

HRRS-Nummer: HRRS 2017 Nr. 421

Bearbeiter: Christian Becker

Zitiervorschlag: HRRS 2017 Nr. 421, Rn. X

### BGH 5 StR 333/16 - Urteil vom 8. März 2017 (LG Hamburg)

**BGHSt; keine Auswirkungen der unionsrechtlichen „Rückführungsrichtlinie“ auf die Strafbarkeit von „Schleusern“ (Zweck der Rückführungsrichtlinie; Ausschluss praktischer Beeinträchtigungen des Rückführungsverfahrens; kein Wegfall des Unrechts; Ausreichen einer vorsätzlichen rechtswidrigen „Haupttat“; fehlender Zusammenhang mit Unrecht der Tat des „Schleusers“).**

§ 96 AufenthG; Art. 1, 2 RL 2008/115/EG

#### Leitsätze

1. Die sogenannte Rückführungsrichtlinie steht der Strafbarkeit des „Schleusers“ nach § 96 AufenthG nicht entgegen.

2. Die Rückführungsrichtlinie (RL 2008/115/EG) will ein harmonisiertes und effizientes Verfahren zur Rückführung sich illegal in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union aufhaltender „Drittstaatsangehöriger“ gewährleisten und eine mögliche Beeinträchtigung ihrer praktischen Wirksamkeit ausschließen. Weil eine Straftat wegen unerlaubten Aufenthalts grundsätzlich geeignet sein kann, das Rückkehrverfahren scheitern zu lassen bzw. zu verzögern, soll eine Freiheitsstrafe nicht allein deshalb verhängt werden, weil sich ein „Drittstaatsangehöriger“ illegal im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufhält, nachdem ihm eine Anordnung zum Verlassen des Staatsgebiets bekannt gegeben worden und die darin gesetzte Frist abgelaufen ist. (Bearbeiter)

3. Die Rückführungsrichtlinie und das auf ihrer Grundlage durchgeführte Rückführungsverfahren machen indes das mit einem unerlaubten Aufenthalt verbundene Unrecht nicht ungeschehen. Den zuständigen Behörden wird lediglich ein Verfahren vorgegeben, um den unerlaubten Aufenthalt bei Vorliegen der dort geregelten Maßgaben schnellstmöglich zu beenden. Dafür, dass es unionsrechtlich geboten sein könnte, Tatbestandsmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Tat des illegal Einreisenden entfallen zu lassen, gibt es keine Anhaltspunkte. (Bearbeiter)

4. Rückführungsrichtlinie und -verfahren stehen in keinerlei Zusammenhang mit dem Unrecht des „Schleusers“ oder sonstigen Hintermanns des unerlaubten Aufenthalts. Es besteht insoweit sogar die in mehreren europarechtlichen Instrumenten verankerte gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung, Anstiftung und Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt wirksam zu sanktionieren. Sie könnte nicht erfüllt werden, wenn die hier betroffenen „Schleusungstatbestände“ aufgrund des Fehlens einer rechtswidrigen Haupttat in einem beträchtlichen Umfang leerlaufen würden.

#### Entscheidungstenor

Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 27. April 2016 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

#### Gründe

Das Landgericht hat die Angeklagten aus rechtlichen Gründen vom Vorwurf des gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern (§ 96 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1, § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) freigesprochen. Hiergegen wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihren auf Sachbeanstandungen gestützten Revisionen. Die vom Generalbundesanwalt vertretenen Rechtsmittel haben Erfolg. 1

I.

1. Den Angeklagten wird vorgeworfen, in der Zeit vom 22. Mai 2013 bis zum 13. Juni 2014 in insgesamt 14 Fällen 2 den Tatbestand des (gewerbsmäßig begangenen) Einschleusens von Ausländern verwirklicht zu haben. Sie sollen in Venezuela dortige Staatsangehörige für die Ausübung der Prostitution in Deutschland angeworben haben. Die

Angeworbenen, die über gültige Pässe verfügt hätten, seien nach Angabe eines touristischen Reisezwecks visumsfrei eingereist und hier unter Beteiligung der Angeklagten der Prostitution nachgegangen. Sie hätten sich jeweils nicht länger als drei Monate im Gebiet der Schengen-Staaten aufgehalten. Die Angeklagten R. und Ri. hätten dabei die Anwerbungen durchgeführt und den Prostituierten in Deutschland gegen Bezahlung Wohnungen bzw. ein Lokal zur Prostitutionsausübung zur Verfügung gestellt. Der Angeklagte B. habe ihnen Freier vermittelt und Prostitutionserlöse eingefordert sowie vereinnahmt. Er habe zudem in einem Fall - wie auch mehrfach die Angeklagte R. - bei der Einreise geholfen.

