



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

4 StR 421/06

vom

14. Dezember 2006

in der Strafsache

gegen

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

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 14. Dezember 2006, an der teilgenommen haben:

Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof
Dr. Tepperwien,

Richter am Bundesgerichtshof
Prof. Dr. Kuckein,
Athing,

Richterin am Bundesgerichtshof
Solin-Stojanović,

Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Ernemann

als beisitzende Richter,

Staatsanwalt
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt
als Verteidiger,

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Angeklagten C. wird das Urteil des Landgerichts Essen vom 16. Mai 2006, soweit es ihn betrifft,
 - a) im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte des bandenmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge sowie der Beihilfe zum bandenmäßigen unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen schuldig ist,
 - b) im Ausspruch über die Einzelstrafen in den Fällen II. 3 und 4 der Urteilsgründe und im Gesamtstrafenausspruch mit den Feststellungen aufgehoben,
 - c) im Hinblick auf die Verfallsanordnung dahin berichtigt, dass der Verfall von Wertersatz in Höhe von 13.613,40 Euro angeordnet ist.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels des Angeklagten C. , an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
3. Die weiter gehende Revision des Angeklagten C. und die Revision der Staatsanwaltschaft gegen das vorbezeichnete Urteil werden verworfen.

4. Die Kosten des Rechtsmittels der Staatsanwaltschaft und die dem Angeklagten durch dieses Rechtsmittel entstandenen notwendigen Auslagen hat die Staatskasse zu tragen.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten C. wegen gemeinschaftlichen bandenmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt (Einzelstrafen: fünf Jahre drei Monate, fünf Jahre ein Monat und fünf Jahre zwei Monate Freiheitsstrafe) und den Verfall von Wertersatz in Höhe von 18.613,40 Euro angeordnet.
- 2 Gegen dieses Urteil wenden sich der Angeklagte und - zu seinen Ungunsten - die Staatsanwaltschaft mit ihren auf die Verletzung materiellen Rechts gestützten Revisionen.
- 3 Der Angeklagte macht geltend, die Verurteilung wegen bandenmäßigen und täterschaftlich begangenen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln sei rechtsfehlerhaft.
- 4 Die Staatsanwaltschaft wendet sich mit ihrem auf den Rechtsfolgenauspruch beschränkten und vom Generalbundesanwalt vertretenen Rechtsmittel gegen die Höhe der verhängten Strafen; diese seien zu niedrig und entfernten sich von ihrer Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein.

5 Das Rechtsmittel des Angeklagten hat in dem aus dem Urteilstenor ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen ist es unbegründet. Die Revision der Staatsanwaltschaft hat keinen Erfolg.

I.

6 Das Landgericht hat folgende Feststellungen getroffen:

7 Der Mitangeklagte J. gehörte einer in ganz Europa tätigen Organisation von Rauschgifthändlern an. Ihm kam die Aufgabe zu, mit anderen Bandenmitgliedern - u.a. dem anderweitig verfolgten Co. und dem Angeklagten - für den Transport, die Zwischenlagerung und die Verteilung der Drogen zu sorgen. Dabei kam es zu folgenden Taten, an denen der Angeklagte C. beteiligt war:

8 1. J. erwartete Mitte 2001 eine größere Lieferung Haschisch aus Marokko, die nach Spanien eingeführt werden sollte. Um das Rauschgift von dort aus zu seinem "Bestimmungsort" Großbritannien zu verbringen, sollten in Spanien und England Im- und Exportfirmen gegründet werden. J. bat deshalb den anderweitig verfolgten Co. , in Malaga (Spanien) über einen Strohmännchen eine solche Firma gründen zu lassen. Zur Durchführung des Plans sollte eine Lagerhalle angemietet werden, in der das Rauschgift umgeladen werden konnte. Co. teilte dem in Deutschland ansässigen Angeklagten C. , von dem er wusste, dass dieser fließend Spanisch sprach und sich außerdem in finanziellen Schwierigkeiten befand, den Tatplan mit und gewann ihn - im Einverständnis mit J. - für das Vorhaben. Mit Hilfe eines Rechtsanwalts wurden sodann in Malaga auf den Namen des Angeklagten ein Appartement und eine Lagerhalle angemietet sowie eine Im- und Exportfirma gegründet. Au-

ßerdem wurden auf seinen Namen Bankkonten eingerichtet. Eine gleiche Firma wurde - von Anderen - in England gegründet.

