



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

3 StR 559/09

vom

4. März 2010

in der Strafsache

gegen

1.

2.

wegen Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge u. a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 4. März 2010,  
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 B. ,

Rechtsanwalt  
als Verteidiger des Angeklagten N. ,

Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landgerichts Oldenburg vom 4. August 2009 wird

a) das Urteil mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben und das Verfahren eingestellt, soweit die Angeklagten im Fall II. 12. der Urteilsgründe jeweils wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verurteilt worden sind; im Umfang der Einstellung fallen die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen der Angeklagten der Staatskasse zur Last;

b) das Urteil mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben, soweit die Angeklagten verurteilt worden sind; jedoch bleiben die Feststellungen zum objektiven Tatgeschehen mit Ausnahme der Feststellungen zum Nichtvorliegen bandenmäßiger Begehungsweise aufrechterhalten.

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

2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten B. wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen sowie wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in acht Fällen zur Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. Gegen den Angeklagten N. hat es wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge sowie wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in fünf Fällen eine Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verhängt. Außerdem hat es die Einziehung mehrerer Mobiltelefone mit Zubehör, den Verfall i. H. v. 30.718,35 € (Angeklagter N. ) sowie den Verfall von Wertersatz i. H. v. 11.000 € (Angeklagter B. ) bzw. 5.200 € (Angeklagter N. ) angeordnet. Von jeweils zwei Tatvorwürfen hat es die Angeklagten freigesprochen.
- 2 Die Staatsanwaltschaft wendet sich mit ihrer zu Ungunsten der Angeklagten eingelegten, auf die Verletzung formellen und sachlichen Rechts gestützten Revision gegen die unterlassene Verurteilung der Angeklagten als Mitglieder einer Betäubungsmittelbande (§ 30 a Abs. 1 BtMG), die Strafzumessung, die Höhe des angeordneten Verfalls von Wertersatz sowie gegen die Teilfreisprüche.
- 3 Das vom Generalbundesanwalt überwiegend vertretene Rechtsmittel führt im Fall II. 12. der Urteilsgründe zur Einstellung des Verfahrens. In den weiteren Fällen der Verurteilung hat es mit der Aufklärungsrüge den aus der Urteilsformel ersichtlichen Erfolg. Es führt im Fall II. 2. der Urteilsgründe zur Auf-

hebung des Schuldspruchs und im Fall II. 1. der Urteilsgründe zur Aufhebung des Strafausspruchs auch zu Gunsten der Angeklagten (§ 301 StPO). Erfolglos bleibt das Rechtsmittel, soweit es sich gegen die Teilfreisprüche richtet.

4 I. Im Fall II. 12. der Urteilsgründe (Fall II. 11. der Anklage) war das Urteil aufzuheben und das Verfahren einzustellen, weil es sich insoweit um eine Tat handelt, die nicht von der Anklage sowie dem Eröffnungsbeschluss umfasst war und deshalb von der Strafkammer ohne eine Nachtragsanklage nicht hätte abgeurteilt werden dürfen.

5 Nach der zugelassenen Anklage lag den Angeklagten insoweit zur Last, in der Zeit vom 21. September bis zum 27. September 2007 mindestens 145 Gramm Kokain oder den Kaufpreis für geliefertes Kokain i. H. v. 4.378 € zwischen einem Betäubungsmittelhändler aus den Niederlanden und dem Abnehmer in der Schweiz mit einem angemieteten Fahrzeug transportiert zu haben, wobei der Angeklagte B. von dem aus der Tat erlangten Geld am 25. September 2007 in bar 4.000 € auf sein Postbankkonto einbezahlt haben soll. Nach den Feststellungen im angefochtenen Urteil führen die Angeklagten in der Zeit vom 21. Juli bis 29. Juli 2007 mit einem von der Firma Sixt angemieteten Pkw in die Schweiz, holten dort mindestens 25.000 Schweizer Franken (SF) ab und brachten das Geld für einen Kurierlohn von 5 % nach Amsterdam zu ihrem Auftraggeber.

