



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

3 StR 273/09

vom

30. Juli 2009

in der Strafsache

gegen

wegen Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge u. a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 30. Juli 2009,  
an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof  
Becker,

die Richter am Bundesgerichtshof  
Pfister,  
von Lienen,  
Hubert,  
Mayer  
als beisitzende Richter,

Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof  
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt  
als Verteidiger,

Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Oldenburg vom 2. März 2009 mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben, soweit der Angeklagte freigesprochen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels und die dem Angeklagten hierdurch entstandenen notwendigen Auslagen, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen sowie wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge unter Einbeziehung einer anderweitig verhängten Strafe zur Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren verurteilt. Von einem Anklagevorwurf hat es den Angeklagten freigesprochen und das Verfahren hinsichtlich eines weiteren Falles der Anklage eingestellt. Die Staatsanwaltschaft beanstandet mit ihrer zu Ungunsten des Angeklagten eingelegten, auf die Sachrüge gestützten Revision den Schuldspruch wegen Beihilfe zum unerlaubten Handel-

treiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Fall II. 2. der Urteilsgründe), den Teilfreispruch und die Teileinstellung. Das vom Generalbundesanwalt hinsichtlich der Beanstandung des Freispruchs und der Einstellung vertretene, wirksam beschränkte Rechtsmittel hat in dem sich aus der Urteilsformel ergebenden Umfang Erfolg; im Übrigen ist es - auch im Hinblick auf § 301 StPO - unbegründet.

2            1. Das angefochtene Urteil hat keinen Bestand, soweit das Landgericht den - als Drogenkurier tätigen - Angeklagten freigesprochen hat.

3            a) Dem Angeklagten wurde durch die unverändert zugelassene Anklage insoweit zur Last gelegt, in den Tagen vor dem 12. Januar 2008 mit dem Drogenabnehmer " I. " alias "S. " sowie den niederländischen Lieferanten "G. " und "O. " die Lieferung einer unbekanntes Kokainmenge vereinbart zu haben, die der Angeklagte in Amsterdam erhalten und nach Deutschland zu " I. " transportieren sollte. Die Lieferung scheiterte jedoch, weil "O. " die bestellte Menge nicht in der vereinbarten Qualität beschaffen konnte.

4            b) Das Landgericht hat den Angeklagten von diesem Vorwurf aus tatsächlichen Gründen freigesprochen. Die Strafkammer hat insoweit festgestellt, dass zwischen "O. " und "G. " einerseits und " I. " alias "S. " andererseits ein Drogengeschäft vereinbart worden war, das scheiterte, weil "O. " die bestellte Menge nicht beschaffen konnte. Die weiteren, zur Verurteilung des - hierzu schweigenden - Angeklagten wegen einer Beteiligung an diesem Drogengeschäft erforderlichen Feststellungen hätten indes nicht getroffen werden können. Zwar liege aufgrund des Inhalts eines abgehörten Telefonats zwischen "S. " und "O. " am Abend des 12. Januar 2008 und des zeitlichen

Zusammenhangs mit der Überbringung von 6.000 € des "S. " durch den Angeklagten an "O. " und "G. " zur Begleichung einer früheren Rauschgiftlieferung am selben Tag (Fall II. 2. der Urteilgründe) die Vermutung nahe, der Angeklagte habe auf seinem Rückweg von "O. " zu "S. " Drogen transportieren sollen. Gleichwohl habe eine tatsächliche Beteiligung des Angeklagten an dem vereinbarten Drogengeschäft nicht festgestellt werden können, weil die in der Anklage behauptete Absprache der Lieferung des Angeklagten mit "S. " und "O. " keinen ausreichenden Nachweis gefunden habe. In den zwischen dem 6. und dem 11. Januar 2008 zwischen "G. " bzw. "O. " und dem Angeklagten einerseits sowie diesem und "S. " andererseits geführten Telefonaten sei keine Äußerung dahin gefallen, dass der Angeklagte auf dem Rückweg aus den Niederlanden an "S. " Drogen liefern sollte. Die Telefonate ließen diesbezüglich keinen sicheren Schluss zu. Soweit die Anklage zum Nachweis dieses Drogentransports durch den Angeklagten entscheidend auf den Inhalt des Telefonates zwischen diesem und "G. " am Vormittag des 12. Januar 2008 abgestellt habe, in dem der Angeklagte fragte, ob "G. " gekocht habe, und - nachdem diese Frage bejaht worden war - äußerte, er möchte etwas Gutes essen, er habe seit längerem nichts Gutes gegessen, habe sich das Landgericht der Interpretation, der Angeklagte habe durch diesen Dialog den Transport von Drogen von Amsterdam nach Deutschland verabredet, nicht anschließen können. Zwar erscheine es möglich, dass mit den Sätzen "Hast Du gekocht" und "Ich möchte etwas Gutes essen" der Angeklagte gegenüber "G. " angeboten habe, Drogen zu transportieren, zumal in anderen Fällen die Drogen von dem Angeklagten geschluckt worden seien. Zwingend sei der Schluss aber nicht. Denkbar sei auch, dass es sich tatsächlich um eine Essensverabredung handelte und der Angeklagte sich nach gutem - ggf. afrikanischem - Essen erkundigte oder auch, dass ein anderer Kurierdienst besprochen wurde. Aus keinem der verlesenen Telefonüberwachungsprotokolle habe sich

