der Senat in der Berücksichtigung des Geständnisses des Angeklagten J. nicht zu sehen. Ausweislich der Urteilsgründe hat der Angeklagte die ihm zur Last gelegten Taten in objektiver und subjektiver Hinsicht eingeräumt, lediglich das Maß der eigenen Schuld relativiert. 22

Soweit die Staatsanwaltschaft die Erwägungen des Landgerichts zu der Situation der Flüchtlinge in der Türkei beanstandet, sind die Überlegungen bei verständiger Würdigung so zu verstehen, dass zugunsten des Angeklagten zu berücksichtigen sei, dass nicht die Türkei, sondern das Hoheitsgebiet der Europäischen Union von den Geschleusten als besonders sicheres Ziel der Flucht angestrebt werde. Sie sind überdies im Zusammenhang mit den Erwägungen der Strafkammer zu sehen, dass die Geschleusten sich vorliegend - in Kenntnis der Gefahren der Überfahrt - bewusst und gewollt der Schlepper bedienen, um das Ziel ihrer Flucht zu erreichen, was das Landgericht im Rahmen der Strafzumessung ohne Rechtsfehler als eigenständigen Milderungsgrund zugunsten des Angeklagten berücksichtigt hat. Soweit das Landgericht dazu - zum Zwecke der Verdeutlichung - eine andere Fallgestaltung gegenüber stellt, dass die Schlepper die Unwissenheit und wirtschaftliche Notlage von Personen ausnutzen und sie mit falschen Versprechungen veranlassen, in ein Land zu kommen, in dem sie keine Bleibeperspektive haben, hat das Landgericht damit nicht das Fehlen eines Strafschärfungsgrundes als Milderungsgrund gewertet. 23

Soweit das Landgericht bezogen auf die Fälle II. 1. a), c), d) und e) der Urteilsgründe angesichts der dem Angeklagten zuzurechnenden Zahl geschleuster Personen möglicherweise den Schuldumfang nicht zutreffend 24

bestimmt hat, da es - wie unter I. ausgeführt - ein mittäterschaftliches Handeln des Angeklagten und damit eine Zurechnung des Handelns der weiteren an den Schleusungen Beteiligten auch insoweit nicht in den Blick genommen hat, kann der Senat ausschließen, dass die Bemessung der Einzelstrafen darauf beruht.

III. Die Aufhebung des Schuldspruchs im Fall II. 1. b) der Urteilsgründe hat die Aufhebung der entsprechenden Einzelstrafe und der Gesamtstrafe zur Folge. Die der Verurteilung in dem Fall II. 1. b) der Urteilsgründe zugrunde liegenden Feststellungen waren gemäß § 353 Abs. 2 StPO aufzuheben, da die Feststellungen zur Mittäterschaft und zum Handeln als Bandenmitglied im Rahmen der Schleusung am 20. September 2015 nicht voneinander zu trennen sind und dem neuen Tatgericht damit insgesamt neue, in sich widerspruchsfreie Feststellungen ermöglicht werden. Die der Gesamtstrafe zugrunde liegenden Feststellungen waren ebenfalls aufzuheben. 25

Sollte der neue Tatrichter eine mittäterschaftliche Begehung bejahen und zu einem Schuldspruch wegen Einschleusens mit Todesfolge gelangen, könnten die Erwägungen, die das Landgericht zu der bandenmäßigen Einbindung des Angeklagten im Hinblick auf die Erfolgszurechnung getätigt hat, im Rahmen der Prüfung des minder schweren Falls im Sinne von § 97 Abs. 3 AufenthG Gewicht erlangen. Zudem ist in diesem Zusammenhang von Bedeutung, dass den Geschleusten die konkreten Gefahren einer Überfahrt - auch vor dem Hintergrund der zahlreichen tödlichen Unfälle im Mittelmeer - bewusst sind und sie im Rahmen einer eigenverantwortlichen Entscheidung die Risiken der konkreten Fahrt - auch für ihre Kinder - in Kauf genommen haben. 26

Im Übrigen kann bei der Strafzumessung auch der Tod der sich an Bord des Schlauchboots befindlichen Kinder als verschuldete Auswirkung der Tat im Sinne von § 46 Abs. 2 Satz 2 StGB bei der Strafzumessung berücksichtigt werden, auch wenn diese aufgrund des Grundsatzes der limitierten Akzessorietät nicht taugliche Tatopfer im Sinne des § 97 Abs. 1 AufenthG sind, da es insoweit an einer vorsätzlichen „Haupttat“ fehlt und sie damit keine „Geschleusten“ im Sinne der Vorschrift sind (vgl. BGH, Beschluss vom 24. Oktober 2018 - 1 StR 212/18, NJW 2018, 3658, 3659; Hohoff in BeckOK AuslR, AufenthG, 20. Ed., § 97 Rn. 4; Kretschmer, Ausländerstrafrecht, § 4 Rn. 329; a.A. Gericke in Münchener Kommentar, StGB, 3. Aufl., AufenthG, § 97 Rn. 5). 27

IV. Der Senat hat entsprechend dem Antrag des Generalbundesanwalts in der Hauptverhandlung die Einziehung des Wertersatzes von Taterträgen in Höhe eines Betrages von 15.000 € von der Strafverfolgung ausgenommen (§ 421 StPO). 28

