



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

3 StR 28/04

vom

22. April 2004

in der Strafsache

gegen

alias:

wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge u. a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 22. April 2004, an der teilgenommen haben:

Richter am Bundesgerichtshof

Winkler

als Vorsitzender,

die Richter am Bundesgerichtshof

Pfister,

von Lienen,

Becker,

Hubert

als beisitzende Richter,

Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof in der Verhandlung,

Staatsanwalt bei der Verkündung

als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt

als Verteidiger,

Justizangestellte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Hannover vom 18. August 2003 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.

Von Rechts wegen

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 16 Fällen, wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln und wegen Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 15 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und drei Monaten verurteilt. Mit ihrer - zum Nachteil des Angeklagten eingelegten - Revision rügt die Staatsanwaltschaft die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Sie beanstandet namentlich, das Landgericht habe nicht geprüft, ob der Angeklagte wegen bandenmäßigen Betäubungsmittelhandels zu verurteilen sei, die verhängten Einzelstrafen sowie die Gesamtstrafe seien in rechtsfehlerhafter Weise zu milde bemessen worden und das Landgericht habe es unzutreffend abgelehnt, hinsichtlich der Erlöse aus Betäubungsmittelgeschäften den Verfall von Wertersatz anzuordnen.

Das Rechtsmittel hat mit der Sachrüge in vollem Umfang Erfolg. Einer Erörterung der verfahrensrechtlichen Beanstandungen bedarf es daher nicht.

1. Die fragmentarischen Urteilsfeststellungen erlauben dem Senat nicht die Prüfung, ob das Landgericht rechtsfehlerfrei davon abgesehen hat, den Angeklagten des bandenmäßigen Betäubungsmittelhandels (§ 30 Abs. 1 Nr. 1, § 30 a Abs. 1 BtMG) bzw. der Beihilfe hierzu (§ 27 StGB) schuldig zu sprechen.

a) Danach hatte der Angeklagte zunächst den anderweitig verfolgten B. begleitet, als dieser im Zeitraum August bis Mitte November 2002 an 15 kurz aufeinander folgenden Tagen den gesondert verfolgten Ba. und Be. jeweils 20 g Kokain zum gewinnbringenden Weiterverkauf übergab. Seine Anwesenheit diente dem Zweck, B. abzusichern und sich darauf vorzubereiten, bei späterer Abwesenheit B. s die Kokainlieferungen zu übernehmen. Als sich B. im Ausland aufhielt, übergab dementsprechend der Angeklagte selbst von Mitte November bis 2. Dezember 2002 an fünf Tagen jeweils 20 g Kokain an Ba. und Be. . In neun weiteren Fällen lieferte der Angeklagte zwischen dem 5. und 23. Dezember 2002 je 20 g Kokain an Ba. und in einem weiteren Fall eine nicht mehr feststellbare Menge Kokain an den anderweitig verfolgten C. . Das Kokain war stets zum Weiterverkauf bestimmt bzw. in einem Fall von Ba. "für eine Party benötigt(e)". Es wies jeweils einen Wirkstoffgehalt von 30 % auf.

Am 27./28. Dezember 2002 organisierte der Angeklagte im Auftrag B. s die Beschaffung von 998,7 g Kokain (Wirkstoffgehalt 90,5 %) in Rotterdam und deren Transport nach Hannover. Er weihte den gesondert verfolgten I. in den Tatplan ein, warb Ba. und Be. als Kuriere an, übergab I. das Kaufgeld von 26.200 € für den Erwerb des Betäubungsmittels, erteilte Anweisungen für die Abwicklung des Geschäfts sowie des Transports und überwach-

te die anschließende Kurierfahrt nach Deutschland durch Kontrollanrufe. Letztlich lagerte der Angeklagte in zwei von ihm genutzten Wohnungen 45,28 g (Wirkstoffgehalt 73,1 %) bzw. 5,19 g (Wirkstoffgehalt 75,4 %) Kokain, die bereits zum gewinnbringenden Weiterverkauf portioniert waren. Außerdem verwahrte er in einer der Wohnungen 6.400 €, die bei vorangegangenen Kokaingeschäften Erlöst worden waren.

b) Diese Feststellungen deuten darauf hin, daß sich zumindest der Angeklagte, B. , Ba. und Be. mit dem Willen zusammengeschlossen haben könnten, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im einzelnen noch ungewisse Taten des Betäubungsmittelhandels zu begehen (vgl. BGHSt 46, 321, 325). Das Landgericht hätte daher die naheliegende Möglichkeit prüfen müssen, ob sich der Angeklagte des mehrfachen bandenmäßigen Betäubungsmittelhandels (in nicht geringer Menge) bzw. - so nicht auch bei den Taten 1 bis 15 tatsächlich Täterschaft des Angeklagten vorliegt - der Beihilfe hierzu schuldig gemacht hat (vgl. BGHSt 47, 214; BGHR BtMG § 30 a Bande 10).