- 9 Als im Sommer 2001 die erwarteten drei Tonnen Haschisch per Schiff aus Marokko angeliefert worden waren, wurden sie auf Anweisung des J. in die Lagerhalle nach Malaga verbracht. Dort wurde das Rauschgift vom Angeklagten und dem weiteren Bandenmitglied S. mit Schuhen in Kartons verpackt. Das in die "Legalware" verpackte Haschisch wurde sodann mit Hilfe eines vom Angeklagten beauftragten Speditionsunternehmens in mehreren Transporten nach England verbracht. Der letzte Transport - 539 kg Haschisch mit einem Wirkstoffgehalt von 3,5 % THC - wurde am 21. September 2001 in Frankreich sichergestellt.
- 10 Nachdem der Angeklagte hiervon erfahren hatte, veranlasste er nach Rücksprache mit Co. die Kündigung der Mietverträge und die Löschung der Firma. Anfang November 2001 kehrte er nach Deutschland zurück. Insgesamt hat der Angeklagte C. von J. als Entlohnung für seine Tätigkeiten 30.000 niederländische Gulden (= 13.613,40 Euro) erhalten (Fall II. 2 der Urteilsgründe).
- 11 2. Als Ende des Jahres 2001 für den Mitangeklagten J. eine weitere Haschischlieferung von mindestens 950 kg in Spanien angekommen war, sollte diese über eine Keramikfabrik in Portugal durch Speditionen nach Großbritannien verbracht werden. Zu diesem Zweck wurden in Spanien zwei Fahrzeuge, beladen mit jeweils mindestens 300 kg Haschisch, nach Portugal gefahren. Eines der Fahrzeuge fuhr - in Begleitung eines ebenfalls in die Tat einbezogenen Mitfahrers - der Angeklagte. Insgesamt waren an dem Transport drei Fahrzeuge beteiligt. In der Keramikfabrik wurde das Rauschgift anschließend entladen, mit

Hilfe einer Vakuumaschine geruchssicher verpackt und später nach Großbritannien gebracht. Ein weiterer Transport nach Portugal - mit den restlichen ca. 350 kg Haschisch - erfolgte Mitte des Jahres 2002 durch den Angeklagten, der das Rauschgift mit einem Anderen zuvor neu verpackt hatte. J. und Co. unterstützten sie dabei. Auf der Fahrt wurde der Angeklagte von Co. und dessen Tochter begleitet. Auch dieses Haschisch war für den Weitertransport nach Großbritannien bestimmt. Dem Angeklagten war für seine Tätigkeit eine Entlohnung versprochen worden; ob er sie erhalten hat, ist nicht festgestellt (Fall II. 3 der Urteilsgründe).

12 3. Im Juni 2002 erwartete J. sechs Tonnen Haschisch, die mit einem Schiff in eine portugiesische Hafenstadt geliefert werden sollten. Von dort aus sollte das Rauschgift in kleineren Mengen zu einer nördlich von Lissabon gelegenen Tonfabrik transportiert, dort in Tonprodukte eingearbeitet und dann in die Beneluxstaaten und nach England geschmuggelt werden. Nachdem 800 kg Haschisch so "verarbeitet" und nach Großbritannien gebracht worden waren, sollte eine weitere Tonne des Rauschgifts zu der Fabrik transportiert werden. Co. rief dazu den Angeklagten C. an, der von Deutschland aus nach Faro flog. Er übernahm in Lagos (Portugal) einen mit dem Rauschgift beladenen Kleintransporter und fuhr diesen zu der Fabrik, wobei er u.a. von J. und Co., die sich in einem weiteren Fahrzeug befanden, begleitet wurde. Das Haschisch wurde sodann in der Tonfabrik in den Sockeln von Tonsäulen verstaut und nach England transportiert. Ob der Angeklagte die ihm versprochenen 2.000 Euro für die Fahrt erhalten hat, konnte nicht festgestellt werden (Fall II. 4 der Urteilsgründe).