2. Das Landgericht hat den Sachverhalt im Wesentlichen so festgestellt, wie er in der Anklageschrift geschildert ist. 3  
Danach war den Angeklagten R. und Ri. insbesondere bewusst, dass die Angeworbenen mit dem Ziel der Aufnahme der Prostitution visumsfrei als Touristen eingereist waren und „nicht über einen Aufenthaltstitel oder eine Arbeitserlaubnis“ verfügten. Eine diesbezügliche Kenntnis des Angeklagten B. hat das Landgericht nicht ausdrücklich festgestellt.

3. Das Landgericht hat den Straftatbestand des § 96 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 AufenthG aus rechtlichen Gründen 4  
nicht als erfüllt angesehen. Einer Strafbarkeit der Angeklagten stehe entgegen, dass das Verhalten der eingereisten Venezolaner bei europarechtskonformer Auslegung unter Berücksichtigung der sogenannten Rückführungsrichtlinie (Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. L 348 vom 24. Dezember 2008, S. 98) nicht strafbar sei. Es fehle damit an der für die Strafbarkeit der Angeklagten vorausgesetzten „akzessorischen Haupttat“.

## II.

Die Revisionen der Staatsanwaltschaft haben Erfolg. Die Freisprüche halten rechtlicher Überprüfung nicht stand. 5

1. Die Annahme des Landgerichts, das Verhalten der Angeklagten erfülle nicht den Tatbestand des § 96 Abs. 1 Nr. 2, 6  
Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG, weil es an einer für die Strafbarkeit erforderlichen „Haupttat“ fehle, begehnet durchgreifenden Bedenken.

a) Durch § 96 Abs. 1 AufenthG werden nach allgemeinen Regeln strafbare Teilnahmehandlungen an den dort in Bezug 7  
genommenen (Haupt-)Taten bei Erfüllung der weiteren Voraussetzungen als selbständige täterschaftlich begangene Taten unter Strafe gestellt. Trotz dieser Verselbständigung gelten für die Tathandlungen des § 96 Abs. 1 AufenthG die allgemeinen Regeln der Teilnahme einschließlich des Grundsatzes der limitierten Akzessorietät; die Strafbarkeit nach dieser Vorschrift setzt daher lediglich eine vorsätzliche und rechtswidrige, nicht notwendig jedoch auch mit Strafe zu ahndende Haupttat des Geschleusten voraus (vgl. BGH, Beschlüsse vom 22. Juli 2015 - 2 StR 389/13, NJW 2016, 419, 420; vom 13. Januar 2015 - 4 StR 378/14, NStZ 2015, 399, 400 f.; MüKoStGB/Gericke, 2. Aufl., § 96 AufenthG Rn. 2 f.; Mosbacher in Ignor/Mosbacher, Hdb. ArbeitsstrafR, 3. Aufl., § 4 Rn. 243, 272; NKAusIR/Fahlbusch, 2. Aufl., § 96 AufenthG Rn. 11 ff.).

b) Die festgestellten Haupttaten entsprechen diesen Anforderungen. 8

Denn mit Aufnahme der Erwerbstätigkeit entfiel für die zuvor visumsfrei als vorgebliche Touristen eingereisten, 9  
ersichtlich auch insofern vorsätzlich handelnden Venezolaner als „Positivstaater“ die Befreiung vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels (§ 17 Abs. 1 AufenthV i.V.m. Art. 1 Abs. 2 und Art. 4 Abs. 3 i.V.m. Anhang II der EGVisaVO vom 15. März 2001, ABl. L 81 vom 21. März 2001, S. 1). Damit waren sie ab diesem Zeitpunkt vollziehbar ausreisepflichtig (§ 50 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Variante 1 AufenthG; vgl. BGH, Beschluss vom 25. September 2012 - 4 StR 142/12, NStZ 2013, 481; MüKoStGB/Gericke, aaO, § 95 AufenthG Rn. 36 ff.; Mosbacher, aaO, § 4 Rn. 191). Dieser Pflicht kamen sie nicht nach. Vielmehr hielten sie sich weiterhin - nunmehr unerlaubt - in Deutschland auf und gingen der Prostitution nach.

c) Entgegen der Ansicht des Landgerichts scheidet eine Verurteilung der Angeklagten nicht an einer etwaigen, sich 10  
aus dem Vorrang des Rückführungsverfahrens ergebenden Straflosigkeit der „Haupttäter“.

