



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

5 StR 102/23

vom

12. Oktober 2023

in der Strafsache

gegen

1.

2.

wegen Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer
Menge u.a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 12. Oktober 2023, an der teilgenommen haben:

Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof Cirener,

Richter am Bundesgerichtshof Gericke,

Richter am Bundesgerichtshof Köhler,

Richterin am Bundesgerichtshof Resch,

Richter am Bundesgerichtshof von Häfen,

Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof

als Vertreter des Generalbundesanwalts,

Rechtsanwalt Ka.

als Verteidiger des Angeklagten M. ,

Rechtsanwalt N.

als Verteidiger des Angeklagten K. ,

Justizhauptsekretärin

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 28. Oktober 2022
 - a) soweit es den Angeklagten K. betrifft, aufgehoben;
 - b) soweit es den Angeklagten M. betrifft,
 - aa) im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte der Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge schuldig ist und
 - bb) aufgehoben im Strafausspruch sowie im Ausspruch über die Einziehung des Kokains.
2. Die weitergehenden Revisionen der Staatsanwaltschaft werden verworfen.
3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

4. Die Revision des Angeklagten K. wird verworfen.

Der Angeklagte hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

- Von Rechts wegen -

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten M. wegen Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten verurteilt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Den Angeklagten K. hat es wegen Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Darüber hinaus hat es Einziehungsentscheidungen getroffen. Die zuungunsten der Angeklagten erhobenen, auf die Sachrüge gestützten und vom Generalbundesanwalt vertretenen Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft haben überwiegend Erfolg. Die mit der Sachrüge geführte Revision des Angeklagten K. ist unbegründet.

2 1. Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

3 Die beiden Mitangeklagten unterstützten am selben Tag, ohne dass sie
insoweit zusammenwirkten, den Betäubungsmittelhandel eines Dritten.

4 a) Im Fall II.1 der Urteilsgründe übernahm der Angeklagte M. im
Auftrag eines unbekannt gebliebenen Dritten gegen Zahlung eines Tatlohns von
200 Euro den Transport von knapp fünf Kilogramm Marihuana mit einer Wirk-
stoffmenge von etwas über 700 Gramm Tetrahydrocannabinol (14,5 %). Die Be-
täubungsmittel wurden ihm an einer vorgegebenen Wohnanschrift am 8. Fe-
bruar 2022 gegen Mittag in einer Tasche übergeben. Der Angeklagte M.
lud die Tasche in den Kofferraum eines ihm für diesen Zweck zur Verfügung ge-
stellten Pkw Audi. Auf der Fahrt zum ihm bestimmten Ablieferungsort wurde er
etwa eine Stunde später von der Polizei vorläufig festgenommen, weil diese den
Pkw (wegen nicht verfahrensgegenständlicher Straftaten) observiert hatte. Im
Fahrzeug befanden sich neben dem sichergestellten Marihuana 10 Euro Bargeld
und eine geringe Menge Kokain.

5 Mit seiner Kuriertätigkeit förderte der Angeklagte M. vorsätzlich
den Betäubungsmittelhandel des unbekanntem Dritten, wobei ihm bewusst war,
dass dieser mit Marihuana im Kilogramm Bereich handelte. Die genaue Menge
und der Wirkstoffgehalt waren ihm jedenfalls gleichgültig.

6 b) Im Fall II.2 der Urteilsgründe bot ein unbekannter Dritter dem Angeklag-
ten K. eine Beteiligung am Betäubungsmittelhandel an. Zudem stellte jener
ihm einen Schlafplatz in derselben Wohnung zur Verfügung, aus der im Fall II.1
der Angeklagte M. die Betäubungsmittel abholte. Auch dem Angeklagten

