



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

3 StR 83/09

vom

23. April 2009

in der Strafsache

gegen

- 1.
- 2.
- 3.
- 4.

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

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 23. April 2009, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Becker,

die Richter am Bundesgerichtshof
Pfister,
von Lienen,
Hubert,
Dr. Schäfer
als beisitzende Richter,

Staatsanwältin
als Vertreterin der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt
als Verteidiger des Angeklagten Ka. ,

Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Hannover vom 2. Oktober 2008 mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben, soweit es die Verurteilung der Angeklagten K. , B. und B. L. insgesamt und die des Angeklagten Ka. in den Fällen II. 5. bis 12. der Urteilsgründe betrifft.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Die weitergehende Revision der Staatsanwaltschaft wird verworfen.

2. Die Revision des Angeklagten Ka. gegen das vorbezeichnete Urteil wird verworfen.

Der Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Von Rechts wegen

Gründe:

1

Das Landgericht hat die Angeklagten wie folgt verurteilt:

- den Angeklagten Ka. wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in acht Fällen (Fälle II. 5. bis 12. der Urteilsgründe) sowie wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zur Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten; außerdem hat es seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angeordnet;
- den Angeklagten K. wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in neun Fällen (Fälle II. 1., 5. bis 12.) sowie wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen (Fälle II. 2. bis 4.) zur Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und zehn Monaten;
- die Angeklagte B. wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in sieben Fällen (Fälle II. 6. bis 12.) zur Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren mit Aussetzung der Vollstreckung zur Bewährung;
- den Angeklagten B. L. wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit uner-

laubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Fall II. 5.) unter Einbeziehung von Strafen aus Vorverurteilungen zur Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten mit Aussetzung der Vollstreckung zur Bewährung.

2 Die Staatsanwaltschaft wendet sich mit ihrer zu Ungunsten der Angeklagten Ka. , K. und B. eingelegten, auf die Verletzung sachlichen Rechts gestützten Revision gegen den jeweiligen Schuldspruch. Sie beanstandet vor allem, dass das Landgericht diese Angeklagten nicht jeweils wegen bandenmäßigen Betäubungsmittelhandels in nicht geringer Menge verurteilt hat. Der Angeklagte Ka. rügt mit seiner Revision ebenfalls die Verletzung sachlichen Rechts.

3 A. Revision des Angeklagten Ka.

Das Rechtsmittel des Angeklagten Ka. ist offensichtlich unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

4 B. Revision der Staatsanwaltschaft

5 Das vom Generalbundesanwalt vertretene Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft hat im Wesentlichen Erfolg. Es führt zur Aufhebung des jeweiligen Schuldspruchs auch zu Gunsten der Angeklagten K. und B. (§ 301 StPO) sowie des Nichtrevidenten B. L. (§ 357 StPO). Als unbegründet erweist es sich lediglich bezüglich des Falls aus den Taten II. 1. bis 4. der Urteilsgründe, in dem der Angeklagte Ka. wegen unerlaubten Handel-

treibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zur Freiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten verurteilt worden ist.

6 I. In den Fällen II. 1. bis 4. der Urteilsgründe hält der den Angeklagten K. betreffende Schuldspruch rechtlicher Überprüfung nicht Stand.

7 1. Nach den hierzu getroffenen Feststellungen führen die gesondert verfolgten S. und T. in vier Fällen mit einem vom Angeklagten K. zur Verfügung gestellten, angemieteten Pkw nach Groningen/Niederlande, wo sie jeweils ca. fünf Kilogramm Marihuana erwarben, das zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmt war. Das Rauschgift ließen sie jeweils von dem nicht identifizierten Kurierfahrer "E." über die deutsch/niederländische Grenze nach Westerstede transportieren. Dort übernahm der Angeklagte K. das Marihuana von "E." und brachte es mit einem Kraftfahrzeug nach Hannover. Im Fall II. 1. der Urteilsgründe begleitete er die gesondert verfolgten S. und T. in die Niederlande und war beim Erwerb der Betäubungsmittel sowie deren Übergabe an "E." anwesend. Anschließend fuhr er zusammen mit S. und T. vor dem Fahrzeug des "E." her, um den Transport der Betäubungsmittel über die Grenze abzusichern.