ein Anhaltspunkt dafür ergeben, dass zwischen den Beteiligten ein Drogen-transport mit der Vereinbarung zum Essen umschrieben wurde.

5 c) Diese Erwägungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Zwar obliegt die Beweiswürdigung alleine dem Tatrichter, so dass sie vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden kann, ob sie Rechtsfehler aufweist. Dies ist etwa nur dann der Fall, wenn die Beweiswürdigung lückenhaft ist oder der Tatrichter an seine Überzeugungsbildung überspannte Anforderungen gestellt hat (st. Rspr.; vgl. nur BGH NJW 2008, 1543; Schoreit in KK 6. Aufl. § 261 Rdn. 51 m. w. N.). So ist es indes hier.

6 Bei seiner Bewertung, es habe sich anderweitig kein Anhaltspunkt dafür ergeben, dass ein Drogentransport mit der Vereinbarung zum Essen umschrieben worden sei, hat das Landgericht unberücksichtigt gelassen, dass von den Beteiligten in anderen Telefonaten Lebensmittel und das Essen als Tarnbegriffe für Drogen und deren Handel verwendet worden sind. Dies ergibt sich etwa aus dem Inhalt des Telefonats vom 6. Januar 2008 zwischen dem Angeklagten und "O. ": Dabei sagte der niederländische Drogenlieferant - nach Auffassung des Landgerichts im Hinblick auf baldige Drogentransporte durch den Angeklagten - zu diesem: "Versuche nur Geld für etwas Essen zusammenzukriegen". Ferner ist in diesem Zusammenhang das Telefonat zwischen "O. " und "S. " vom 27. Dezember 2007 bedeutsam, indem "S. " sagte: "Wir essen doch Reis, Du kannst fünf bis sechs Felder bauen". Das Landgericht hat hieraus gefolgert, dass von "S. " 500 bis 600 Gramm Drogen gekauft werden sollten und dass verneint werden könne, dass es tatsächlich um Reis gegangen sei. Diese Gesprächsinhalte hätte das Landgericht in seine Würdigung des Telefonats vom Vormittag des 12. Januar 2008 einbeziehen müssen. Demgemäß erweist sich

die Beweiswürdigung des Landgerichts zum Teilfreispruch insoweit als lückenhaft.

7 Die Begründung des Teilfreispruchs lässt ferner besorgen, dass das Landgericht seiner Überzeugungsbildung von der Schuld des Angeklagten einen falschen rechtlichen Maßstab zugrunde gelegt und an diese überspannte Anforderungen gestellt hat. Das Landgericht hält es zwar für möglich, dass sich aus den Äußerungen des Angeklagten im Telefonat mit "G. " vom Vormittag des 12. Januar 2008 ("Hast Du gekocht?" und "Ich möchte etwas Gutes essen") die Vereinbarung eines Drogentransports ergebe. Zwingend sei dieser Schluss indes nicht. Voraussetzung für die Überzeugung des Tatrichters von einem bestimmten Sachverhalt ist aber nicht eine absolute, das Gegenteil oder andere Möglichkeiten denknotwendig - oder wie es das Landgericht formuliert "zwingend" - ausschließende Gewissheit. Vielmehr genügt ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit, das vernünftige Zweifel nicht aufkommen lässt. Der Tatrichter ist also nicht gehindert, an sich mögliche, wenn auch nicht zwingende Folgerungen aus bestimmten Tatsachen zu ziehen, wenn diese tragfähig sind (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urt. vom 1. Juli 2008 - 1 StR 654/07; NStZ-RR 2004, 238). Der Senat kann wegen der vom Landgericht verwendeten Formulierung nicht ausschließen, dass das Landgericht dies verkannt hat. Über diesen Anklagevorwurf ist daher neu zu entscheiden.

