



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

3 StR 89/11

vom

19. Mai 2011

in der Strafsache

gegen

1.

2.

wegen zu 1.: Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge u.a.

zu 2.: Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 19. Mai 2011,  
an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof  
Becker,

die Richter am Bundesgerichtshof  
Pfister,  
von Lienen,  
Dr. Schäfer,  
Richterin am Bundesgerichtshof  
Dr. Menges  
als beisitzende Richter,

Staatsanwalt (GL) in der Verhandlung,  
Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof bei der Verkündung  
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwältin ,  
Rechtsanwalt  
als Verteidiger des Angeklagten M. ,

Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Die Revisionen der Staatsanwaltschaft sowie der Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Oldenburg vom 19. Juli 2010 werden verworfen, hinsichtlich der Angeklagten S. mit der Maßgabe, dass im Fall II. C. 3. der Urteilsgründe eine Einzelfreiheitsstrafe von einem Jahr festgesetzt wird.

Jeder Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen; die den Angeklagten durch die Revision der Staatsanwaltschaft entstandenen notwendigen Auslagen werden der Staatskasse auferlegt.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten M. wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Anstiftung zur Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in fünf Fällen, Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit Betrug, sowie wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt. Wegen weiterer Anklagevorwürfe hat es ihn freigesprochen.

Es hat den Verfall von Wertersatz in Höhe von 24.000 € angeordnet, dem Angeklagten die Fahrerlaubnis entzogen, seinen Führerschein eingezogen und eine Sperrfrist von einem Jahr bestimmt. Gegen die Angeklagte S. hat es wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in sieben Fällen eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren verhängt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt und den Verfall von Wertersatz in Höhe von 6.500 € angeordnet; im Übrigen hat es die Angeklagte freigesprochen. Die Angeklagten wenden sich mit der Sachrüge gegen ihre Verurteilungen; der Angeklagte M. beanstandet außerdem das Verfahren. Die Staatsanwaltschaft rügt mit ihrer zu Lasten der Angeklagten eingelegten Revision die Verletzung materiellen Rechts. Ausweislich der Revisionsbegründung ist das Rechtsmittel, soweit es die Angeklagte S. betrifft, wirksam auf den Strafausspruch beschränkt. Alle Revisionen bleiben ohne Erfolg.

2 I. Revision der Staatsanwaltschaft

3 Die Revision der Staatsanwaltschaft ist unbegründet.

4 1. Soweit sich das Rechtsmittel gegen das Urteil bezüglich des Angeklagten M. richtet, nimmt der Senat auf die zutreffenden Ausführungen in der Zuschrift des Generalbundesanwalts Bezug.

5 2. Der die Angeklagte S. betreffende Strafausspruch hält entgegen der Auffassung der Revision und des Generalbundesanwalts sachlichrechtlicher Prüfung ebenfalls stand. Das Landgericht hat insbesondere ohne durchgreifenden Rechtsfehler die Einzelstrafen einem nach § 31 Nr. 1 BtMG, § 49 StGB gemilderten Strafrahmen des § 29a Abs. 1 BtMG entnommen. Auch die einzelnen Strafzumessungserwägungen sind rechtsfehlerfrei. Im Einzelnen:

6 a) Den Urteilsgründen lässt sich ein ausreichender Aufklärungserfolg im Sinne des § 31 Nr. 1 BtMG entnehmen.

7 Die Aufklärungshilfe nach § 31 Nr. 1 BtMG setzt voraus, dass der Täter sein Wissen über die Tat den Strafverfolgungsbehörden mitteilt. Diese Offenbarung muss einen Aufklärungserfolg in dem Sinne hervorgerufen haben, dass sie nach der Überzeugung des Tatgerichts wesentlich zur Aufdeckung der Tat über den eigenen Beitrag des Täters hinaus geführt hat. Dieser Aufklärungserfolg und die ihm zugrunde liegende richterliche Überzeugung müssen im Urteil konkret und nachprüfbar dargestellt werden. Dazu gehört es, dass die Angaben des Angeklagten, jedenfalls in ihrem tatsächlichen Kern, der Erkenntnisstand der Ermittlungsbehörden und etwaige durch die Angaben veranlasste Strafverfolgungsmaßnahmen dargelegt werden (vgl. Weber, BtMG, 3. Aufl., § 31 Rn. 155; MünchKommStGB/Maier, § 31 BtMG Rn. 131).

