



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

3 StR 359/10

vom

28. September 2010

in der Strafsache

gegen

wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Beschwerdeführers und des Generalbundesanwalts am 28. September 2010 gemäß § 349 Abs. 4 StPO einstimmig beschlossen:

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Duisburg vom 10. Juni 2010 mit den Feststellungen aufgehoben.

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

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt. Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit seiner Revision, mit der er die Verletzung sachlichen Rechts rügt. Das Rechtsmittel hat Erfolg.

- 2 1. Nach den Feststellungen war der Angeklagte bei dem gesondert Verfolgten N. als Lastkraftwagenfahrer angestellt. Spätestens im September 2004 vereinbarte er mit N. und dem gesondert Verfolgten Nä., dass er in Zukunft gegen zusätzliche Bezahlung zum gewinnbringenden Handel bestimmtes Haschisch in großen Mengen transportieren werde. Anschließend brachte er in zwei Fällen im Zusammenwirken mit N. und Nä. nach Er-

teilung entsprechender Aufträge durch die gesondert Verfolgten A. und K. mit einem Lastkraftwagen aus einer Lagerhalle des N. in V.

/Spanien 300 kg Haschisch nach Paris (Fall 1.) und 1,8 Tonnen Haschisch nach Amsterdam (Fall 2.), das jeweils einen Wirkstoffgehalt von mindestens 3 % THC hatte.

3 Die Urteilsgründe enthalten folgenden Hinweis: "Dem Urteil ist eine Verständigung gemäß § 257c StPO vorausgegangen. Diese hatte den Inhalt, dass die Kammer im Fall eines glaubhaften Geständnisses gemäß den Vorwürfen der Anklageschrift - mit Ausnahme des Vorwurfs der bandenmäßigen Begehung - auf eine Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren erkennen werde."

4 Bei der Strafzumessung hat das Landgericht nach Abwägung mehrerer zu Gunsten und zu Lasten des Angeklagten sprechender Umstände jeweils einen minder schweren Fall des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verneint und aus Freiheitsstrafen von zwei Jahren und sechs Monaten (Fall 1.) und vier Jahren und sechs Monaten (Fall 2.) die vereinbarte Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren verhängt.

5 2. Gegen den Schuldspruch bestehen durchgreifende rechtliche Bedenken. Nach den getroffenen Feststellungen erschöpften sich die Tatbeiträge des Angeklagten in bloßen Kurierfahrten und im Fall 2. zusätzlich darin, dass er in der Lagerhalle das Haschisch in Holzkisten packte. Solche für den Betäubungsmittelhandel untergeordnete Tätigkeiten, die sich insbesondere auf den bloßen Transport des Rauschgifts beschränken, sind nach der neueren Rechtsprechung als Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu werten (BGH, Urteil vom 28. Februar 2007 - 2 StR 516/06, BGHSt 51, 219, 223 f.; BGH, Beschluss vom 30. März 2007 - 2 StR 81/07, NStZ-RR 2007, 246 ff.). In Tateinheit hierzu macht sich der Kurier, der

- wie hier - das Rauschgift über eine längere Strecke transportiert, regelmäßig wegen (mit-)täterschaftlichen Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nach § 29a Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar (BGH, Urteil vom 15. Oktober 1997 - 2 StR 393/97, BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 3 Besitz 4; BGH, Urteil vom 17. Oktober 2007 - 2 StR 369/07, NStZ-RR 2008, 54 f.; Weber, BtMG, 3. Aufl., § 29 Rn. 1185, 1195 f., 1225).

6 3. Eine Änderung des Schuldspruchs durch den Senat kommt nicht in Betracht, weil die Urteilsgründe widersprüchlich sind und deshalb keine zweifelsfrei rechtliche Würdigung ermöglichen.

7 Auf der Grundlage der Feststellungen ist der Angeklagte schuldig des Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge als Mitglied einer Bande (§ 29a Abs. 1 Nr. 2, § 30 Abs. 1 Nr. 1 BtMG, §§ 27, 52 StGB). Die Voraussetzungen eines bandenmäßigen Handelns sind festgestellt. Danach haben sich die gesondert Verfolgten N. und Nä. mit dem Angeklagten verbunden, um künftig für eine gewisse Dauer an im Einzelnen noch ungewissen Betäubungsmittelgeschäften mitzuwirken, an denen sie sich entsprechend der getroffenen Abrede auch tatsächlich beteiligten (BGH, Beschluss vom 22. März 2001 - GSSt 1/00, BGHSt 46, 321). Mitglied einer Bande kann auch eine Person sein, der nach der Bandenabrede nur Aufgaben zufallen, die sich als Gehilfentätigkeit darstellen (BGH, Beschluss vom 15. Januar 2002 - 4 StR 499/01, BGHSt 47, 214). Eine Bande kann sich sogar nur aus einem Haupttäter und zwei Gehilfen zusammensetzen (BGH, Beschluss vom 19. April 2006 - 4 StR 395/05, NStZ 2007, 33 f.).

8 Nach der Beweiswürdigung beruhen die Feststellungen zur bandenmäßigen Begehungsweise auf der glaubhaften geständigen Einlassung des

Angeklagten. Demgegenüber folgt aus dem Hinweis auf die Verständigung und dem Schuldspruch jedoch, dass sich das Geständnis nicht auf die bandenmäßige Begehung beziehen sollte. Dieser Hinweis lässt zudem besorgen, dass Gegenstand der Verständigung unter Verstoß gegen § 257c Abs. 3 Satz 3 StPO der Schuldspruch war.

9 Die fehlerhafte rechtliche Würdigung und der dargestellte Widerspruch in den Urteilsgründen führt zur Aufhebung des Urteils mit den Feststellungen.

4. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf Folgendes hin:

10 Bei einer Verständigung zwischen dem Gericht und den Verfahrensbeteiligten darf gemäß § 257c Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 2 StPO für den Fall eines Geständnisses lediglich ein Strafraum mit einer Ober- und Untergrenze vereinbart werden. Die Verständigung auf eine bestimmte Strafe ist unzulässig (Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., § 257c Rn. 11). Da das Landgericht eine Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren vereinbart und ausgesprochen hat, lassen die an sich rechtsfehlerfreien Strafzumessungserwägungen besorgen, dass diese nicht ernst gemeint sind, sondern lediglich formal die bereits feststehende Strafe begründen sollen (vgl. Meyer-Goßner aaO).

- 11 Das neue Tatgericht wird zu prüfen haben, ob die vom Angeklagten in Spanien erlittene verfahrensfremde Untersuchungshaft in entsprechender Anwendung des § 51 Abs. 1 Satz 1 im Falle der Verurteilung auf eine zu verhängende Strafe anzurechnen ist (vgl. Fischer, StGB, 57. Aufl., § 51 Rn. 6a mwN).

Becker

Pfister

von Lienen

Schäfer

Mayer