8 2. Das Rechtsmittel bleibt hingegen erfolglos, soweit die Beschwerdeführerin als rechtsfehlerhaft rügt, dass das Landgericht den Angeklagten im Fall II. 2. der Urteilsgründe nicht wegen Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verurteilt und das Verfahren hinsichtlich des Vorwurfes zu Ziffer II. 2. der Anklage eingestellt hat (§ 260 Abs. 3 StPO).

9           a) Die Beanstandung des Schuldspruches im Fall II. 2. der Urteilsgründe ist aus den Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).

10           b) Die teilweise Einstellung des Verfahrens hält der rechtlichen Prüfung im Ergebnis ebenfalls stand.

11           aa) Unter Ziffer II. 2. der Anklage lag dem Angeklagten weiterhin zur Last, am 24. Januar 2008 mit dem Drogenlieferanten "G.       " telefonisch einen Transport von Rauschgift nach B.    in der Schweiz vereinbart zu haben. Das Landgericht hat das Verfahren eingestellt, weil es insoweit einen Strafklageverbrauch in Folge der rechtskräftigen Verurteilung durch das Landgericht Münster vom 14. August 2008 nicht zweifelsfrei auszuschließen vermochte.

12           bb) Zwar kann den §§ 206 a, 260 Abs. 3 StPO nicht entnommen werden, wie zu verfahren ist, wenn (unüberwindliche) tatsächliche Zweifel daran bestehen, ob eine Prozessvoraussetzung fehlt bzw. ein Prozesshindernis gegeben ist. Ein Strafverfahren darf allerdings grundsätzlich nur durchgeführt werden, wenn feststeht, dass die erforderlichen Prozessvoraussetzungen vorliegen und Prozesshindernisse nicht entgegenstehen. Bleibt nach Ausschöpfung aller Erkenntnismöglichkeiten zweifelhaft, ob ein Prozesshindernis vorliegt, ist der h. M. zufolge nach seiner Art zu differenzieren. Dabei ist es in aller Regel ohne praktische Bedeutung, ob dogmatisch von der Funktion der Prozessvoraussetzung als Bedingung für die Zulässigkeit eines Sachurteils oder - wie ganz überwiegend in der Literatur - von der Anwendung des Grundsatzes "in dubio pro reo" bei solchen tatsächlichen Zweifeln über das Vorliegen prozessual erheblicher Tatsachen ausgegangen wird (vgl. BGHSt 46, 349, 352; zum Meinungsstand



Stuckenberg in Löwe/Rosenberg, StPO 26. Aufl. § 206 a Rdn. 37 ff.). Danach besteht - im Sinne von §§ 206 a, 260 Abs. 3 StPO - ein Verfahrenshindernis immer schon dann, wenn es möglicherweise vorliegt. Insofern reichen indes bloß theoretische, nur denkgesetzlich mögliche Zweifel nicht aus; sie müssen sich vielmehr auf konkrete tatsächliche Umstände gründen und nach Ausschöpfung aller Erkenntnismöglichkeiten unüberwindbar sein. Verbleiben daher Zweifel daran, ob die den Gegenstand des Verfahrens bildende (prozessuale) Tat anderweitig rechtskräftig abgeurteilt worden ist, so bildet der (möglicherweise) hierdurch eingetretene Strafklageverbrauch, so weit er reicht, ein von Amts wegen zu berücksichtigendes und zur Verfahrenseinstellung führendes Verfahrenshindernis (vgl. BGH aaO; Stuckenberg aaO Rdn. 40, 65). So ist es im Ergebnis hier.