K. wurde ein Pkw zur Unterstützung des Betäubungsmittelhandels überlassen. Am frühen Nachmittag des 8. Februar 2022 erhielt er einen Anruf des unbekanntes Dritten, der in der Annahme der Entdeckung seiner Betäubungsmittelgeschäfte den Angeklagten K. aufforderte, im Schlafzimmer der Wohnung lagerndes Marihuana und dort aufbewahrtes Bargeld ebenso wie die persönlichen Sachen des Angeklagten umgehend wegzuschaffen. Das Bargeld stammte, wie der Angeklagte wusste, aus vorangegangenen Betäubungsmittelgeschäften des Dritten. Der Angeklagte K. nahm zwei Taschen, in denen sich insgesamt mehr als 18 Kilogramm Marihuana mit einer Wirkstoffmenge von fast zweieinhalb Kilogramm Tetrahydrocannabinol (13,4 % bis 14,1 %) befanden, als auch das vorhandene Bargeld in Scheinen in Höhe von insgesamt 97.470 Euro sowie zusätzliches Münzgeld in Höhe von 622,81 Euro an sich. Er wusste, dass die Taschen mehrere Kilogramm Marihuana enthielten; die konkrete Menge und der Wirkstoffgehalt waren ihm jedenfalls gleichgültig. Die Geldscheine verbarg er zunächst unter seiner Kleidung; das Münzgeld versteckte er in Koffern und Taschen mit persönlichen Gegenständen. Anschließend holte er den ihm überlassenen Pkw, in dem er die Geldscheine an unterschiedlichen Stellen versteckte. Danach lud er, teilweise unterstützt von dem inzwischen rechtskräftig verurteilten Mitangeklagten Ne., die Taschen mit dem Marihuana und persönliche Gepäckstücke ins Auto. Nach kurzer Fahrt parkte der Angeklagte K. und hielt sich gemeinsam mit Ne. in der näheren Umgebung des Fahrzeugs auf, um auf Anweisungen des unbekanntes Dritten zu warten. Etwa 50 Minuten später wurden beide von der Polizei, die sie observiert hatte, vorläufig festgenommen. Neben dem im Fahrzeug deponierten Rauschgift und Bargeld stellten die Polizeibeamten in der Jackentasche des Angeklagten K. befindliches Bargeld unterschiedlicher Währung sicher.

7 2. Das Landgericht hat die Handlungen der Angeklagten M. und K. rechtlich jeweils als Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gewertet. Es hat die Einziehung der anlässlich ihrer Festnahmen sichergestellten Gegenstände – insbesondere Rauschgift und im Fall 2 zusätzlich Bargeld – angeordnet. Davon ausgenommen hat es 2.525 Euro, die in der Jackentasche des Angeklagten K. gefunden wurden. Insoweit hat es zu dessen Gunsten angenommen, dass das Geld aus legalen Einnahmequellen stammte und dem Angeklagten zustand.

A.

8 Die unbeschränkt zulasten der Angeklagten eingelegten Revisionen der Staatsanwaltschaft haben weitgehend Erfolg.

I.

9 Die Revisionen der Staatsanwaltschaft sind unbeschränkt erhoben. Insbesondere erfassen sie auch die getroffenen Feststellungen. Hinsichtlich des Angriffsziels einer Revision ist die Rechtsmittelbegründung maßgeblich (BGH, Urteile vom 14. April 2022 – 5 StR 313/21, NStZ-RR 2022, 201; vom 13. April 2022 – 2 StR 310/21). Nach deren Inhalt hat die Staatsanwaltschaft das Urteil „seinem ganzen Inhalt nach“ angefochten. Dieses (unbeschränkte) Angriffsziel hat sie am Schluss der Revisionsbegründung noch einmal ausdrücklich hervorgehoben und die Aufhebung des Urteils im Schuld- und Rechtsfolgenausspruch mit den „zugehörigen tatsächlichen Feststellungen“ beantragt.

II.

10 Hinsichtlich des Angeklagten M. führt die Revision der Staatsanwaltschaft zur Änderung des Urteils im Schuldspruch sowie zur Aufhebung des Strafausspruchs und des Ausspruchs über die Einziehung des Kokains.

11 1. Das Landgericht hat seine Kognitionspflicht (§ 264 Abs. 1 StPO) verletzt, indem es den Angeklagten nicht wegen tateinheitlichen Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gemäß § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG verurteilt hat.

12 a) Die Kognitionspflicht gebietet, dass der durch die zugelassene Anklage abgegrenzte Prozessstoff durch vollständige Aburteilung des einheitlichen Lebensvorgangs erschöpft wird. Der Unrechtsgehalt der Tat muss ohne Rücksicht auf die dem Eröffnungsbeschluss zugrunde gelegte Bewertung ausgeschöpft werden, soweit keine rechtlichen Gründe entgegenstehen. Fehlt es daran, so ist dies schon auf die Sachrüge hin beachtlich (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urteil vom 8. Dezember 2021 – 5 StR 236/21, NStZ 2022, 409, 410 mwN). So verhält es sich hier. Denn das Landgericht hat nicht bedacht, dass der Angeklagte nicht nur den Betäubungsmittelhandel des unbekanntes Dritten durch seinen Tatbeitrag unterstützte, sondern zugleich als Täter Besitz an Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge ausübte (§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG).