13 Revision des Angeklagten

14 1. Die Revision des Angeklagten hat zum Schuldspruch nur insoweit Erfolg als dieser in den Fällen II. 3 und 4 der Urteilsgründe der rechtlichen Überprüfung nicht standhält; in diesen Fällen liegt – anders als im Fall II. 2 – nicht Mittäterschaft, sondern nur Beihilfe vor.

15 a) Das Landgericht hat für alle abgeurteilten Fälle die Einbindung des Angeklagten C. in die Rauschgifthändler-Bande um den Mitangeklagten J. rechtsfehlerfrei festgestellt. Der Angeklagte wusste seit seinem Gespräch mit dem anderweitig verfolgten Co. , das zu der ersten Tat (II. 2 der Urteilsgründe) führte, dass es um internationalen Drogenhandel großen Stils ging und seine Sprachkenntnisse in Spanisch gefragt waren. Er lernte sodann auch weitere Bandenmitglieder kennen und wurde in die Bandenstruktur eingebunden. Den Urteilsgründen ist zu entnehmen (vgl. UA 55 f., 59, 91 ff., 106), dass diese Einbindung auf mehrere, noch ungewisse selbständige Taten und auf eine gewisse Dauer angelegt war (vgl. BGHSt 46, 321; 50, 160, 161) und - jedenfalls - zur Zeit der hier abgeurteilten Straftaten bestand. Dass die Mitgliedschaft in der Bande nicht in jedem Falle ein mittäterschaftliches Handeln bei den Bandentaten zur Folge hatte (s. unten II. 1 b) und der Angeklagte in den Fällen II. 3 und 4 der Urteilsgründe - wie die Revision ausführt - "jeweils nur ad hoc beigezogen wurde", steht der Bandenmitgliedschaft des Angeklagten nicht entgegen (vgl. BGHSt 47, 214, 216; BGH StV 2005, 666, 668; Weber, BtMG 2. Aufl. § 30 Rdn. 74).

16 b) Die Frage, ob die Beteiligung an einer Bandentat Mittäterschaft oder Beihilfe ist, beurteilt sich auch beim bandenmäßigen unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln nach den allgemeinen Grundsätzen über die Abgren-

zung zwischen diesen Beteiligungsformen (BGH NStZ 2002, 375, 377). Wesentliche Anhaltspunkte für die Beurteilung, ob ein Tatbeteiligter beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln Mittäter oder nur Gehilfe ist, sind insbesondere der Grad des eigenen Interesses am Erfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich auch vom Willen des Tatbeteiligten abhängen (st. Rspr., vgl. nur BGH NStZ 1999, 451, 452; 2000, 482).

17 Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze tragen die vom Landgericht getroffenen Feststellungen lediglich im Fall II. 2 die Verurteilung wegen (mit-)täterschaftlichen bandenmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge; in den Fällen II. 3 und 4 der Urteilsgründe war der Angeklagte dagegen lediglich Gehilfe.

18 aa) Im Fall II. 2 der Urteilsgründe war der Angeklagte von Anfang an unverzichtbar in die Bandentat eingebunden. Er hatte - wie er wusste - bei der von vornherein geplanten arbeitsteiligen Vorgehensweise wichtige, mit einem hohen Maß an Tatherrschaft verbundene Funktionen inne:

19 So hat er u.a. maßgeblich zu der für die Durchführung der Tat erforderlichen Gründung der Im- und Exportfirma in Malaga beigetragen, war in der auf seinen Namen angemieteten Lagerhalle während der gesamten Zeit als einflussreicher "Lagerverwalter" von insgesamt drei Tonnen Rauschgift vor Ort, versteckte gemeinsam mit einem anderen Bandenmitglied das Haschisch in Kartons mit "Legalware", beauftragte den Speditionsunternehmer und übernahm so wichtige Verteilungsaufgaben für die Bande. Im Hinblick auf den ihm gewährten finanziellen Vorteil in Höhe von insgesamt 30.000 Gulden hatte er

auch ein erhebliches eigenes Interesse an der Durchführung und dem Gelingen der Drogentransporte.