V. Im Übrigen ist die Revision der Staatsanwaltschaft unbegründet. Zudem liegen durchgreifende Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten J., die gemäß § 301 StPO eine Urteilsaufhebung auch zugunsten des Angeklagten J. nach sich ziehen würden, nicht vor. Insbesondere erfolgte die Einreise der Geschleusten unter Zuwiderhandlung gegen die Rechtsvorschriften Griechenlands über die Einreise und den Aufenthalt im Sinne von § 96 Abs. 4 AufenthG. Hierfür reicht - entsprechend dem Gesetzeswortlaut - aus, dass die Einreise nach Maßgabe der griechischen Rechtsordnung unerlaubt war (vgl. BGH, Beschlüsse vom 8. November 2000 - 1 StR 447/00, NStZ 2001, 157, 158 und vom 13. Januar 2015 - 4 StR 378/14, NStZ 2015, 399, 401; enger Gericke in Münchener Kommentar, StGB, 3. Aufl., AufenthG, § 96 Rn. 41 unter Verweis auf BGH, Beschluss vom 5. September 2001 - 3 StR 174/01, NStZ 2002, 33, 34). Dies war hier der Fall, da die von dem Angeklagten J. an die Schleuserorganisation des E. vermittelten Personen kein gemäß Art. 1 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 539/2001 des Rates vom 15. März 2001 (ABl. L 81 vom 21. März 2001, S. 1) für die Einreise nach Griechenland erforderliches Visum besaßen. 29

C. Revision der Staatsanwaltschaft betreffend den Angeklagten M. 30

I. Die - in der Sache nicht beschränkte - Revision der Staatsanwaltschaft hat keinen Erfolg. 31

Das Landgericht hat - anders als die Revision geltend macht - nicht unzulässig die Zumessung der Strafhöhe mit Erwägungen zur Strafaussetzung zur Bewährung vermengt. 32

Grundsätzlich gilt, dass der Tatrichter zunächst die schuldangemessene Strafe zu finden hat; erst wenn sich ergibt, dass die der Schuld entsprechende Strafe innerhalb der Grenzen des § 56 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB liegt, ist Raum für die Prüfung, ob auch die sonstigen Voraussetzungen für die Aussetzung der Vollstreckung zur Bewährung gegeben sind (BGH, Urteile vom 17. September 1980 - 2 StR 355/80, BGHSt 29, 319, 321 und vom 24. August 1983 - 3 StR 89/83, BGHSt 32, 60, 65). Der Umstand, dass die Frage der Aussetzbarkeit der Strafvollstreckung bei der Findung schuldangemessener Sanktionen mitberücksichtigt worden ist, begründet für sich allein allerdings noch keinen durchgreifenden Rechtsfehler (vgl. BGH, Urteile vom 7. Februar 2012 - 1 StR 525/11, BGHSt 57, 123, 133 und vom 13. Dezember 2001 - 4 StR 363/01, wistra 2002, 137). Denn das Gericht hat auch die Wirkungen, die von einer Strafe ausgehen, in den Blick zu nehmen (vgl. § 46 Abs. 1 Satz 2 StGB). Liegt daher die - schuldangemessene - Strafe in einem Spielraum, in dem grundsätzlich noch eine aussetzungsfähige Strafe in Betracht kommt, dürfen bereits bei der Strafzumessung die Wirkungen einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe berücksichtigt werden (sog. Spielraumtheorie; vgl. dazu nur BGH, Urteil vom 10. November 1954 - 5 StR 476/54, BGHSt 7, 28, 32 sowie 33

Schäfer/Sander/ van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl., Rn. 828 ff. mwN). Rechtsfehlerhaft sind solche Erwägungen bei der Strafzumessung aber dann, wenn das Gericht die erkannte Gesamtstrafe nur deshalb ausgesprochen hat, damit deren Vollstreckung nach § 56 Abs. 2 StGB zur Bewährung ausgesetzt werden konnte (vgl. BGH, Urteile vom 7. Februar 2012 - 1 StR 525/11, BGHSt 57, 123, 133 f.; vom 13. Dezember 2001 - 4 StR 363/01, wistra 2002, 137 und vom 17. September 1980 - 2 StR 355/80, BGHSt 29, 319, 321 f.). Dies ist dem angefochtenen Urteil indes nicht zu entnehmen.

Das Landgericht hat vielmehr zunächst unabhängig von der Frage der Möglichkeit einer Strafaussetzung zur Bewährung die schuldangemessene Gesamtstrafe bestimmt und dabei auf den engen zeitlichen Zusammenhang der Taten und die Umstände abgestellt, dass der Angeklagte die weiteren Taten in der Hauptverhandlung vor dem Amtsgericht Tiergarten umfangreich eingeräumt habe und dass die verfahrensgegenständliche Tat gegenüber jenen Taten eher untergeordneter Natur sei (UA S. 44). Die in diesem Rahmen angestellte Überlegung, dass auch das Amtsgericht Tiergarten, wenn es die gegenständliche Tat bei dem damaligen Urteil einbezogen hätte, auf eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren erkannt hätte, stellt sich lediglich als nicht tragende hypothetische Hilfserwägung dar. Die weiteren Erwägungen des Landgerichts („darüberhinaus“, UA S. 44) zur Frage der Strafaussetzung zur Bewährung, deren Voraussetzungen die Strafkammer eindeutig bejaht, bewegen sich im Rahmen der zulässigen Mitberücksichtigung dieser Umstände bei der Findung schuldangemessener Sanktionen. 34

II. Weitere Rechtsfehler zugunsten oder - gemäß § 301 StPO ebenfalls zu prüfen - zum Nachteil des Angeklagten M. 35
liegen nicht vor.