



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

1 StR 309/20

vom
28. Oktober 2020
in der Strafsache
gegen

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

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Beschwerdeführers und des Generalbundesanwalts – zu Ziffer 2. auf dessen Antrag – am 28. Oktober 2020 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten L. wird das Urteil des Landgerichts Ulm vom 21. April 2020 – soweit es ihn betrifft –
 - a) im Schuldspruch im Fall 21 der Urteilsgründe dahingehend abgeändert, dass der Angeklagte der Anstiftung zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Handelreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge schuldig ist,
 - b) aufgehoben
 - aa) in den Fällen 16 bis 20 der Urteilsgründe,
 - bb) im Strafausspruch im Fall 21 der Urteilsgründe,
 - cc) im Gesamtstrafenausspruch,
 - dd) im Ausspruch über die Einziehung des Wertes von Tatertträgen mit den zugehörigen Feststellungen.
2. Die weitergehende Revision des Angeklagten wird als unbegründet verworfen (§ 349 Abs. 2 StPO).
3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten L. wegen unerlaubten Handel-treibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 25 Fällen, davon in drei Fällen in Tateinheit mit unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren und neun Mo-naten verurteilt. Zudem hat es die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 113.400 Euro angeordnet. Hiergegen richtet sich die auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten. Sein Rechts-mittel hat den aus dem Tenor ersichtlichen Erfolg (§ 349 Abs. 4 StPO); im Übri-gen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.
- 2 1. Auf die Sachrüge ist das Urteil des Landgerichts im Schuldspruch in den Fällen 16 bis 20 der Urteilsgründe aufzuheben sowie im Fall 21 der Urteilsgründe im Schuldspruch dahingehend abzuändern, dass der Angeklagte der Anstiftung zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tat-einheit mit unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge schuldig ist.
- 3 a) Der Schuldspruch des Angeklagten wegen fünf Taten des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in den Fällen 16 bis 20 der Urteilsgründe hält im Hinblick auf die konkurrenzrechtliche Beurteilung einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand, da die getroffenen Feststel-lungen insoweit lückenhaft sind.
- 4 aa) Nach den Feststellungen des Landgerichts (UA S. 11 f.) verkaufte der Angeklagte im Januar und Februar 2019 in zwei Fällen je 200 Gramm, in einem Fall 500 Gramm und in einem weiteren Fall 1 Kilogramm Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von zumindest 10 % THC zu einem Grammpreis von 5,80 Euro an P. und übergab die Betäubungsmittel in dessen Wohnung bzw.

auf einem Parkplatz in U. . Anfang März 2019 veräußerte der Angeklagte 500 Gramm Marihuana an diesen Abnehmer, das in dessen Wohnung übergeben wurde und für das 1.000 Euro bezahlt wurden. Zugunsten des Angeklagten geht das Landgericht davon aus, dass es zu einer Übergabe des noch offenen Restbetrages nicht mehr gekommen ist.

- 5 bb) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind sämtliche Betätigungen im Rahmen ein und desselben Güterumsatzes, die sich auf den Vertrieb einer (einheitlichen) Betäubungsmittelmenge beziehen, vom Tatbestand des Handeltreibens zu einer Bewertungseinheit verbunden (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschlüsse vom 22. April 2020 – 1 StR 641/19 Rn. 9; vom 3. Dezember 2019 – 4 StR 553/19 Rn. 5 und vom 24. Januar 2017 – 3 StR 487/16 Rn. 4). Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Landgerichts belegen zwar fünf unterschiedliche Verkaufsvorgänge durch den Angeklagten an P. innerhalb eines relativ kurzen Tatzeitraums. Das Landgericht hat aber keine Feststellungen dazu getroffen, ob die jeweils verkauften Einzelmengen aus einem einheitlichen Vorrat des Angeklagten oder aus mehreren Einkaufsmengen stammten. Eine solche Aufklärung hat sich umso mehr aufgedrängt, als die in den Fällen 16 bis 20 verkauften Mengen nur einen Bruchteil der im Fall 25 der Urteilsgründe im Rahmen der Durchsuchung einer angemieteten Garage des Angeklagten sichergestellten Menge von 13,750 Kilogramm Marihuana ausmachten. Im Übrigen hat das Landgericht (UA S. 7) nur hinsichtlich der Taten 1 bis 15 der Urteilsgründe festgestellt, dass hier neue Lieferungen jeweils erst erfolgten, nachdem die Betäubungsmittel aus früheren Lieferungen vollständig verkauft worden waren. Zu den Taten im Fall 16 bis 20 der Urteilsgründe wurden solche Feststellungen nicht getroffen. Auch zur Bezahlung der jeweiligen Drogenlieferungen verhalten sich die Urteilsgründe nicht. Dem Revisionsgericht ist deshalb die Prüfung verschlossen, ob aufgrund von Überschneidungen von Lieferung und Bezahlung Tateinheit gegeben sein könnte.

6 cc) Die bisherigen Feststellungen zu den einzelnen Verkaufsvorgängen konnten aber bestehen bleiben (§ 353 Abs. 2 StPO), da sie vom aufgezeigten Rechtsfehler nicht tangiert sind. Der neue Tatrichter kann insoweit ergänzende Feststellungen treffen, soweit sie mit den bisherigen nicht in Widerspruch stehen.

7 b) Im Fall 21 der Urteilsgründe ist das Landgericht rechtsfehlerhaft von einer mittäterschaftlich begangenen unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in Tateinheit mit unerlaubtem Handeltreiben von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge ausgegangen.