8 Die Urteilsgründe genügen diesen Anforderungen. Das Landgericht hat ausgeführt, die Angeklagte sei bei der Polizei und in der Hauptverhandlung früh geständig gewesen. Sie habe sich etwa bei der Auswertung der einzelnen Telefongespräche auch Nachfragen gestellt. Sie habe insbesondere Angaben zu ihren Abnehmern gemacht, was im Falle von L. bereits zu einer Anklageerhebung geführt habe. Dies reicht vor allem mit Blick darauf, dass der L. der Hauptabnehmer der von der Angeklagten gehandelten Drogen war, aus, um dem Senat die revisionsrechtliche Prüfung dahin zu ermöglichen, dass die Voraussetzungen des § 31 Nr. 1 BtMG zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung vorlagen.

9 b) Der Anwendung des § 31 Nr. 1 BtMG steht nicht entgegen, dass die Angeklagte sich nach der Überzeugung des Landgerichts zu ihrem eigenen

Tatbeitrag geschönt eingelassen und insbesondere die eigene Absicht der Gewinnerzielung unzutreffend in Abrede gestellt hat.

10 Eine Strafmilderung nach der genannten Vorschrift setzt weder ein umfassendes Geständnis des Täters noch einen wesentlichen Beitrag zur Aufdeckung der eigenen Tatbeteiligung voraus. Sie ist vielmehr möglich, wenn der Täter durch freiwillige Offenbarung seines Wissens wesentlich dazu beigetragen hat, dass die Tat über seinen eigenen Tatbeitrag hinaus aufgedeckt wird (BGH, Beschluss vom 6. April 1988 – 3 StR 96/88, BGHR BtMG § 31 Nr. 1 Aufdeckung 5). Ziel und Zweck der Regelung in § 31 Nr. 1 BtMG ist es, die Möglichkeiten der Verfolgung begangener Taten zu verbessern. Macht der Täter Angaben über seinen Tatbeitrag hinaus, so schließt deshalb die zurückhaltende Schilderung des eigenen Tatbeitrags die Anwendung des § 31 Nr. 1 BtMG lediglich dann aus, wenn sie dazu führt, dass die Tat insgesamt nur unzureichend aufgeklärt werden kann (Weber, BtMG, 3. Aufl., § 31 Rn. 45).

11 Dies war hier nicht der Fall. Die Angeklagte hat den objektiven Sachverhalt eingeräumt und die Namen der Beteiligten sowie deren jeweilige Funktion offen gelegt. Die Tat konnte deshalb über den Tatbeitrag der Angeklagten hinaus unabhängig davon aufgeklärt werden, dass diese zur Motivation ihres eigenen Handelns Angaben gemacht hat, welche die Strafkammer für widerlegt gehalten hat.

12 c) Im Ergebnis gefährdet es den Bestand des Strafausspruchs nicht, dass die Strafkammer von einem unzutreffenden Strafraumen ausgegangen ist.

13 Das Landgericht hat mit Blick darauf, dass die abgeurteilten Taten vor dem 1. September 2009 begangen wurden, das Hauptverfahren allerdings erst nach diesem Zeitpunkt eröffnet worden ist, unter Anwendung des "Meistbegünstigungsprinzips" den Strafraumen des § 29a Abs. 1 BtMG in der Form ge-

mildert, dass es die Mindeststrafe nach § 31 BtMG aF in Verbindung mit § 49 Abs. 2 StGB und die Höchststrafe nach § 31 BtMG nF in Verbindung mit § 49 Abs. 1 StGB bestimmt hat. Auf diese Weise ist es zu einem Strafraumen von einem Monat bis zu elf Jahren und drei Monaten Freiheitsstrafe gelangt. Dies begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