20 bb) Ähnlich wichtige Funktionen hatte der Angeklagte in den Fällen II. 3 und 4 der Urteilsgründe jedoch nicht:

21 Im Fall II. 3 wirkte er nur beim Verpacken des Rauschgifts und beim Transport mit; im Fall II. 4 war er - ähnlich wie ein Kurier, ohne allerdings Verfügungsmacht über das Haschisch zu haben - lediglich bei einem der Transporte beteiligt. Ob er die ihm versprochenen, eher geringen Entlohnungen (im Fall II. 4: 2.000 €) überhaupt erhalten hat, konnte nicht festgestellt werden.

22 Insgesamt rechtfertigen die nur untergeordneten Hilfsdienste des Angeklagten in den Fällen II. 3 und 4 der Urteilsgründe lediglich eine Verurteilung wegen Beihilfe zum bandenmäßigen unerlaubten Handelreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (vgl. BGHSt 50, 252, 266 f.; BGH NSTZ 2006, 454, 455; Winkler NSTZ 2006, 328 m.w.N.).

23 cc) Der Senat ändert den Schuldspruch entsprechend ab. § 265 StPO steht dem nicht entgegen; denn der Angeklagte hätte sich gegen den geänderten Schuldspruch nicht wirksamer als bisher verteidigen können.

24 Soweit sich die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts aus § 6 Nr. 5 StGB ergibt (UA 88), gilt dies auch für im Ausland begangene Beihilfehandlungen zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln, sofern sich diese – wie hier – auf den unbefugten Vertrieb von Betäubungsmitteln beziehen (vgl. BGHSt 34, 1, 2 [Betäubungsmittel vertreibt i.S.d § 6 Nr. 5 StGB, wer allein oder durch seine Mitwirkung ihren in der Regel entgeltlichen Absatz an andere fördert]; BGH, Urteil vom 3. August 2005 – 2 StR 360/04; BGHSt 46, 292, 294 ff. [zu § 6 Nr. 9 StGB]; vgl. auch BGHR StGB § 6 Nr. 1 Völkermord 1; Gribbohm in LK 11. Aufl. Vor § 3 Rdn. 203, § 3 Rdn. 6; Lackner/Kühl, StGB 25. Aufl. Vor §§ 3-7 Rdn. 1; aA MK-Ambos StGB § 3 Rdn. 7; Eser in Schönke-Schröder, StGB 27. Aufl. § 3 Rdn. 4); denn das Gesetz bezeichnet in § 8 StGB nicht nur die Täterschaft, sondern auch die Teilnahme als “Tat“ im Sinne der §§ 3 ff. StGB. Wie § 9 Abs. 2 StGB zeigt, geht es davon aus, dass bei vom deutschen Strafrecht erfassten Auslandstaten grundsätzlich auch die Teilnahme strafbar ist. Verfahrensrechtlich hat dies die Konsequenz, dass die Prozessvoraussetzung deutscher Zuständigkeit stets gegeben ist, gleichgültig, ob später in der Hauptverhandlung festgestellt wird, dass der Angeklagte Täter oder nur Teilnehmer des im Ausland begangenen – vertriebsbezogenen - unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln war (vgl. Gribbohm aaO § 5 Rdn. 47).

25 2. Die Änderung des Schuldspruchs in den Fällen II. 3 und 4 der Urteilsgründe zieht die Aufhebung der Strafaussprüche in diesen Fällen und des Gesamtstrafenausspruchs nach sich.

