



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

2 StR 369/07

vom

17. Oktober 2007

in der Strafsache

gegen

1.

2.

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

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 17. Oktober 2007, an der teilgenommen haben:

Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof
Dr. Rissing-van Saan

und die Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Bode,
Rothfuß,
Prof. Dr. Fischer,
die Richterin am Bundesgerichtshof
Roggenbuck,

Oberstaatsanwältin beim Bundesgerichtshof
als Vertreterin der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt
als Verteidiger für den Angeklagten V. ,

Rechtsanwalt
als Pflichtverteidiger in der Revisionshauptverhandlung
für den Angeklagten P. ,

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

- I. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 18. April 2007, soweit es den Angeklagten P. betrifft,
1. im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte der Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln jeweils in nicht geringer Menge schuldig ist;
 2. im Strafausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.
 3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten dieses Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
 4. Die weitergehende Revision der Staatsanwaltschaft wird verworfen.
- II. Soweit das Urteil den Angeklagten V. betrifft, wird die Revision der Staatsanwaltschaft verworfen. Die Kosten dieses Rechtsmittels sowie die dem Angeklagten V. hierdurch entstandenen notwendigen Auslagen hat die Staatskasse zu tragen.

Von Rechts wegen

Gründe:

1 Das Landgericht hat den Angeklagten V. wegen Handeltreibens mit "Heroin" in nicht geringer Menge zu der Freiheitsstrafe von acht Jahren und den Angeklagten P. wegen Besitzes von Heroin in Tateinheit mit Handeltreiben mit "Heroin" jeweils in nicht geringer Menge zu der Freiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten verurteilt. Mit ihrer auf die Sachrüge gestützten Revision wendet sich die Staatsanwaltschaft gegen die Nichtverurteilung der Angeklagten wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und beanstandet die Feststellungen des angefochtenen Urteils und dessen Beweiswürdigung als lückenhaft und rügt eine Verletzung des § 267 StPO. Gegen den Angeklagten P. erstrebt die Staatsanwaltschaft eine Verurteilung wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Bezug auf die gesamte sichergestellte Heroinmenge von 7 kg und nicht nur wegen der von ihm an Abnehmer übergebenen 2 kg. Schließlich beanstandet die Beschwerdeführerin bei beiden Angeklagten die Strafzumessung.

2 Hinsichtlich des Angeklagten P. führt die Revision zur Änderung des Schuldspruchs und zur Aufhebung des Strafausspruchs. In Bezug auf den Angeklagten V. ist das Rechtsmittel unbegründet.

3 1. Das Landgericht hat im Wesentlichen festgestellt:

4 Seit Sommer 2006 liefen gegen bulgarische und mazedonische Heroinhändler umfangreiche Telefonüberwachungsmaßnahmen. Nachdem am 18. November 2006 die gesondert verfolgten H. und A. in Spanien festgenommen worden waren, erfolgte in Frankfurt eine "Umstrukturierung". Der Angeklagte V. wurde von unbekannt gebliebenen Hinterleuten mit dem Vertrieb von Heroin in Frankfurt betraut. Er warb in Bulgarien den Mitangeklagten P. an, der für "gutes Geld" Heroin an Abnehmer übergeben sollte. Beide kamen Mitte November 2006 nach Frankfurt, wo P. in einem Hotel-

Appartement in der H. straÙe unterkam. Dieses Appartement diente auch als Drogenbunker. V. , der ebenfalls über einen Schlüssel zu dem Appartement verfügte, hatte dort etwa 7 kg Heroin in einer Sporttasche gelagert, wovon P. Kenntnis hatte, aus dieser Menge aber nicht ohne Anweisungen V. s verfügen durfte. V. selbst wohnte in einem Hotel in der Nähe.

5 Am 29. November 2006 bekam P. von V. eine Umhängetasche sowie eine Plastiktüte, in denen sich jeweils 1 kg Heroinzubereitung befand, jeweils zwei Päckchen mit etwa 500 g. Er sollte gegen 18.00 Uhr im Bereich der H. straÙe vor einem Supermarkt je 1 kg Heroinzubereitung an zwei Männer übergeben, die sich ihm zu erkennen geben würden. P. erwartete von V. eine Entlohnung von "mehreren Tausend Euro".