13 b) Der Angeklagte nahm das in einer Tasche verpackte Marihuana entgegen, verlad dieses in den ihm dafür überlassenen Pkw und transportierte es mit dem Ziel der Übergabe an einem ihm bestimmten Ort. Diese Tatsachen begründen – auch mit Blick auf die Dauer der Verfügungsgewalt von über einer Stun-

de – das erforderliche, von Besitzwillen getragene tatsächliche Herrschaftsverhältnis (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 5. Juli 2023 – 5 StR 17/23, NStZ-RR 2023, 282; zur zeitlichen Komponente als Indiz vgl. BGH, Beschluss vom 25. September 2018 – 3 StR 113/18, NStZ 2020, 41 f., jeweils mwN). Ein Handeln unter polizeilicher Observation steht der Annahme von Verfügungsgewalt nicht entgegen (vgl. BGH, Urteil vom 15. April 2008 – 4 StR 651/07, NStZ-RR 2008, 212).

14 2. Da die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen eine tateinheitliche Verurteilung wegen Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge tragen, ändert der Senat den Schuldspruch in entsprechender Anwendung von § 354 Abs. 1 StPO. Die Vorschrift des § 265 StPO steht nicht entgegen, weil der Angeklagte M. wegen täterschaftlichen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge angeklagt worden und hinsichtlich des Besitzes der Betäubungsmittel geständig war.

15 3. Die Änderung des Schuldspruchs bedingt die Aufhebung des Strafausspruchs. Es ist nicht auszuschließen, dass die Strafkammer vom Strafraumen des § 29a Abs. 1 BtMG ausgegangen und zu einer höheren Freiheitsstrafe gelangt wäre.

16 Im Hinblick auf die Kenntnis des Angeklagten vom in der Mittelkonsole des Pkw Audi aufbewahrten Kokain wird das neue Tatgericht ergänzende Feststellungen zu treffen haben. Der Schuldspruch bleibt hiervon unberührt. Auswirkungen können sich auf den Schuldumfang und damit auf die Strafhöhe ergeben.

17 4. Ferner erweist sich die Anordnung über die Einziehung des im Pkw Audi
aufgefundenen Kokains als rechtsfehlerhaft.

18 Das Landgericht hat nicht bedacht, dass dessen Einziehung nach § 74b
Abs. 1 StGB, § 33 Satz 1 BtMG einen Zusammenhang zum abgeurteilten Betäu-
bungsmitteldelikt voraussetzt; ein solcher ist nicht festgestellt. Gefährliche Ge-
genstände, die im Zuge der Ermittlungen entdeckt werden, aber keinen Bezug
zur Anlasstat haben, unterliegen nicht ohne Weiteres der Sicherungseinziehung
(vgl. BGH, Beschlüsse vom 2. November 2021 – 3 StR 324/21; vom 2. Juni 2022
– 2 StR 543/21; vom 23. September 2022 – 3 StR 228/22, NStZ 2023, 487 mwN).

19 5. In dem aufgezeigten Umfang bedarf die Sache neuer Verhandlung und
Entscheidung. Die getroffenen Feststellungen sind rechtsfehlerfrei und können
bestehen bleiben und um ihnen nicht widersprechende Feststellungen ergänzt
werden.

III.

20 Der Schuldspruch betreffend den Angeklagten K. hat keinen Bestand.

21 1. Hinsichtlich dieses Angeklagten hat das Landgericht ebenfalls seine
Kognitionspflicht (§ 264 Abs. 1 StPO) verletzt.

22 a) Es hat auch bei ihm verkannt, dass die rechtsfehlerfrei getroffenen Fest-
stellungen die Verurteilung des Angeklagten wegen Besitzes von Betäubungs-
mitteln in nicht geringer Menge tragen (§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG).