8 2. Das Landgericht hat in diesen Fällen ein Handeln des Angeklagten K. als Mitglied einer Betäubungsmittelbande nicht erörtert, obwohl die Feststellungen dazu drängten.

9 a) Der Begriff der Bande setzt den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbstständige, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstypus zu begehen. Danach unterscheidet sich die Bande von der Mittäterschaft durch das Element der auf eine gewisse

Dauer angelegten Verbindung zu zukünftiger gemeinsamer Deliktsbegehung. Ein "gefestigter Bandenwille" oder ein "Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse" ist nicht erforderlich (st. Rspr.; vgl. BGHSt 46, 321; BGH NStZ 2007, 269). Mitglied einer Bande kann auch derjenige Tatbeteiligte sein, dem nach der Bandenabrede nur Aufgaben zufallen, die sich bei wertender Betrachtung als Gehilfentätigkeit darstellen (BGHSt 47, 214). Die Bandenabrede muss nicht ausdrücklich getroffen werden; vielmehr genügt jede Form auch stillschweigender Vereinbarung, die aus dem wiederholten deliktischen Zusammenwirken mehrerer Personen hergeleitet werden kann (BGHSt 47, 214, 219 f.). Sie setzt nicht voraus, dass sich alle Beteiligten persönlich absprechen und untereinander kennen; vielmehr kann sie auch durch aufeinander folgende Vereinbarungen entstehen. Insbesondere kann die Bandenabrede dadurch zu Stande kommen, dass sich zwei Personen einig sind, künftig im Einzelnen noch ungewisse Straftaten mit zumindest einem dritten Beteiligten zu begehen, und der von der Absprache informierte Dritte sich der Vereinbarung ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten anschließt (BGHSt 50, 160, 163 f.).

- 10 b) Der jeweils gleichartige Tatablauf, insbesondere das abgesprochene, arbeitsteilige Zusammenwirken der vier Tatbeteiligten ab dem ersten Rauschgiftgeschäft, sowie der enge zeitliche Zusammenhang der Taten legen es nahe, dass der Angeklagte K. als Mitglied einer Bande gehandelt haben könnte, die sich zur fortgesetzten Begehung von Straftaten nach dem Betäubungsmittelgesetz verbunden hat. Denn diese Umstände sprechen für eine zumindest durch schlüssiges Verhalten getroffene Bandenabrede. Die ungeklärte Identität des Kurierfahrers "E. " steht dessen Einbindung in die Bande nicht entgegen (vgl. BGHSt 50, 160, 165). Die Frage einer bandenmäßigen Begehung hätte daher in den Urteilsgründen erörtert werden müssen.

11 c) Die Revision der Staatsanwaltschaft führt zur Aufhebung des Schuldspruchs auch zu Gunsten des Angeklagten K. (§ 301 StPO). Bei dem festgestellten Tatgeschehen hätte sich das Landgericht erkennbar damit auseinander setzen müssen, ob dessen Tatbeiträge lediglich als Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Fälle II. 1. bis 4.) und zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln (Fall II. 1.) in jeweils nicht geringer Menge zu würdigen sind. Ein Kurier, dessen Tätigkeit sich in dem Transport des Rauschgifts erschöpft und der ohne weiteren Einfluss auf die Abwicklung des eigentlichen Umsatzgeschäftes bleibt, ist in der Regel schuldig der Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (BGH NStZ 2007, 338; BGH bei Winkler NStZ 2008, 444 f.). Der mit der eigenen Verfügungsgewalt zugleich verwirklichte Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge steht hierzu im Verhältnis der Tateinheit (vgl. BGH NStZ-RR 1996, 116; Weber, BtMG 3. Aufl. § 29 Rdn. 729 m. w. N.). Auch das Beschaffen eines Kraftfahrzeugs für die Abwicklung eines Rauschgiftgeschäftes sowie das bloße Begleiten des Haupttäters beim Erwerb des Betäubungsmittels sowie bei dessen Einfuhr in die Bundesrepublik Deutschland sind für sich betrachtet regelmäßig als untergeordnete Unterstützungshandlungen einzuordnen, so dass eine Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe nach den allgemeinen Grundsätzen über diese Beteiligungsformen hätte erfolgen müssen (vgl. BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 56; BGH NStZ 2005, 228; BGH StraFo 2007, 332; Weber aaO § 29 Rdn. 575 ff.).