26 Im Fall II. 2 weist die Strafzumessung keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten auf. Das angefochtene Urteil ist aber dahin zu berichtigen, dass der für diesen Fall angeordnete Verfall von Wertersatz nicht – wie in die

Urteilsformel aufgenommen – in Höhe von 18.613,40 Euro, sondern nur in Höhe von 13.613,40 Euro besteht (vgl. UA 20, 51).

III.

27 Revision der Staatsanwaltschaft

28 Die - auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkte - Revision der Staatsanwaltschaft ist unbegründet.

29 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Strafzumessung grundsätzlich Sache des Tatrichters, der auf der Grundlage des umfassenden Eindrucks, den er in der Hauptverhandlung von Tat und Täter gewonnen hat, die wesentlichen be- und entlastenden Umstände festzustellen, zu bewerten und gegeneinander abzuwägen hat. Das Revisionsgericht kann nur dann eingreifen, wenn die tatrichterlichen Zumessungserwägungen in sich fehlerhaft sind, wenn sie gegen rechtlich anerkannte Strafzwecke verstoßen oder wenn sich die verhängte Strafe nach oben oder unten von ihrer Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein, so weit löst, dass sie nicht mehr innerhalb des dem Tatrichter eingeräumten Spielraums liegt (vgl. nur BGHSt 34, 345, 349; BGHR StGB § 46 Abs. 1 Strafhöhe 10, 12, 14).

30 Solche Rechtsfehler liegen hier nicht vor.

31 Im Hinblick auf die Fälle II. 3 und 4 der Urteilsgründe sind die Strafen wegen der Schuldspruchänderung und der damit verbundenen Strafrahmenverschiebung zugunsten des Angeklagten auf dessen Revision neu zu bestimmen.

32 Davon abgesehen sind die Strafzumessungserwägungen des Landgerichts auf der Grundlage der Urteilsfeststellungen und der im Urteil vorgenommenen rechtlichen Würdigung – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden:

33 Die Strafkammer hat den Strafraumen des § 30a Abs. 1 BtMG zugrunde gelegt und insbesondere wegen der außerordentlich großen Mengen an Betäubungsmitteln minder schwere Fälle des Bandenhandels (§ 30a Abs. 3 BtMG) verneint. Sie hat zugunsten des Angeklagten namentlich gewertet, dass er im Wesentlichen geständig war und die Taten bereut hat, er zu diesen durch Co. , mit dem er in "familiärer Weise" verbunden war, verleitet wurde, er nicht vorbestraft und durch die Untersuchungshaft ersichtlich beeindruckt war, er in der Organisation lediglich eine untergeordnete Position eingenommen, die Taten auch wegen seiner schlechten finanziellen Situation begangen und aus ihnen eher geringe finanzielle Vorteile gezogen hat. Für den Angeklagten spreche weiter, dass die Taten schon eine erhebliche Zeit zurücklagen und er wegen der Verurteilung mit einer möglichen Abschiebung rechnen müsse, was ihn aufgrund seiner familiären Situation und seiner in Deutschland aufgebauten beruflichen Existenz als Ausländer besonders treffe.

34 Diese Wertungen des Landgerichts lassen durchgreifende Rechtsfehler nicht erkennen. Soweit die Staatsanwaltschaft in ihrer Rechtsmittelbegründung versucht, die Strafzumessung anders zu gewichten als die Strafkammer, kann sie damit im Revisionsverfahren nicht gehört werden. Die Strafen sind zwar niedrig, sie entfernen sich aber noch nicht nach unten von ihrer Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein, sondern liegen noch innerhalb des Beurteilungsrahmens, der dem Tatrichter eingeräumt ist (vgl. BGHSt 29, 319, 320). Allerdings dürfte - auch nach der Neubemessung der Einzelstrafen in den Fäl-

len II. 3 und 4 der Urteilsgründe - eine noch niedrigere Gesamtstrafe kaum in Betracht kommen.

Tepperwien

Kuckein

Athing

Solin-Stojanović

Ernemann