6 P. übergab eine der beiden Kilomengen Heroin am vorgegebenen Ort an den Mitangeklagten N. , der von einem unbekanntem Landsmann gegen das Versprechen einer Entlohnung veranlasst worden war, für ihn 1 kg Heroin abzuholen, und der ihm den Angeklagten P. gezeigt hatte. N. sollte nach der Übergabe in der Straßenbahn wieder auf seinen Auftraggeber treffen. Er wusste aber nicht, wohin das Rauschgift gebracht werden sollte.

7 Die zweite Kilomenge übergab P. weisungsgemäß an den Mitangeklagten L. . Diesem hatte der Angeklagte V. 1.000 Euro angeboten, wenn er 1 kg Heroin abhole und zu einem L. nicht bekannten Ort bringe. V. begleitete L. zur H. straÙe und zeigte ihm P. , hielt sich aber im Hintergrund. V. und L. wollten sich später an der K. W. treffen, wo L. weitere Weisungen erhalten sollte.

8 Da die Ermittlungsbehörden aufgrund der Telefonüberwachung Kenntnis von der Rauschgift-Übergabe hatten, wurde das Geschehen observiert, die drei Angeklagten festgenommen und das übergebene Heroin sichergestellt. In dem von P. bewohnten Appartement wurde die Sporttasche mit 5 kg Heroin (10 Pakete zu je 500 g) sichergestellt. P. benannte bei seiner Festnahme sofort den Mitangeklagten V. als "den Alten" als seinen Auftraggeber. V. konnte aufgrund der Erkenntnisse aus den Ermittlungen um 19.10 Uhr in seinem Hotelzimmer festgenommen werden. Er wollte auch die restliche Heroinmenge, die sich in dem von P. bewohnten Appartement befand, gewinnbringend verkaufen. Insgesamt handelte es sich um 7 kg Heroinzubereitung mit einem Wirkstoffgehalt von 54 %.

9 Das Landgericht stützt seine Feststellungen auf die Geständnisse der Angeklagten, die ihre Tatbeteiligung jeweils entsprechend eingestanden haben, sowie die in der Hauptverhandlung erhobenen Beweise, insbesondere ein Drogengutachten sowie die Angaben des Kriminalbeamten Sch. zu dem gesamten Ermittlungsverfahren und den Observationen. Feststellungen zu einem bandenmäßigen Vorgehen hätten sich nicht ergeben.

10 2. Verurteilung des Angeklagten V.

11 Die auf die Sachrüge gebotene Überprüfung lässt im Schuld- und Strafausspruch keinen Rechtsfehler erkennen.

12 a) Die Urteilsfeststellungen tragen den Schuldspruch wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge im Umfang von 7 kg Heroinzubereitung. Diese Feststellungen haben mit den vom Landgericht für glaubhaft erachteten Geständnissen aller vier beteiligten Angeklagten eine hinreichende Grundlage, die von den erhobenen Beweisen ergänzt, aber ersichtlich nicht in Frage gestellt wird. Die getroffenen Feststellungen und die knappen Ausführungen zur Beweiswürdigung genügen unter diesen Umständen noch

den Anforderungen des § 267 StPO. Die Strafkammer hat den Unrechtsgehalt der als bandenmäßiges Handeltreiben angeklagten Tat ausgeschöpft und ist damit ihrer Kognitionspflicht hinreichend gerecht geworden.

- 13 Den Urteilsgründen lässt sich in einer für den Senat nachvollziehbaren Weise entnehmen, dass darüber hinaus Feststellungen zu einem bandenmäßigen Vorgehen nicht getroffen werden konnten. Die Strafkammer hat es zwar für erwiesen angesehen, dass der Angeklagte V. mit bulgarischen und mazedonischen Heroinhändlerkreisen Verbindung hatte und von unbekannt gebliebenen Hintermännern mit dem Vertrieb von Heroin in Frankfurt beauftragt worden war. Diese Feststellungen allein rechtfertigen eine Bewertung als bandenmäßiges Handeltreiben noch nicht. Seit der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen (BGHSt 46, 321) setzt der Begriff der Bande den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Delikttyps - hier also des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge - zu begehen. Ein "gefestigter Bandenwille" oder ein "Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse" sind seither zwar nicht mehr erforderlich (aaO). Ob jemand Mitglied einer Bande ist, bestimmt sich aber weiterhin nach der deliktischen Vereinbarung, der sogenannten Bandenabrede, die ausdrücklich oder konkludent getroffen werden kann (vgl. BGHSt 50, 160, 161 f. m.w.N.). Eine solche Bandenabrede ist aber schon in der Anklageschrift der Staatsanwaltschaft nicht hinreichend belegt. Dementsprechend hat die Strafkammer bereits in ihrem Eröffnungsbeschluss darauf hingewiesen, dass eine bandenmäßige Tatbegehung fern liege. Den Urteilsgründen lässt sich hinreichend deutlich entnehmen, dass sich die Angeklagten V. und P. lediglich zu dem festgestellten Heroingeschäft in Frankfurt geäußert haben, nicht aber zu "unbekannt gebliebenen Hintermännern in Bulgarien und Mazedonien" und über die Art ihrer Verbindung