- 14 Die Strafkammer hat zwar im Ansatz zutreffend erkannt, dass der negativ formulierten Überleitungsvorschrift des Art. 316d EGStGB nicht die Bedeutung zukommt, dass die neue Fassung des § 31 BtMG ohne Weiteres auf Verfahren anzuwenden ist, in denen die Eröffnung des Hauptverfahrens nach dem 1. September 2009 beschlossen worden ist. Für die Frage des auf diese Verfahren anwendbaren Rechts gelten vielmehr die allgemeinen Regeln, nach denen grundsätzlich das zur Tatzeit geltende materielle Recht Anwendung findet (§§ 1, 2 Abs. 1 StGB), sofern das neuere Recht in seiner Gesamtheit keine für den Angeklagten günstigere Regelung darstellt (BGH, Beschluss vom 18. März 2010 - 3 StR 65/10, NStZ 2010, 523). Das Landgericht hätte jedoch nach dem Grundsatz der strikten Alternativität prüfen und entscheiden müssen, welches Recht in seiner Gesamtheit im konkreten Fall das mildere Gesetz im Sinne von § 2 Abs. 3 StGB darstellt. Nach § 31 BtMG aF in Verbindung mit § 49 Abs. 2 StGB hätte sich ein Strafraumen von einem Monat bis zu 15 Jahren Freiheitsstrafe ergeben; die Anwendung von § 31 BtMG nF in Verbindung mit § 49 Abs. 1 StGB hätte zu einem Strafraumen von drei Monaten bis zu elf Jahren und drei Monaten Freiheitsstrafe geführt. Die Kombination der Anwendung von § 31 BtMG aF in Verbindung mit § 49 Abs. 2 StGB und § 31 BtMG nF in Verbindung mit § 49 Abs. 1 StGB und damit von günstigeren Elementen aus Gesetzen verschiedener Gültigkeit ist demgegenüber unzulässig (Fischer, StGB, 58. Aufl., § 2 Rn. 9 mwN).

- 15            Der Senat kann allerdings ausschließen, dass der Ausspruch über die Einzelstrafen auf diesem Rechtsfehler beruht. Das Landgericht hat Einzelstrafen von einmal neun Monaten, viermal einem Jahr sowie einmal einem Jahr und drei Monaten Freiheitsstrafe verhängt. Es hat sich somit in allen Fällen im unteren Bereich beider in Betracht kommenden Strafraumen bewegt. Unter diesen Umständen ist das neue Recht nicht milder als das zur Tatzeit gültige. Der nach § 31 BtMG aF in Verbindung mit § 49 Abs. 2 StGB anzuwendende Strafraumen belief sich somit auf einen Monat bis zu 15 Jahren Freiheitsstrafe und wich von demjenigen, den das Landgericht zugrunde gelegt hat, lediglich in der Höchststrafe ab. Dieser Unterschied bleibt mit Blick auf die konkret verhängten, im unteren Bereich des Strafraumens liegenden Einzelstrafen ohne Auswirkungen.
- 16            d) Die Strafkammer hat bei der konkreten Strafzumessung rechtsfehlerfrei zu Gunsten der Angeklagten berücksichtigt, diese habe die außerstrafrechtlichen Folgen der Taten bereits zu spüren bekommen, weil sie ihren erlernten Beruf als Krankenschwester verloren habe und zukünftig wohl auch nicht mehr werde ausüben können. Dieser Umstand durfte als durch die Tat bedingter beruflicher bzw. wirtschaftlicher Nachteil in die Abwägung eingestellt werden (BGH, Beschluss vom 9. Januar 1987 - 2 StR 676/86, BGHR StGB § 46 Abs. 1 Schuldausgleich 5). Er wird auch nicht durch die Feststellung, die Angeklagte habe die Aussicht, nach Abschluss des Strafverfahrens eine Stelle als Altenpflegerin anzutreten, so weit ausgeglichen, dass sich seine Berücksichtigung als durchgreifender Rechtsfehler erweist.
- 17            e) Der Generalbundesanwalt weist zwar zu Recht darauf hin, dass das Landgericht es unterlassen hat, im Fall II. C. 3. der Urteilsgründe eine Einzelstrafe festzusetzen. Aus den Urteilsgründen ergibt sich jedoch, dass die Strafkammer in den vergleichbaren Fällen II. A. 5., II. A. 6., II. B. 1. der Urteilsgrün-



