

**HRRS-Nummer:** HRRS 2007 Nr. 756

**Bearbeiter:** Karsten Gaede

**Zitiervorschlag:** BGH HRRS 2007 Nr. 756, Rn. X

**BGH 5 StR 39/07 - Beschluss vom 18. Juli 2007 (LG Berlin)**

**Beweiswürdigung (unzureichende Feststellung der Tatbeteiligung bei vorherigem Zusammenschluss zu einer Bande); bandenmäßiges Einschleusen von Ausländern (minder schwerer Fall).**

**§ 261 StPO; § 97 Abs. 2 AufenthG**

**Entscheidungstenor**

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Berlin vom 20. September 2006 gemäß § 349 Abs. 4 StPO aufgehoben,

a) soweit der Angeklagte im Fall III. D. 2. der Urteilsgründe (Fall 8 der Anklage) verurteilt worden ist; insoweit wird der Angeklagte auf Kosten der Staatskasse freigesprochen; diese hat auch die hierdurch entstandenen notwendigen Auslagen des Angeklagten zu tragen;

b) im Ausspruch über die verbliebenen Einzelstrafen und die Gesamtfreiheitsstrafe.

2. Die weitergehende Revision des Angeklagten wird nach § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet verworfen.

3. Die Sache wird zur Bestimmung neuer Strafen und zur Entscheidung über die verbliebenen Kosten des Rechtsmittels an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

**Gründe**

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen gewerbs- und bandenmäßigen Einschleusens von Ausländern in vier 1  
Fällen (Einzelfreiheitsstrafen jeweils ein Jahr und drei Monate) sowie wegen versuchten gewerbs- und bandenmäßigen  
Einschleusens von Ausländern in drei Fällen (Einzelfreiheitsstrafen von jeweils einem Jahr) zu einer  
Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Die Revision des Angeklagten führt auf Grund der  
erhobenen Sachrüge zu dem aus dem Beschlusstenor ersichtlichen Teilerfolg. Auf die allein die Strafaussprüche  
betreffenden Verfahrensrügen kommt es nicht mehr an. Das Rechtsmittel ist im Übrigen unbegründet im Sinne des §  
349 Abs. 2 StPO.

1. Zu Recht macht die Revision geltend, dass der Angeklagte im Fall III. D. 2. der Urteilsgründe (Fall 8 der Anklage) an 2  
der Tat der Mitangeklagten P. und T. und des gesondert verfolgten Q. nicht mitgewirkt hat. Der Hinweis des  
Landgerichts, diese Täter hätten in Ausführung des übergeordneten Tatplans (UA S. 21) der zu einer Schleuserbande  
zusammengeschlossenen fünf Angeklagten und weiterer Mittäter gehandelt, rechtfertigt die Annahme einer  
mittäterschaftlichen Beteiligung des Angeklagten nicht. Ausweislich der allgemeinen Feststellungen zum Tatablauf (UA  
S. 12) machte sich der Angeklagte nicht sämtliche Unterstützungshandlungen der übrigen Bandenmitglieder und der  
weiteren Hilfskräfte zueigen. Er handelte vielmehr stets auf Anweisung der beiden Chefs im Einzelfall, in diesem Fall  
indes nicht. Der Angeklagte ist deshalb insoweit freizusprechen.

2. Die weitergehende Revision ist zum Schuldspruch unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. Der Senat 3  
entnimmt den - wie die gesamten Feststellungen wörtlich mit der Anklage übereinstimmenden - Feststellungen zur  
Bandenabrede (UA S. 12), dass der - entsprechend der Anklage geständige - Angeklagte die Schleusungsaktionen  
jeweils in ihren wesentlichen Merkmalen erkannt und seine Beiträge (vgl. BGHSt 50, 105, 120) als Teil der  
Durchschleusungsaktionen geleistet hat (vgl. BGH NJW 2002, 3642, 3643).

3. Indes haben die zugehörigen weiteren Strafaussprüche keinen Bestand. 4

Das Landgericht hat die Strafen jeweils dem Qualifikationstatbestand des § 97 Abs. 2 AufenthG - in den drei 5

Versuchsfällen gemildert gemäß § 23 Abs. 2, § 49 Abs. 1 StGB - entnommen und die Vorschrift des § 97 Abs. 3 AufenthG nicht erwähnt. Der Senat kann nicht ausschließen, dass die Annahme milderer Fälle aufgrund der durchweg untergeordneten Tatbeiträge des Angeklagten, seines Geständnisses und seiner Unbestraftheit zu milderer Strafen geführt hätte.

Der Aufhebung von Feststellungen bedarf es bei dem hier vorliegenden Subsumtionsfehler nicht. Der neue Tatrichter wird Gelegenheit haben, eine bisher mit der Verfahrensrüge geltend gemachte rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung während des Revisionsverfahrens (vgl. BGH wistra 2006, 262, 264 f.) zu prüfen. 6