und des Zusammenwirkens mit ihnen. Damit waren nähere Ausführungen zu den Einlassungen der Angeklagten entbehrlich. Ob V. und auch P. die tatsächlichen Voraussetzungen einer bandenmäßigen Tatbegehung in der Hauptverhandlung ausdrücklich bestritten haben, ist entgegen der Annahme der Staatsanwaltschaft unerheblich, zumal schon der Eröffnungsbeschluss darauf hingewiesen hatte, dass diese Tatqualifikation fern liege. Ebenso fern liegt es, dass eine Bandenabrede der Angeklagten V. und P. mit weiteren Personen mit den im angefochtenen Urteil genannten oder mit den mit der Sachrüge urteilsfremd angeführten weiteren Beweismitteln hätte geführt werden können. Das gilt auch für die Zeugenaussage des Kriminalbeamten Sch., der nach den Urteilsgründen zu dem gesamten Ermittlungsverfahren und den Observationen gehört wurde. Die Feststellungen zu den Verbindungen des Angeklagten V. zu Heroinhändlerkreisen in Bulgarien und Mazedonien gehen damit offensichtlich auf die Angaben dieses Zeugen zurück. Da dieser Zeuge ersichtlich keine weiterführenden Angaben über die unbekannt gebliebenen Hintermänner und die Art ihrer Verbindung zu dem Angeklagten machen konnte, waren auch aufgrund seiner Aussage Feststellungen zu einer bandenmäßigen Tatbegehung nicht zu treffen. Für den Tatrichter bestand daher auch kein Anlass, die Aussage des Zeugen in allen Einzelheiten darzulegen.

- 14 Weitere Aufklärungsmöglichkeiten ergeben sich aus der Revisionsbegründung der Staatsanwaltschaft nicht. Eine Aufklärungsrüge ist nicht erhoben worden.
- 15 b) Der Strafausspruch hält der rechtlichen Nachprüfung stand. Das Beschwerdevorbringen zeigt Rechtsfehler nicht auf.

16 3. Verurteilung des Angeklagten P.

17 Der Schuldspruch hält der sachlich-rechtlichen Prüfung nicht stand.

18 a) Es ist zwar rechtlich nicht zu beanstanden, dass das Landgericht den Angeklagten P. nicht wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verurteilt hat. Insoweit kann auf die Ausführungen zu dem Angeklagten V. unter 2 a) verwiesen werden, die für den Angeklagten P. entsprechend gelten.

19 b) Das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft hat aber zur Folge, dass das angefochtene Urteil auch auf Rechtsfehler zu Lasten des Angeklagten P. zu prüfen ist (§ 301 StPO). Diese Prüfung ergibt, dass das Landgericht im Hinblick auf die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (vgl. BGH NStZ 2007, 238 = BGHSt 51, 219 jew. m.w.N.) in Verbindung mit dem Beschluss des Großen Senats für Strafsachen (BGHSt 50, 252) zu Unrecht angenommen hat, der Angeklagte P. habe als Täter Tateinheitlich - jeweils in nicht geringer Menge - 5 kg Heroinzubereitung besessen und mit einer Teilmenge von 2 kg Handel getrieben.

20 Soweit der Angeklagte P. als Überbringer von zwei Teilmengen von je 1 kg Heroinzubereitung an die Mitangeklagten N. und L. tätig war, ist er nach den Urteilsfeststellungen lediglich "für gutes Geld" nach den genauen Vorgaben des Angeklagten V. tätig geworden. Abgesehen davon, dass V. das Betäubungsmittel in dem von P. genutzten Hotel-Appartement aufbewahrte, war P. in das Betäubungsmittelgeschäft nicht weiter eingebunden. Er ist daher in Bezug auf die Übergabe der 2 kg Heroinzubereitung lediglich als Kurier anzusehen. Die Tätigkeit eines Kuriers, die sich in dem Transport des Rauschgifts erschöpft, ist jedoch als Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln zu werten (vgl. BGH NStZ 2007, 338 = BGHSt 51, 219 jew.