12 II. In den Fällen II. 5. bis 12. der Urteilsgründe bestehen gegen den Schuldspruch hinsichtlich der Angeklagten Ka., K. und B. durchgreifende rechtliche Bedenken.

13 1. Nach den hierzu getroffenen Feststellungen fuhr der Angeklagte Ka. in acht Fällen mit einem vom Angeklagten K. zur Verfügung gestell-

ten Pkw nach Groningen/Niederlande und erwarb dort jeweils ca. 4 Kilogramm Marihuana für den gewinnbringenden Weiterverkauf. Der Transport der Betäubungsmittel von den Niederlanden in die Bundesrepublik Deutschland erfolgte jeweils durch den nicht identifizierten Kurier "Er. ", wobei der Angeklagte Ka.- im Fall II. 5. gemeinsam mit dem Angeklagten K. sowie dem nicht revidierenden Angeklagten B. L. und in den übrigen Fällen gemeinsam mit der Angeklagten B. , die der Angeklagte K. als Kurierin angeworben hatte - in einem vorausfahrenden Fahrzeug die Einfuhr absicherte. Nach Passieren der Grenze übernahm der Angeklagte K. die Betäubungsmittel und verstaute sie in einem Pkw, der entweder von ihm selbst oder der Angeklagten B. nach Hannover gefahren wurde.

14 Eine Verurteilung wegen bandenmäßiger Begehungsweise hat das Landgericht abgelehnt und hierzu im Wesentlichen ausgeführt: Zwar sei der Angeklagte Ka. gemeinsam mit den Angeklagten K. und B. tätig geworden. Abgesehen davon, dass die Angeklagte B. Einzelheiten über den Ablauf der Geschäfte nicht gekannt sowie keinen Einfluss auf deren Planung und Durchführung gehabt habe, habe der Angeklagte Ka. mit ihr weder ausdrücklich noch stillschweigend eine Abrede dahin getroffen, dass sie mehrere selbstständige, im Einzelnen noch ungewisse Betäubungsmittelgeschäfte gemeinsam mit ihm und dem Angeklagten K. begehen werde. Es sei vielmehr jeweils von Fall zu Fall nur die Durchführung einer Einzeltat verabredet worden. Die Angeklagte B. sei an der Begehung weiterer Taten tatsächlich nicht interessiert gewesen; ihr Interesse habe nach der ersten Tat allein darin gelegen, mit dem Angeklagten Ka. , in den sie sich verliebt habe, zusammen zu sein.

15 2. Die Begründung, mit der die Strafkammer das Vorliegen einer Bande verneint hat, hält aus mehreren Gründen rechtlicher Überprüfung nicht Stand.

- 16 a) Bei der Prüfung, ob von einer Bande auszugehen ist, hat sie die Beteiligung des Kuriers "Er. " rechtsfehlerhaft nicht in ihre Überlegungen einbezogen. Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen drängte sich wegen der im Wesentlichen identischen Tatabläufe und der eingespielten, arbeitsteiligen Zusammenarbeit der Angeklagten Ka. und K. mit dem nicht identifizierten Kurier "Er. " eine ausdrückliche oder stillschweigende Bandenabrede zumindest zwischen diesen drei Personen auf.
- 17 b) Außerdem weist die Beweiswürdigung in den Fällen II. 6. bis 12. der Urteilsgründe zur Frage einer Einbindung der Angeklagten B. in eine Bande auf der Grundlage eines fehlerhaften Prüfungsmaßstabs Lücken und Widersprüche auf und lässt die erforderliche Gesamtwürdigung aller Umstände (vgl. BGH NStZ 2009, 35) vermissen.
- 18 Die Strafkammer hat nicht alle festgestellten Indizien, die für eine Bandenabrede auch mit der Angeklagten B. sprechen können, in ihre Überlegung einbezogen. Sie hat den Umstand, dass der Angeklagte K. einen Kurier für die vom Angeklagten Ka. zukünftig organisierten Betäubungsmittelgeschäfte suchte, sowie den Inhalt des zwischen dem Angeklagten K. und der Angeklagten B. geführten Anwerbungsgesprächs, der auf eine für einen längeren Zeitraum geplante Zusammenarbeit hindeutet, nicht erörtert. Weiterhin hat sie nicht bedacht, dass die Angeklagte B. nach jedem Anruf des Angeklagten Ka. sofort bereit war, an dem anstehenden Betäubungsmittelgeschäft teilzunehmen, was auf eine Bandenabrede durch schlüssiges Verhalten hinweisen kann. Die Ausführungen des Landgerichts begründen auch die Besorgnis, es habe nicht alle Umstände in den Blick genommen, die für eine Bandenabrede durch schlüssiges Verhalten sprechen könnten.