de, in denen die Angeklagte jeweils dieselbe Menge Marihuana für denselben Kaufpreis zum gewinnbringenden Weiterverkauf erwarb, jeweils auf eine Einzelfreiheitsstrafe von einem Jahr erkannt hat. Spezielle Strafzumessungstatsachen, die eine unterschiedliche Beurteilung im Übrigen rechtfertigen könnten, sind nicht festgestellt. Der Senat kann somit ausschließen, dass das Landgericht im Fall II. C. 3. der Urteilsgründe eine abweichende Einzelstrafe verhängt hätte. Er setzt deshalb in entsprechender Anwendung von § 354 Abs. 1 StPO die Einzelstrafe in diesem Fall selbst auf ein Jahr Freiheitsstrafe fest. Der Ausspruch über die Gesamtstrafe wird nicht berührt; denn es ist auszuschließen, dass dem Landgericht bei deren Bildung der Fall II. C. 3. der Urteilsgründe aus dem Blick geraten sein könnte.

18 f) Die gegen die Angeklagte S. verhängten Einzelstrafen sowie insbesondere die Gesamtstrafe, auf die das Landgericht erkannt hat, sind zwar vergleichsweise milde. Sie sind jedoch mit Blick auf alle in die Abwägung einzubeziehenden Umstände nicht so unvertretbar niedrig, dass sie sich von ihrer Bestimmung lösen, gerechter Schuldausgleich zu sein.

19 g) Die Entscheidung des Landgerichts über die Aussetzung der Vollstreckung der erkannten Gesamtfreiheitsstrafe zur Bewährung gibt bei Beachtung des eingeschränkten Überprüfungsmaßstabs in der Revisionsinstanz (vgl. Fischer aaO § 56 Rn. 25 mwN) keinen Anlass zur Beanstandung. Das Landgericht hat der Angeklagten eine günstige Sozialprognose gestellt (§ 56 Abs. 1 StGB), besondere Umstände angenommen (§ 56 Abs. 2 StGB) und ausgeführt, dass die Verteidigung der Rechtsordnung die Vollstreckung nicht gebiete (§ 56 Abs. 3 StGB). Dabei hat es rechtsfehlerfrei u.a. darauf abgestellt, dass die Angeklagte nicht vorbestraft ist, ihre bisherige Arbeitsstelle verloren, Aufklärungshilfe geleistet und eine konkrete Aussicht auf eine neue Arbeitsstelle hat. Soweit das Landgericht der Angeklagten weiter zu Gute gehalten hat, sie sei ge-

ständig gewesen, ist nicht zu besorgen, dass es in diesem Zusammenhang den Umfang des Geständnisses unzutreffend eingeschätzt hat.

20           3. Die Revision der Staatsanwaltschaft deckt schließlich keinen Rechtsfehler zu Lasten eines der beiden Angeklagten auf (§ 301 StPO). Den Urteilsgründen lässt sich insbesondere noch ausreichend entnehmen, dass der Angeklagte M.       in den Fällen II. A. 6., II. B. 1. bis 3. sowie II. C. 1. der Urteilsgründe den Tatentschluss der übrigen Beteiligten weckte, das Rauschgift aus den Niederlanden nach Deutschland einzuführen, und deshalb jeweils eine Anstiftung zur Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge beging. In den Fällen II. C. 2. bis 4. der Urteilsgründe ergibt sich vor allem mit Blick auf das hohe Tatinteresse des Angeklagten M.       noch hinreichend, dass er jeweils wegen täterschaftlich begangener Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge schuldig ist.

21           II. Revisionen der Angeklagten

22           Die Revisionen der Angeklagten sind aus den oben unter I. 3. dargelegten Erwägungen sowie den Gründen der jeweiligen Antragsschrift des Generalbundesanwalts unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

Becker

Pfister

von Lienen

Schäfer

Menges