6 Gegenstand der Urteilsfindung ist gemäß § 264 Abs. 1 StPO die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung darstellt. Tat im Sinne dieser Vorschrift ist ein einheitlicher geschichtlicher Vorgang, der sich von anderen ähnlichen oder gleichartigen unterscheidet und innerhalb dessen der Angeklagte einen Straftatbestand verwirklicht haben soll (vgl. Meyer-Goßner, StPO 52. Aufl. § 264 Rdn. 2 m. w. N.). Verändert sich im

Laufe eines Verfahrens das Bild des Geschehens, das die Anklage umschreibt, so kommt es darauf an, ob die "Nämlichkeit der Tat" trotz der Abweichungen noch gewahrt ist. Dies ist - ungeachtet gewisser Unterschiede - dann der Fall, wenn bestimmte individuelle Merkmale die Tat weiterhin als einmaliges, unverwechselbares Geschehen kennzeichnen (vgl. BGHSt 46, 130, 133; BGH NSTZ 2002, 659).

7 Nach diesem Maßstab ist die Tat II. 12. der Urteilsgründe nicht Gegenstand der Anklage. Das festgestellte Geschehen entspricht vor allem hinsichtlich der Tatzeit aber auch der Währung sowie der Geldsumme nicht der in der Anklageschrift geschilderten Tat. Da auch im Übrigen eine Übereinstimmung zwischen angeklagter und abgeurteilter Tat anhand individueller Merkmale nicht besteht, ist von zwei unterschiedlichen prozessualen Taten auszugehen.

8 II. Die zulässig erhobene Aufklärungsrüge, das Landgericht habe es rechtsfehlerhaft unterlassen, zum Fall II. 2. der Urteilsgründe den Abnehmer des Kokains H. bzw. den Vernehmungsbeamten aus der Schweiz zu vernehmen sowie die Erkenntnisse aus der in der Schweiz durchgeführten Telekommunikationsüberwachung als Beweismittel in die Hauptverhandlung einzuführen (§ 244 Abs. 2 StPO), hat Erfolg.

9 1. Nach den Feststellungen transportierten die Angeklagten für die in den Niederlanden lebenden, nicht identifizierten Betäubungsmittelhändler P. und A. Kokain oder aus dem Verkauf von Kokain stammendes Geld. Im Einzelnen hat das Landgericht folgende Fahrten festgestellt:

10 P. kaufte von dem Lieferanten "O." aus Mali ein Kilogramm Kokain, das der Kurier E. inkorporiert am 17. Oktober 2007 mit dem Flugzeug nach Frankfurt/Main brachte. Der Angeklagte B. hatte den Kontakt zwischen P. und "O." hergestellt und den Kurier vermittelt. Beide Ange-

klagte holten mit einem von dem Angeklagten N. angemieteten und gesteuerten Pkw den Kurier vom Flughafen ab und brachten ihn in die Wohnung des P. in Amsterdam, wo er das Kokain ausschied. Als Entlohnung erhielten die Angeklagten von P. 200 € (Angeklagter B. ) und 100 € (Angeklagter N. ). Der Angeklagte B. zahlte an den Kurier 3.500 €, die er zuvor von P. erhalten hatte (Fall II. 1. der Urteilsgründe).

11 Am 30. Juli 2008 übernahmen beide Angeklagte in Amsterdam von P. oder A. vier Kilogramm Kokain, das sie über Deutschland in die Schweiz brachten oder durch einen von ihnen begleiteten Transport bringen ließen und dort dem gesondert verfolgten Abnehmer H. übergaben. Sie erhielten als Kurierlohn von P. 8.000 bis 8.500 SF, die sie unter sich aufteilten (Fall II. 2. der Urteilsgründe).

12 In den Fällen II. 3. bis 11. der Urteilsgründe holten die Angeklagten für Lieferungen von mindestens einem Kilogramm Kokain in der Schweiz jeweils den Verkaufspreis ab und brachten das Geld zu ihren Auftraggebern P. oder A. nach Amsterdam. In einem Fall transportierten sie gemeinsam mindestens ca. 25.000 SF. Der Angeklagte B. beförderte in einem Fall 80.000 SF, in einem Fall mindestens 30.000 SF und in vier weiteren Fällen mindestens 25.000 SF allein, wobei in einem Fall A. der Auftraggeber war. Der Angeklagte N. transportierte in einem Fall für A. 30.000 SF allein. Als Kurierlohn erhielten sie jeweils mindestens ca. 5 % des transportierten Geldes. Bei einem weiteren Geldtransport für P. wurden bei einer Grenzkontrolle die vom Angeklagten N. mitgeführten 30.718,35 € sichergestellt. In sechs Fällen konnte nicht festgestellt werden, ob P. oder A. der Auftraggeber war.