23 Der Angeklagte K. holte die mit Marihuana gefüllten Taschen aus dem Schlafzimmer der Wohnung des unbekanntes Dritten und verbrachte sie in das ihm zur Verfügung gestellte Auto, mit dem er das Rauschgift fortschaffte, um es dem befürchteten Zugriff der Ermittlungsbehörden zu entziehen. Auch wenn er anschließend auf Weisungen des Hintermannes wartete, übte er eine beträchtliche Zeit lang, nach den Feststellungen knapp eine Stunde, die alleinige Sachherrschaft über die im Pkw verstauten Betäubungsmittel aus. Er hielt sich durchgehend in deren Nähe auf und hatte somit die ungehinderte, von Dritten unabhängige Einwirkungsmöglichkeit.

24 b) Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen hätte das Landgericht zudem eine Strafbarkeit des Angeklagten wegen Begünstigung (§ 257 Abs. 1 StGB) prüfen müssen. Denn er sicherte nach Weisung seines Auftraggebers nicht nur dessen Betäubungsmittelvorräte, sondern versteckte dessen aus anderen Betäubungsmittelgeschäften herrührendes Bargeld im Fahrzeug und in seiner Kleidung. Bei dem Geld handelte es sich um „Vorteile“ des Täters aus früheren Straftaten im Sinne des § 257 Abs. 1 StGB. Die Vorschrift erfasst jeglichen Vorteil, der sich im Zusammenhang mit der Tatbegehung ergibt (vgl. BGH, Beschluss vom 3. November 2011 – 2 StR 302/11, BGHSt 57, 56, 58 f.). Hierzu zählen auch Erlöse aus Betäubungsmittelstraftaten (vgl. BGH, Urteil vom 17. Juli 1997 – 1 StR 230/97, NStZ-RR, 1997, 359; Beschluss vom 27. März 2019 – 2 StR 561/18, NJW 2019, 2182 f.). Mangels Prüfung der Strafbarkeit wegen Begünstigung hat das Landgericht rechtsfehlerhaft – aus seiner Sicht indes folgerichtig – auch keine Feststellungen zu der für die Tatbestandsverwirklichung erforderlichen Vorteilssicherungsabsicht getroffen.

25 c) Darüber hinaus hat sich das Landgericht rechtsfehlerhaft nicht mit der zusätzlich in Betracht kommenden Strafbarkeit wegen versuchter Strafvollendung (§ 258 Abs. 1 und 4, § 22 StGB) befasst (zur Abgrenzung von Vollendung vgl. BGH, Urteile vom 19. Mai 1999 – 2 StR 86/99, BGHSt 45, 97, 100; vom 21. Dezember 1994 – 2 StR 455/94; Beschlüsse vom 24. Juni 2015 – 4 StR 205/16, NJW 2016, 3110 f.; vom 8. August 2018 – 2 ARs 121/18 Rn. 12). Denn es liegt nach den Feststellungen nahe, dass die Handlung des Angeklagten auch der Verhinderung einer Maßnahme nach § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB dienen sollte (zum konkurrenzrechtlichen Verhältnis zu § 257 StGB vgl. Schönke/Schröder/Hecker, StGB, 30. Aufl., § 258 Rn. 44; LK-Walter, 13. Aufl., § 257 Rn. 106; MüKo-StGB/Cramer, 4. Aufl., § 258 Rn. 51; BeckOK StGB/Ruhmannseder, 60. Ed., § 258 Rn. 47; Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl., § 258 Rn. 20).

26 d) Schließlich hätte die Strafkammer eine Verurteilung wegen Geldwäsche in den Begehungsformen des Verbergens (§ 261 Abs. 1 Nr. 1 StGB), Verbringens (§ 261 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB) und Verwahrens (§ 261 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 4 StGB) erwägen müssen (vgl. BGH, Urteil vom 2. Juni 2021 – 3 StR 21/21). Das vom Angeklagten im Auto verstaute Bargeld stammte aus früheren Betäubungsmittelgeschäften seines Auftraggebers und stellte damit ein taugliches Geldwäscheobjekt dar (vgl. BGH, Beschluss vom 3. Mai 2023 – 3 StR 81/23; Urteil vom 17. Juli 1997 – 1 StR 230/97, NStZ-RR 1997, 359). In konkurrenzrechtlicher Hinsicht ist die Bestrafung des Angeklagten wegen Geldwäsche davon abhängig, ob das Wegschaffen und Verbergen des Bargeldes (zugleich) als eine Beihilfe für (künftige) Betäubungsmittelstraftaten des Haupttäters zu werten ist (zum Konkurrenzverhältnis der Beihilfe zu künftigen Straftaten und Geldwäsche durch ein und dieselbe Handlung vgl. MüKo-StGB/Neuheuser, 4. Aufl., § 261 Rn. 139; Joecks/Jäger/Randt/Bülte, Steuerstrafrecht, 9. Aufl., § 261