aa) In Rechtsprechung und Literatur wird allerdings unter Verweis auf Entscheidungen des Europäischen 11  
Gerichtshofs (vgl. EuGH [Große Kammer], EuGRZ 2011, 687; EuGH [1. Kammer], InfAusIR 2011, 320 Rn. 53 ff.) die Auffassung vertreten, dass der in der Rückführungsrichtlinie normierte absolute Vorrang des Rückführungsverfahrens eine Bestrafung illegal aufhältiger Personen nach § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG ausschliesse, wenn ein behördliches Rückführungsverfahren noch nicht endgültig beendet sei und sich der Ausreisepflichtige diesem Verfahren nicht entzogen habe (vgl. HansOLG Hamburg, OLGSt AufenthG § 95 Nr. 5; KG, NStZ-RR 2012, 347; MüKoStGB/Gericke, aaO, § 95 AufenthG Rn. 29 f.; BeckOKAusIR/Hohoff, 12. Ed., § 95 AufenthG Rn. 27; noch weitergehend Hörich/Bergmann NJW 2012, 3339).

bb) Der Senat kann dahingestellt lassen, ob dieser Rechtsansicht uneingeschränkt zu folgen ist. Denn auch auf ihrer Grundlage sind die in § 96 AufenthG bezeichneten „Schleusungstatbestände“ hier vollständig verwirklicht. 12

(1) Hinsichtlich der Fälle 1 und 2 ist der Freispruch der Angeklagten bereits deswegen rechtsfehlerhaft, weil die Ausreisepflichtigen inzwischen freiwillig ausgewandert sind. Nach vollzogener Ausreise kann aber kein Vorrang des Rückführungsverfahrens (mehr) gegeben sein. 13

(2) Die Annahme des Landgerichts, der Vorrang des Rückführungsverfahrens schließe in allen abgeurteilten Fällen die Tatbestandsmäßigkeit oder die Rechtswidrigkeit der „Haupttaten“ aus und führe damit zur Straflosigkeit (auch) der Angeklagten, trifft nicht zu. 14

(a) Die Rückführungsrichtlinie will ein harmonisiertes und effizientes Verfahren zur Rückführung sich illegal in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union aufhaltender „Drittstaatsangehöriger“ gewährleisten und eine mögliche Beeinträchtigung ihrer praktischen Wirksamkeit ausschließen; eine Straftat wegen unerlaubten Aufenthalts ist dabei nach Meinung des EuGH grundsätzlich geeignet, das Rückkehrverfahren scheitern zu lassen bzw. zu verzögern (vgl. zuletzt EuGH [Große Kammer], InfAuslR 2016, 269 Rn. 63 mwN). Dementsprechend soll eine Freiheitsstrafe nicht allein deshalb verhängt werden, weil sich ein „Drittstaatsangehöriger“ illegal im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufhält, nachdem ihm eine Anordnung zum Verlassen des Staatsgebiets bekannt gegeben worden und die darin gesetzte Frist abgelaufen ist (vgl. EuGH [1. Kammer], InfAuslR 2011, 320 Rn. 58). 15

(b) Die Rückführungsrichtlinie und das auf ihrer Grundlage durchgeführte Rückführungsverfahren machen indes das mit einem unerlaubten Aufenthalt verbundene Unrecht nicht ungeschehen. Den zuständigen Behörden wird lediglich ein Verfahren vorgegeben, um den unerlaubten Aufenthalt bei Vorliegen der dort geregelten Maßgaben schnellstmöglich zu beenden. Davon ausgehend spricht nichts dafür, dass es unionsrechtlich geboten sein könnte, Fallkonstellationen wie die gegenständlichen als nach nationalem Strafrecht nicht tatbestandsmäßig oder nicht rechtswidrig anzusehen. Hinzu kommt, dass sich die Rechtsprechung des EuGH ausdrücklich nur gegen die Verhängung bzw. den Vollzug von Freiheitsstrafe wendet, der die Gefahr der Beeinträchtigung des Rückführungsverfahrens innewohnt (vgl. auch MüKoStGB/Gericke, aaO, § 95 AufenthG Rn. 30 mwN), nicht dagegen aber gegen die Durchführung des Strafverfahrens als solchem. Auch daraus wird ersichtlich, dass durch die vom EuGH angestellten Erwägungen, die sich auf einer praktischen Ebene bewegen, nicht schon die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit des illegalen Aufenthalts in Frage gestellt werden. 16