13 2. Eine Verurteilung wegen bandenmäßiger Begehungsweise hat das Landgericht abgelehnt und hierzu im Wesentlichen ausgeführt: Der für die An-

nahme einer Bande erforderliche Zusammenschluss von mindestens drei Personen habe nicht festgestellt werden können. Es seien keine konkreten Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass die Betäubungsmittelhändler P. und A. gemeinsam Kokaingeschäfte durchgeführt oder sich gekannt haben. Dasselbe gelte für eine ausdrückliche oder stillschweigende Abrede zwischen den zwei Angeklagten einerseits und den Betäubungsmittelhändlern P. oder A. andererseits, dauerhaft gemeinsam Betäubungsmitteldelikte zu begehen. Im Fall II. 1. der Urteilsgründe habe eine Einbindung des Angeklagten N. in eine gemeinsame Absprache zwischen P. und dem Angeklagten B. nicht festgestellt werden können; vielmehr spreche der Tatablauf eher dafür, dass er nur eine untergeordnete Funktion als Fahrer eingenommen habe. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus dem Inhalt überwachter Telefongespräche vom 20. Oktober 2008, aus denen folge, dass P. den Angeklagten N. erstmals direkt beauftragt und in den übrigen Fällen nur mit dem Angeklagten B. Kontakt gehabt habe.

14                    3. Die von der Staatsanwaltschaft vermissten Beweiserhebungen drängten sich auf, weil es sich um wesentliche Beweismittel handelte, um die Identität des Auftraggebers im Fall II. 2. der Urteilsgründe aufzuklären. Wer der Auftraggeber war, hat das Landgericht aufgrund sich insoweit widersprechender Angaben des Angeklagten B. offen gelassen. Eine bandenmäßige Begehung hat es in allen Fällen u. a. mit der Begründung abgelehnt, Anhaltspunkte für eine Verbindung zwischen den Auftraggebern P. und A. seien nicht erkennbar. Nach der polizeilichen Aussage des Zeugen H. in Verbindung mit den Erkenntnissen der in der Schweiz durchgeführten Telekommunikationsüberwachung war indes A. der Auftraggeber. Da nach den Feststellungen P. bei derselben Tat den Kurierlohn den Angeklagten auszahlte, hätte bei der Feststellung des A. als Auftraggeber eine Verbindung zwischen P. und A. nahe gelegen, sodass sich das Landgericht durch die vermisste Beweis-

erhebung möglicherweise die Überzeugung von einer Bandenabrede zwischen den Angeklagten, P. und A. für alle Fälle verschafft hätte. Jedenfalls wäre es ein weiteres Indiz von Gewicht für eine Bandenabrede zwischen den Angeklagten und A., wenn dieser in einem weiteren Fall als Auftraggeber hätte festgestellt werden können. Eine Vernehmung des Zeugen H. wäre zumindest im Wege der Rechtshilfe in der Schweiz möglich gewesen.

15 4. Die erfolgreiche Aufklärungsrüge führt zur Aufhebung des Urteils mit den zugehörigen Feststellungen, soweit die Angeklagten verurteilt worden sind. Die Feststellungen zum objektiven Tatgeschehen sind - mit Ausnahme des Fehlens einer Bandenabrede - rechtsfehlerfrei getroffen worden und können bestehen bleiben. Ergänzende Feststellungen, die dazu nicht in Widerspruch stehen, insbesondere zum jeweiligen Auftraggeber, sind zulässig.

16 III. Im Übrigen hätte die Revision auch mit der Sachrüge Erfolg.

17 Einzelne Passagen der Begründung, mit der eine bandenmäßige Begehung verneint worden ist, könnten zur Besorgnis Anlass geben, die Strafkammer habe aufgrund eines fehlerhaften rechtlichen Prüfungsmaßstabes zu hohe Anforderungen an eine Bandenabrede (vgl. hierzu BGHSt 47, 214, 218 f.; BGHSt 50, 160, 163 f.; BGHR BtMG § 30 Abs. 1 Nr. 1 Bande 6; BGH NStZ 2006, 176) gestellt. Jedenfalls hätte der Schuldspruch in allen Fällen deswegen keinen Bestand, weil die Beweiswürdigung des Landgerichts, die der Ablehnung bandenmäßigen Handelns zugrunde liegt, Lücken aufweist (Meyer-Goßner aaO § 337 Rdn. 27 ff.) und die erforderliche Gesamtwürdigung aller Indizien (BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 11) vermissen lässt.