m.w.N.). Bei der Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe ist nicht allein oder entscheidend darauf abzustellen, welches Maß an Selbständigkeit und Tatherrschaft der Beteiligte hinsichtlich eines isolierten Teilakts des Umsatzgeschäfts hat. Abzustellen ist vielmehr darauf, welche Bedeutung der konkreten Beteiligungshandlung im Rahmen des Gesamtgeschäfts zukommt. Eine Gehilfenstellung ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Tathandlung sich auf den Transport von Rauschgift zwischen selbständig handelnden Lieferanten und Abnehmern oder innerhalb von Lieferanten oder Abnehmer-Organisationen beschränkt und der Beteiligte nicht in der Lage ist, das Geschäft maßgeblich mitzugestalten. Einer Tätigkeit als Kurier kommt daher eine täterschaftliche Gestaltungsmöglichkeit nicht zu; sie stellt zumeist eine untergeordnete Hilfstätigkeit dar. Denn es geht dem reinen Kurier nicht in erster Linie um den Umsatz des Betäubungsmittels, sondern um das Entgelt für den Transport des Betäubungsmittels. Dabei kommt es auch nicht auf die Höhe des erwarteten Honorars an (vgl. BGH aaO).

21 Eine Bewertung von Transporttätigkeit als mittäterschaftliches Handeltreiben kommt dagegen dann in Betracht, wenn der Beteiligte erhebliche, über den reinen Transport hinausgehende Tätigkeiten entfaltet. Auch die Einbindung des Transporteurs in eine gleichberechtigt verabredete arbeitsteilige Durchführung des Umsatzgeschäfts spricht für die Annahme von Mittäterschaft, auch wenn seine konkrete Tätigkeit in diesem Rahmen auf die Beförderung von Drogen beschränkt ist (vgl. BGH aaO).

22 Unter Zugrundelegung dieser Kriterien hat der Angeklagte P. , der nach der Tatvereinbarung mit dem Angeklagten V. nur dafür zuständig war, gegen Honorar Heroin an Abnehmer zu übergeben, und der auf den Ablauf des Umsatzgeschäfts im Übrigen keinen Einfluss hatte, hier lediglich Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben des Mitangeklagten V. geleistet. Dem steht nicht entgegen, dass der Angeklagte in Frankfurt in einem Hotelzimmer unter-

gekommen war, in dem V. mit P. s Wissen eine Sporttasche mit dem gesamten Heroinvorrat von zunächst 7 kg verwahrte. Denn P. durfte aus dieser Menge nicht ohne Anweisung V. s verfügen. V. hatte einen eigenen Schlüssel für das von P. bewohnte Appartement und hat die von P. übergebenen Heroinmengen (Umhängetasche und Plastiktüte) auch selbst zusammengestellt. Außerdem hat V. dem Angeklagten vorgegeben, wo und an wen die beiden Heroinmengen übergeben werden sollten, so dass keine weitergehende Einflussmöglichkeit P. s auf den Ablauf des Umsatzgeschäfts bestand.

23

b) Gegen den Schuldspruch wegen täterschaftlich begangenen unerlaubten Besitzes an den in der Sporttasche sichergestellten 5 kg Heroin bestehen auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen ebenfalls durchgreifende Bedenken. Besitzen im Sinne des Betäubungsmittelgesetzes setzt ein bewusstes tatsächliches Innehaben, ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis sowie Besitzwillen und Besitzbewusstsein voraus, die darauf gerichtet sind, sich die Möglichkeit ungehinderter Einwirkung auf das Betäubungsmittel zu erhalten (vgl. BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 3 Besitz 1, 2, 4 m.w.N.; BGHSt 27, 380, 381; Weber, BtMG 2. Aufl. § 29 Rdn. 831; Franke/Wienroeder, BtMG § 29 Rdn. 135). Besitzer im betäubungsrechtlichen Sinne ist aber nicht nur der Eigenbesitzer. Auch der Fremdbesitzer, der die tatsächliche Verfügungsgewalt für einen anderen ausübt und keine eigene Verfügungsgewalt in Anspruch nehmen will, ist Besitzer (vgl. Weber aaO Rdn. 840; Franke/Wienroeder aaO Rdn. 136 jew. m.w.N.). Das gilt insbesondere für den Verwahrer. Auch wenn man hiervon ausgeht, ist für den Angeklagten P. tatbestandsmäßiger Besitz an dem Heroin, das V. in P. s Hotelzimmer in einer Sporttasche gelagert hatte, aber nicht festgestellt, weil unter den gegebenen Umständen durch die Feststellungen nicht belegt ist, dass P. das Lagern der Tasche durch V. mit Besitzwillen geduldet hat. Die Urteilsfeststellungen verhalten sich hierzu nicht.