Darüber hinaus stehen Rückführungsrichtlinie und -verfahren in keinerlei Zusammenhang mit dem Unrecht des „Schleusers“ oder sonstigen Hintermanns des unerlaubten Aufenthalts. Schon nach ihrem eindeutigen Wortlaut findet die Rückführungsrichtlinie lediglich Anwendung auf illegal im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufhältige Drittstaatsangehörige, nicht auf deren Schleuser (Art. 2 Abs. 1 Richtlinie 2008/115/EG). Es besteht insoweit sogar die in mehreren europarechtlichen Instrumenten verankerte gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung, Anstiftung und Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt wirksam zu sanktionieren (Art. 1 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 Buchst. a des Rahmenbeschlusses 2002/946/JI; Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 der Richtlinie 2002/90, ABl. L 328 vom 5. Dezember 2002, S. 1, 17; hierzu EuGH, NJW 2012, 1641, 1642 Rn. 43 ff. nach Vorabentscheidungsersuchen in BGH, Beschlüsse vom 10. Januar 2012 - 5 StR 351/11, NJW 2012, 1669, 1670 f. Rn. 17; vom 8. Februar 2012 - 5 StR 567/11, BGHR AEUV Art. 267 Abs. 4 Inhaftierung 1). Sie könnte nicht erfüllt werden, wenn die hier betroffenen „Schleusungstatbestände“ aufgrund des Fehlens einer rechtswidrigen Haupttat in einem beträchtlichen Umfang leerlaufen würden (vgl. EuGH aaO; BGH, Beschluss vom 10. Januar 2012 - 5 StR 351/11, aaO). 17

Danach kann aus dem Vorrang des Rückführungsverfahrens - ungeachtet der exakten rechtlichen Konstruktion - allenfalls die persönliche Straflosigkeit der illegal Aufhältigen bzw. ein diesbezügliches (partielles) Bestrafungsverbot hergeleitet werden (vgl. zur Einordnung als persönlicher Strafaufhebungsgrund: MüKoStGB/Gericke, aaO, § 95 AufenthG Rn. 30 aE; BeckOKAuslR/Hohoff, aaO, § 95 AufenthG Rn. 27 aE). Da hiervon weder die Tatbestands- noch die Rechtswidrigkeitsebene tangiert ist, verbleibt es nach den Grundsätzen der limitierten Akzessorietät bei der Strafbarkeit des „Schleusers“ (zu Art. 31 Genfer Flüchtlingskonvention BGH, Urteil vom 25. März 1999 - 1 StR 344/98, NSTZ 1999, 409; Beschluss vom 12. September 2002 - 4 StR 163/02, NJW 2002, 3642, 3643; MüKoStGB/Gericke, aaO, § 96 AufenthG Rn. 3; Mosbacher, aaO, § 4 Rn. 243). Anders als das Landgericht meint, bedarf es im Zuge der vorgenommenen richtlinienkonformen Auslegung insoweit keiner ausdrücklichen gesetzlichen Regelung. 18

2. Das angefochtene Urteil führt hinsichtlich des Angeklagten B. beweismäßig aus, es sei nicht festzustellen gewesen, ob dieser Angeklagte dem Angeworbenen L. R. für die Einreise 1.000 € als „Vorzeigegeld“ zur Verfügung gestellt habe (UA S. 25 f.). Der Senat geht nicht davon aus, dass hiermit den Freispruch zusätzlich tragend ein vorsätzliches Handeln des Angeklagten insgesamt in Frage gestellt werden sollte (vgl. zur „Motivation“ des Angeworbenen durch den Angeklagten UA S. 23 und zur Vereinnahmung des Prostitutionserlöses im Fall 10 UA S. 10, 12). 19

3. Der Senat hebt das Urteil mit den an sich rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen auf, weil die freigesprochenen Angeklagten keine Möglichkeit hatten, die Feststellungen mit einer Revision anzugreifen. Eines vorherigen Vorabentscheidungsverfahrens beim Europäischen Gerichtshof nach Art. 267 AEUV bedarf es nicht, denn die Rechtsfrage ist eindeutig und zweifelsfrei zu beantworten („acte claire“, vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 27. Juni 2016 - 1 StR 19/16 mwN). 20

4. Angesichts dessen kommt es nicht mehr darauf an, ob der Freispruch der Angeklagten trotz der Beschränkung gemäß § 154a StPO schon deshalb keinen Bestand haben kann, weil das Landgericht, das vor einer solchen Entscheidung zur Wiedereinbeziehung ausgeschiedener Straftatbestände verpflichtet gewesen wäre, das festgestellte Geschehen nicht in Bezug auf Verstöße gegen Straf- und Bußgeldvorschriften geprüft hat, die eine illegale Beschäftigung und Beauftragung von Ausländern oder die Teilnahme an deren illegaler Erwerbstätigkeit sanktionieren (vgl. § 404 Abs. 2 Nr. 3 SGB III, §§ 10 ff. SchwarzArbG, § 98 Abs. 2a, Abs. 3 Nr. 1 AufenthG, hierzu insgesamt Mosbacher, aaO, § 4 Rn. 1 ff.). 21