- 13           cc) Das Landgericht hat vor allem wegen des zeitlichen Zusammenhangs der telefonischen Verabredung eines Drogentransportes aus den Niederlanden im Telefonat des Angeklagten am späten Nachmittag des 24. Januar 2008 und seiner Festnahme am Vormittag des 26. Januar 2008 letztlich nicht ausschließen können, dass die im vorliegenden Verfahren angeklagte abgesprochene Kurierfahrt des Angeklagten bereits rechtskräftig durch das Urteil des Landgerichts Münster abgeurteilt worden ist. Die diesem Ergebnis zugrundeliegende Würdigung lässt Rechtsfehler nicht erkennen. Das Landgericht hat alle maßgeblichen Umstände berücksichtigt. Dass es sich danach keine ausreichend sichere Überzeugung von der Unterschiedlichkeit der beiden Taten bilden konnte, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Revision zeigt insoweit Rechtsfehler auch nicht auf. Insbesondere sind die behaupteten Lücken in der landgerichtlichen Würdigung nicht erkennbar. Die Erwägungen des Landgerichts, weshalb es zu Abweichungen von den telefonischen Absprachen bei der transportierten Drogenmenge (abgesprochen 88, transportiert 72 Bodypacks)

und dem Ziel der Kurierfahrt (abgesprochen B. /Schweiz, festgestellt W. ) gekommen sein könnte, stellen keine Vermutungen, sondern naheliegende Möglichkeiten dar, die geeignet sind, die Bedeutung dieser Umstände für die Frage der Tatidentität zu relativieren. Insgesamt erschöpft sich das Revisionsvorbringen in dem im Revisionsverfahren unbeachtlichen Versuch, die Würdigung der tatsächlichen Umstände durch das Landgericht - zudem teilweise unter Heranziehung urteilsfremder Umstände - durch eine eigene Bewertung zu ersetzen. Eine Verfahrensrüge hat die Beschwerdeführerin nicht erhoben.

- 14            dd) Gegen die Teileinstellung des Verfahrens durch das Landgericht sprechen letztlich auch nicht folgende Erwägungen: Die Strafkammer hat bei der Frage der Tatidentität ersichtlich nicht bedacht, dass der Angeklagte durch seine telefonisch abgegebene Erklärung vom 24. Januar 2008 gegenüber "G. ", 88 Bodypacks nach B. zu transportieren, eine selbständige Tat des Versuchs der Beteiligung an einem Verbrechen gemäß § 30 Abs. 2 StGB begangen haben könnte; denn diese Zusage des Angeklagten bezog sich - auch nach seiner Vorstellung - ersichtlich auf ein bestimmtes, hinreichend konkretisiertes Verbrechen der Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zum Handeltreiben von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (vgl. Fischer, StGB 56. Aufl. § 30 Rdn. 10). Dies könnte grundsätzlich zur Folge haben, dass zwischen dieser Tat sowie dem Drogentransport des Angeklagten am 26. Januar 2008 keine Tatidentität bestünde und damit Strafklageverbrauch durch die Verurteilung des Landgerichts Münster für die hier angeklagte Tat nicht eingetreten wäre. Das Landgericht hat allerdings nicht ausschließen können, dass sich die telefonische Zusage des Transportes nach B. durch den Angeklagten auf dieselbe Drogenmenge bezog, die dieser zwei Tage später aus den Niederlanden nach Deutschland eingeführt hat. In diesem Fall wäre die aus mehreren Handlungen bestehenden Haupttat der niederländi-

schen Drogenhändler materiellrechtlich zu einer Bewertungseinheit zusammen zu fassen mit der Folge, dass die ebenfalls aus mehreren Handlungen (Zusage und Transport) bestehende Mitwirkung des Angeklagten an der Haupttat (Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge) nur als eine Beihilfe im Rechtssinne zu würdigen wäre (vgl. Weber, BtMG 3. Aufl. vor §§ 29 ff. Rdn. 276 f. m. w. N.). Danach führen auch diese Erwägungen im Ergebnis dazu, dass Tatidentität zwischen der vorliegend angeklagten und der durch das Landgericht Münster abgeurteilten Tat gegeben wäre. Dem steht nicht entgegen, dass die Tat, zu deren Begehung sich der Angeklagte bereit erklärte, ebenso wie die von ihm tatsächlich durchgeführte Tat rechtlich nicht nur als Beihilfe zum Betäubungsmittelhandel in nicht geringer Menge, sondern wegen des im Vergleich zu § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG höheren Strafraumens des § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG auch als tateinheitliche täterschaftliche Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu werten ist.

Becker

Pfister

RIBGH von Lienen befindet  
sich im Urlaub und ist daher  
gehindert zu unterschreiben.

Becker

Hubert

Mayer