Rn. 248 f.; Herzog/El-Ghazi, Geldwäschegesetz, 5. Aufl., 2023, § 261 StGB Rn. 210; NK-WSS/Tilman Reichling, 2. Aufl., StGB § 261 Rn. 82; BGH, Urteile vom 17. Juli 1997 – 1 StR 791/96, BGHSt 43, 158, 164, NJW 1997, 3323, 3325; vom 20. September 2000 – 5 StR 252/00, NJW 2000, 3725 f.; BGH, Beschluss vom 27. März 2019 – 2 StR 561/18, NJW 2019, 2182 f. [jeweils zu § 261 StGB aF]). Das Landgericht hat die Frage einer Geldwäschehandlung des Angeklagten nicht in den Blick genommen und sich nicht dazu verhalten, ob es seine Tatbeiträge bezogen auf das Bargeld als Teil seiner Beihilfehandlung betrachtet hat. Die Formulierung im Urteil, wonach sich der Tatbeitrag des Angeklagten „letztlich nur auf das Wegschaffen des Marihuanas und des Bargeldes [...] und das Verladen in den VW Passat beschränkte“ (UA S. 24), könnte so zu verstehen sein. Für die Annahme einer (psychischen) Beihilfe fehlen aber konkretisierende Feststellungen (vgl. BGH, Urteil vom 7. November 2018 – 2 StR 361/18 Rn. 14; Beschluss vom 23. September 2021 – 3 StR 285/21, NStZ 2022, 368).

27 2. Die aufgrund der aufgezeigten Rechtsfehler notwendige Aufhebung des Schuldspruchs hat auch die Aufhebung des für sich gesehen rechtsfehlerfreien Schuldspruchs wegen Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zur Folge. Die bisherigen Feststellungen sind nicht betroffen und können bestehen bleiben.

28 3. Mit der Aufhebung des Schuldspruchs entfällt auch der Ausspruch über die Einziehung.

29 a) Das neue Tatgericht wird zu beachten haben, dass die Einziehung des sichergestellten Bargeldes als Erlös vorangegangener Betäubungsmittelstraftaten eines Dritten nicht auf § 73a Abs. 1 StGB gestützt werden kann. Nach der Vorschrift müssen die Gegenstände von dem Tatbeteiligten, gegen den sich der

Einziehungsausspruch richtet, für eine oder durch eine „andere“ rechtswidrige Tat erlangt worden sein (LK-StGB/Lohse, 13. Aufl., § 73a Rn. 40 f.; MüKo-StGB/Joecks/Meißner, 4. Aufl., § 73a Rn. 24 f.). Das ist hier nicht festgestellt.

30 Vielmehr kommt eine obligatorische Einziehung des Bargeldes nach § 73 Abs. 1 StGB in Betracht. Der Angeklagte könnte dieses unmittelbar durch die Taten der Begünstigung, Geldwäsche (§ 261 Abs. 10 StGB) oder Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge im Sinne des § 73 StGB erlangt haben. Er hatte fast eine Stunde lang ungehinderten Zugriff auf das Geld und damit tatsächliche Verfügungsgewalt im Sinne der Vorschrift (zur Abgrenzung faktischer Verfügungsgewalt vom bloßen transitorischen Besitz vgl. BGH, Urteile vom 1. Juni 2022 – 1 StR 421/21; NStZ-RR 2022, 339 f.; vom 9. Oktober 2019 – 1 StR 170/19).

31 b) Das Urteil bietet Anlass zu dem Hinweis des Senats, dass aus Gründen der Klarheit bei der Anordnung der Einziehung einer Vielzahl von Gegenständen gegen mehrere Angeklagte, so wie hier, sich eine eindeutige Zuordnung aus dem Tenor ergeben sollte.

B.

32 Die Revision des Angeklagten K. ist unbegründet. Die auf die Sachrüge veranlasste Überprüfung des Urteils hat keine durchgreifenden, den Angeklagten beschwerenden Rechtsfehler ergeben.

Cirener

Gericke

Köhler

Resch

von Häfen

Vorinstanz:

Landgericht Hamburg, 28.10.2022 - 622 KLS 10/22 6103 Js 170/22