Gegen einen Besitzwillen spricht, dass es ersichtlich nicht auf ein Einverständnis P. s ankam und er nicht befugt war, ohne Anweisungen V. s über das Heroin zu verfügen, V. einen eigenen Schlüssel zu dem Hotel-Appartement hatte und P. die zu übergebenden Heroinmengen nicht selbst zusammengestellt hat, ihm diese vielmehr von V. fertig vorbereitet übergeben wurden und P. nach der mit V. getroffenen Abrede ausschließlich für die Übergabe von Heroin an Abnehmer zuständig sein sollte.

24 Etwas anderes gilt jedoch für die 2 kg Heroin, die der Angeklagte P. am 29. November 2006 von V. in der Umhängetasche und der Plastiktüte ausgehändigt erhielt, um sie an N. und L. zu übergeben. Insoweit wurde P. mit der Übergabe Besitzer des Heroins und erfüllte damit den Tatbestand des Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge. P. sollte die Übergabe des Heroins an die Abnehmerseite zwar nach V. s detaillierten Vorgaben vollziehen. Auf dem ersichtlich nicht nur ganz kurzen Weg zu den Übergabeorten in der H. straße hatte P. aber die alleinige und ausschließliche Verfügungsgewalt über die beiden Heroinmengen, während sich der Angeklagte V. im Hintergrund hielt und keinen Einfluss mehr auf das Heroin hatte. P. war daher in dieser Phase des Tatgeschehens Besitzer des von ihm als Kurier beförderten Heroins. Der somit verwirklichte Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge wurde tateinheitlich mit der hierdurch zugleich verwirklichten Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge begangen. Der Besitz einer nicht geringen Menge von Betäubungsmitteln tritt in Bezug auf dieselbe Menge nur dann zurück, wenn das Handeltreiben mit der nicht geringen Menge täterschaftlich begangen wurde, nicht aber dann, wenn zu dem Handeltreiben mit der nicht geringen Menge lediglich Beihilfe geleistet wurde (vgl. BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 47 m.w.N.).

- 25 Der Angeklagte P. hat sich aber nicht nur durch die Übergabe der beiden Teilmengen an N. und L. der Beihilfe zum Handeltreiben des Angeklagten V. schuldig gemacht, sondern in Bezug auf die Gesamtmenge von 7 kg Heroinzubereitung. P. hatte sich bereit erklärt "gegen gutes Geld" Heroin an Abnehmer zu übergeben und war zu diesem Zweck mit V. aus Bulgarien nach Frankfurt gekommen. Spätestens hier hat er erfahren, dass es um den Absatz der in der Sporttasche verwahrten 7 kg Heroin ging, an dem er als Kurier mitwirken sollte. Bereits in der Zusage, als Kurier für die ihm bekannte Gesamtmenge zur Verfügung zu stehen, ist aber eine Beihilfe zu V. s Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu sehen, weil er schon mit seiner zum Ausdruck gebrachten Bereitschaft und seiner Verfügbarkeit in Frankfurt den von V. geplanten Heroinabsatz erleichtert und gefördert hat. Für eine Teilmenge von 2 kg ist P. darüber hinaus auch bereits tatsächlich als Kurier tätig geworden.
- 26 Der Angeklagte P. hat sich deshalb in Bezug auf die Gesamtmenge von 7 kg Heroinzubereitung wegen Beihilfe zum Handeltreiben des Mitangeklagten V. schuldig gemacht. Der unerlaubte Besitz an der Teilmenge von 2 kg steht hierzu in Tateinheit.
- 27 c) Der Senat hat den Schuldspruch entsprechend geändert. § 265 StPO steht dem nicht entgegen. Der Angeklagte hätte sich auch gegen den zu seinen Gunsten geänderten Tatvorwurf nicht erfolgreicher verteidigen können. Er hat den festgestellten Sachverhalt gestanden. Weitergehende Feststellungen sind auch in einer neuen Hauptverhandlung nicht zu erwarten.

- 28 d) Der Strafausspruch kann nach der Änderung des Schuldspruchs nicht bestehen bleiben. Insoweit ist die Sache daher zu neuer Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

Rissing-van Saan

Bode

Rothfuß

Fischer

Roggenbuck