19 Zudem lassen die Darlegungen besorgen, es sei rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, dass nur eine Person Bandenmitglied sein kann, die Einzelheiten der durchzuführenden Straftaten kennt und in der Lage ist, auf die Modalitäten ihrer Begehung Einfluss zu nehmen.

20 3. Die Revision der Staatsanwaltschaft hat die Aufhebung des jeweiligen Schuldspruchs auch zu Gunsten der Angeklagten K. und B. zur Folge (§ 301 StPO). Das Landgericht hat die Tatbeiträge dieser Angeklagten - die Begleitung des Haupttäters Ka. zur Absicherung der Einfuhr, den Transport des Marihuana innerhalb der Bundesrepublik Deutschland, die Beschaffung von Kraftfahrzeugen für die Rauschgiftgeschäfte und das Anwerben der Angeklagten B. als Kurierin durch den Angeklagten K. -, die als eher unterstützende Tätigkeiten einzuordnen sind (vgl. BGH NSTz 2007, 531), ohne weitere Begründung als täterschaftliches unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln und täterschaftliche unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln in jeweils nicht geringer Menge gewertet, obwohl Anlass bestanden hätte, aufgrund einer wertenden Gesamtbetrachtung der Umstände des Einzelfalls eine Abgrenzung der Beteiligungsformen Mittäterschaft und Beihilfe vorzunehmen (vgl. BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 56; BGH NSTz 2005, 228; BGH StraFo 2007, 332; Weber aaO § 29 Rdn. 471 f., 482).

21 Im Fall II. 5. der Urteilsgründe erfasst die Aufhebung des Urteils zu Gunsten des Angeklagten K. wegen desselben sachlichrechtlichen Fehlers auch die Verurteilung des Nichtrevidenten B. L. (§ 357 StPO). Nach den Feststellungen begleitete dieser den Angeklagten Ka. zusammen mit dem Angeklagten K. zur Unterstützung und hatte keinen entscheidenden Einfluss auf den Erwerb und die Einfuhr des Rauschgifts, was für eine Gehilfen-tätigkeit sprechen könnte.

22 III. Soweit der Angeklagte Ka. in einem Fall aus den Taten II. 1. bis 4. der Urteilsgründe wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zur Freiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten verurteilt worden ist, ist die Revision der Staatsanwaltschaft unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

23 IV. Die Sache bedarf daher im Umfang der Aufhebung neuer Verhandlung und Entscheidung. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

24 Da erlittene Untersuchungshaft gemäß § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB grundsätzlich auf eine zu verbüßende Freiheitsstrafe angerechnet wird, ist sie in der Regel nicht strafmildernd zu berücksichtigen (BGHR StGB § 46 Abs. 2 Lebensumstände 20). Bei Anwendung der Ermessensvorschrift des § 73 c Abs. 1 Satz 2 StGB sind sowohl der Wert des aus den Straftaten Erlangten festzustellen als auch die wirtschaftlichen Verhältnisse der Angeklagten aufzuklären (vgl. BGH NStZ 2005, 454).

Becker

Pfister

von Lienen

Hubert

Schäfer