Für das Vorliegen von Bandenhandel ist hier insbesondere maßgeblich, ob Ba. und Be. in die Absatzorganisation B. s und des Angeklagten auf untergeordneter Ebene eingebunden waren oder ob sie diesen allein als Betäubungsmittelkäufer auf der Abnehmerseite gegenüberstanden. Dies beurteilt sich wesentlich danach, ob Ba. und Be. die einzelnen Kokainlieferungen unmittelbar bezahlten und anschließend deren weiteren Absatz auf eigene Rechnung, auf eigenes Risiko und zum eigenen Gewinn selbständig abwickelten, oder ob B. und der Angeklagte am weiteren Risiko und am Gewinn des weiteren Absatzes partizipierten, etwa weil erst die Erlöse aus den Weiterverkäufen - ggf. nach Abzug einer Entlohnung Ba. s und Be. s - an

B. und den Angeklagten abgeführt wurden (vgl. BGHSt 42, 255, 257 ff.; allerdings noch unter Anknüpfung an ein Tätigwerden im übergeordneten Bandeninteresse und an die Verwirklichung eines festen Bandenwillens und damit an Merkmale, die nach neuerer Rechtsprechung - BGHSt 46, 321 - nicht mehr konstituierend für den Begriff der Bande sind).

Zu den Geldflüssen im Rahmen der abgeurteilten Betäubungsmittelgeschäfte verhält sich das angefochtene Urteil (abgesehen von Tat 31) indessen nicht. Daß hierzu Feststellungen nicht möglich waren und das Absehen von einer Verurteilung des Angeklagten wegen bandenmäßigen Betäubungsmittelhandels daher letztlich auf einer Anwendung des Zweifelssatzes beruht, läßt sich dem Urteil ebenfalls nicht entnehmen. Dies liegt im Hinblick auf das "unumwundene Geständnis" des Angeklagten und den Umfang der weiteren Beweisaufnahme - deren näheres Ergebnis in den Urteilsgründen allerdings weitgehend verschwiegen wird - auch eher fern. Die Sache bedarf daher insgesamt neuer Verhandlung und Entscheidung.

2. Da bereits der aufgezeigte Rechtsfehler zur umfassenden Aufhebung des angefochtenen Urteils führt, weist der Senat für das weitere Verfahren lediglich ergänzend auf folgendes hin:

a) Der Schuldspruch zu Tat 31 lediglich wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge hätte auch deswegen keinen Bestand haben können, weil sich der Angeklagte an der Betäubungsmittelleinfuhr (§ 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG) nach den Feststellungen - naheliegend - als Mittäter, zumindest aber als Anstifter oder Gehilfe beteiligt hat.

b) Der Angeklagte und B. übergaben Ba. und Be. in kurzen zeitlichen Abständen je 20 g Kokain. Es liegt nach den Gesamtumständen eher

fern, daß sie diese kleineren Einzelmengen zuvor jeweils gesondert erworben hatten. Vielmehr deutet die Menge des aus den Niederlanden eingeführten (Tat 31) und des vom Angeklagten vorrätig gehaltenen (Tat 32) Kokains darauf hin, daß mehrere Lieferungen an Ba. und Be. aus jeweils größeren Erwerbsmengen des Angeklagten bzw. B. s stammten. Es wird daher - unter Beachtung des Zweifelssatzes - zu prüfen sein, inwieweit Einzellieferungen an Ba. und Be. aufgrund ihrer Herkunft aus einer einheitlichen Erwerbsmenge rechtlich zu einer Bewertungseinheit zusammenzufassen sind (vgl. BGH NJW 2002, 1810).

c) Zur hier rechtlich bedenklichen strafmildernden Berücksichtigung der Untersuchungshaft, drohender Ausweisung oder Abschiebung und besonderer Härten des Strafvollzugs für den Angeklagten als Ausländer wird auf die zutreffenden Ausführungen des Generalbundesanwalts in seiner Antragschrift vom 27. Januar 2004 verwiesen.

d) Bei der erneuten Entscheidung über die Anordnung des Verfalls (§ 73 StGB), des Wertersatzverfalls (§ 73 a StGB) oder des erweiterten Verfalls (§ 33 Abs. 1 BtMG, § 73 d StGB) wird zunächst zu berücksichtigen sein, daß in der Wohnung des Angeklagten 6.400 € gefunden wurden, die nach den bisherigen Feststellungen aus vorangegangenen Betäubungsmittelgeschäften stammten. Es lagen damit insoweit zumindest die Voraussetzungen des erweiterten Verfalls vor. Warum dieser nicht angeordnet wurde, läßt sich dem angefochtenen Urteil nicht entnehmen. Bezüglich - im einzelnen festzustellender - weiterer Erlöse aus Betäubungsmittelgeschäften hindert allein der Umstand, daß sie wertmäßig nicht mehr im Vermögen des Angeklagten vorhanden sind, nicht die Anordnung von Wertersatzverfall. Dies kann es allenfalls rechtfertigen, von der Härteregelung des § 73 c Abs. 1 Satz 2 StGB Gebrauch zu machen. Hierbei

handelt es sich indessen um eine Ermessensvorschrift, deren Anwendung näherer Begründung bedarf. Eine solche läßt sich dem angefochtenen Urteil nicht entnehmen.

e) Die seitenweise Wiedergabe von Protokollen abgehörter Telefongespräche vermag eine eigenständige Beweiswürdigung des Tatrichters nicht zu ersetzen. Für deren revisionsrechtliche Prüfung sind sie ohne Belang, insbesondere wenn - wie hier - in keinem der Telefonate ein konkretes Betäubungsmittelgeschäft offen angesprochen wird. Es bedarf vielmehr der Darlegung des Tatrichters, welche beweismäßigenden Schlußfolgerungen er aus dem Inhalt der Telefonate zieht.

Winkler

Pfister

von Lienen

Becker

Hubert