8 aa) Der Tatbestand der unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln erfordert zwar keinen eigenhändigen Transport der Betäubungsmittel über die Grenze, so dass Mittäter nach § 25 Abs. 2 StGB grundsätzlich auch ein Beteiligter sein kann, der das Rauschgift nicht selbst in das Inland verbringt. Es müssen aber die Voraussetzungen für ein täterschaftliches Handeln nach den Grundsätzen des allgemeinen Strafrechts vorliegen. Hierzu ist eine wertende Gesamtbeurteilung erforderlich (BGH, Beschlüsse vom 20. September 2018 – 1 StR 316/18 Rn. 4; vom 31. März 2015 – 3 StR 630/14 Rn. 5 und vom 2. Juni 2015 – 4 StR 144/15 Rn. 5, BGHR BtMG § 30 Abs. 1 Nr. 4 Einfuhr 3). Von besonderer Bedeutung sind dabei der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Einfluss bei der Vorbereitung der Tat und der Tatplanung, der Umfang der Tatbeteiligung und die Teilhabe an der Tatherrschaft oder jedenfalls der Wille dazu, sodass die Durchführung und der Ausgang der Tat maßgeblich auch von dem Willen des Betreffenden abhängen. Entscheidender Bezugspunkt ist dabei der Einfuhrvorgang selbst (vgl. BGH, Beschlüsse vom 20. September 2018 – 1 StR 316/18 Rn. 4 und vom 8. September 2016 – 1 StR 232/16 Rn. 14). Das bloße Interesse an dessen Gelingen genügt nicht, wenn der Betreffende keine

Tatherrschaft oder zumindest Tatherrschaftswillen hat (statt vieler: BGH, Beschlüsse vom 20. September 2018 – 1 StR 316/18 Rn. 4; vom 30. Juni 2016 – 3 StR 221/16 Rn. 4 und vom 2. Juni 2016 – 1 StR 161/16 Rn. 4).

9 bb) Entsprechend diesen Grundsätzen kann der Schuldspruch des Angeklagten wegen mittäterschaftlicher Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge im Fall 21 der Urteilsgründe keinen Bestand haben.

10 Nach den Feststellungen des Landgerichts (UA S. 13) bat der Angeklagte den mit ihm bereits seit mehr als zehn Jahren gut befreundeten anderweitig Verfolgten S. , das vom Mitangeklagten W. in den Niederlanden zum Preis von 30.000 Euro organisierte Kokain in einer Menge von 500 Gramm gegen einen Kurierlohn von 1.500 Euro abzuholen. Um das Risiko einer Entdeckung bzw. Ergreifung zu minimieren, sollte der Grenzübertritt durch S. mit einem hochmotorisierten Motorrad erfolgen, das dieser mit einem angemieteten Anhänger bis kurz vor die niederländische Grenze transportierte. Als das Motorrad beim Abladen abstürzte und stark beschädigt war, forderte der Angeklagte den anderweitig Verfolgten S. mehrfach dazu auf, die Beschaffungsfahrt mit dem beschädigten Motorrad fortzusetzen. Damit hatte der Angeklagte zwar maßgeblichen Einfluss auf die Planung der konkreten Einfuhrhandlung und wirkte auf den anderweitig Verfolgten S. auch bestärkend dahingehend ein, den Vorgang trotz der Komplikationen mit dem Motorrad durchzuführen. Am eigentlichen Einfuhrvorgang war er aber nicht selbst beteiligt; dieser war vielmehr ausschließlich vom Willen des anderweitig Verfolgten S. abhängig. Entgegen den Wertungen des Landgerichts genügt das maßgebliche Interesse des Angeklagten an der Verbringung der Drogen nach Deutschland aber für die Annahme einer mittäterschaftlichen Begehung der Einfuhr nicht.

- 11 cc) Diese Feststellungen des Landgerichts begründen aber eine Strafbarkeit des Angeklagten wegen Anstiftung zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge. Der Angeklagte hat durch sein Verhalten den anderweitig Verfolgten S. zum eigentlichen Einfuhrvorgang bestimmt und während der Tatbegehung weiter auf ihn eingewirkt, den geplanten Einfuhrvorgang fortzusetzen. Insoweit hat der Senat den Schuldspruch in Fall 21 der Urteilsgründe entsprechend abgeändert. § 265 StPO steht nicht entgegen, da sich der geständige Angeklagte nicht anders als geschehen hätte verteidigen können.
- 12 dd) Die Abänderung des Schuldspruchs führt zur Aufhebung des Strafausspruchs im Fall 21 trotz des an sich unveränderten Strafrahmens der Urteilsgründe. Der Senat kann nicht ausschließen, dass der geänderte Schuldspruch trotz des an sich unveränderten Strafrahmens zu einer mildereren Einzelstrafe geführt hätte, weil im Blick auf die Anstiftungshandlung die konkrete Strafzumessung unterschiedlich akzentuiert sein kann.
- 13 2. Auf Grund der Aufhebung der Schuldsprüche in den Fällen 16 bis 20 der Urteilsgründe mit den zugehörigen Strafaussprüchen sowie der Aufhebung des Strafausspruchs im Fall 21 der Urteilsgründe hat auch der Gesamtstrafenausspruch keinen Bestand.
- 14 3. Auch die Einziehungsentscheidung des Landgerichts ist rechtsfehlerhaft und kann deshalb keinen Bestand haben.
- 15 a) Das Landgericht hat (UA S. 45) hinsichtlich des Angeklagten L. aus allen Einzeltaten die Einziehung des Wertes von Taterträgen „hinsichtlich ihrer Umsätze“ aus den Taten 1 bis 23 in Höhe von 113.400 Euro angeordnet (§ 73 Abs. 1, § 73c Satz 1 StGB). Die vom Landgericht errechnete Gesamtsumme der vom Angeklagten erzielten Taterträge aus dem Verkauf von Drogen stützt sich