18 1. Soweit das Landgericht ausführt, es sei nur in vier Fällen konkret feststellbar gewesen, dass P. (Fälle II. 1 und 3. der Urteilsgründe) bzw. A. (Fälle II. 5. und 6. der Urteilsgründe) der Auftraggeber gewesen sei, hat es nicht

bedacht, dass im Fall II. 2. der Urteilsgründe der Betäubungsmittelhändler P. den Angeklagten den Kurierlohn ausbezahlte und somit an der Tat beteiligt war. Obwohl der Angeklagte B. nach seinem Geständnis im Fall II. 7. der Urteilsgründe A. als Auftraggeber genannt hat, hat das Landgericht dies weder bei den Feststellungen noch in der Beweiswürdigung zur Frage der bandenmäßigen Begehung berücksichtigt.

19                    2. Soweit sich das Landgericht nicht in der Lage gesehen hat, aus dem Inhalt der überwachten Telefongespräche zwischen dem Angeklagten B. und P. vom 20. Oktober 2008, insbesondere aus der Äußerung von P. "Wir haben doch Sachen mit ihm (N. ) seit drei Jahren gemacht", ein gewichtiges Indiz für eine dauerhafte Verbindung zwischen P. und den zwei Angeklagten zu entnehmen, hat es nicht erkennbar in seine Überlegungen einbezogen, dass die Äußerungen zu Beginn der Gespräche auf ein weiteres Geschäft mit Em. (N. ) hindeuten (P. : "Ich habe jemanden aus Afrika gefunden, der sich be-reiterklärt hat. Em. möchte es nicht.") und sowohl der Anlass als auch der Gesamtzusammenhang der Äußerung es nahe legen, bei den seit Jahren gemachten Sachen handle es sich um vergleichbare Geldtransporte für Kokainlieferungen.

20                    3. Vor allem ist zu besorgen, dass das Landgericht rechtsfehlerhaft nicht alle für eine bandenmäßige Begehungsweise sprechenden Umstände in seine Beweiswürdigung einbezogen und diese lediglich einzeln bewertet, nicht aber der erforderlichen Gesamtwürdigung (BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 2, 11; BGH NStZ-RR 2004, 238, 239) unterzogen hat. Der relativ enge zeitliche Zusammenhang der Taten im Zeitraum von Mai 2006 bis Oktober 2008, deren große Anzahl ausschließlich für die Auftraggeber P. und A. , der jeweils gleichartige, eingespielte Tatablauf in den Fällen des Geldtransportes sowie die Höhe der den Angeklagten anvertrauten Geldsummen sind gewichtige Indizien

(vgl. BGHR BtMG § 30 Abs. 1 Nr. 1 Bande 9), die bei einer Gesamtschau mit den weiteren belastenden Umständen, insbesondere der Äußerung des Angeklagten B. gegenüber P. vom 20. Oktober 2008 bezogen auf den Angeklagten N. "... Wir haben doch Sachen mit ihm seit drei Jahren gemacht", für eine bandenmäßige Begehung sprechen können.

21 IV. Die Revision der Staatsanwaltschaft führt im Fall II. 2. der Urteilsgründe zur Aufhebung des Schuldspruchs und im Fall II. 1. der Urteilsgründe zur Aufhebung des Strafausspruchs auch zu Gunsten der Angeklagten (§ 301 StPO).

22 1. Bei dem zum Fall II. 2. der Urteilsgründe festgestellten Tatgeschehen haben sich die Angeklagten lediglich wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in jeweils nicht geringer Menge strafbar gemacht. Ein Kurier, dessen Tätigkeit sich in dem Transport bzw. der Transportbegleitung und der Übergabe des Rauschgifts erschöpft und ohne weiteren Einfluss auf die Abwicklung des eigentlichen Umsatzgeschäftes bleibt, ist bei der erforderlichen Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe nach den allgemeinen Grundsätzen lediglich der Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln schuldig (BGH NStZ 2007, 338 und 531; Winkler NStZ 2008, 444 f.). Solche Tätigkeiten sind hinsichtlich des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln als untergeordnete Unterstützungshandlungen einzuordnen (vgl. BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 56; BGH NStZ 2005, 228; BGH StraFo 2007, 332; Weber, BtMG 3. Aufl. § 29 Rdn. 482, 575 ff.).

23 2. Bei der Strafzumessung hat das Landgericht zu Lasten der Angeklagten gewertet, dass die Grenze zur nicht geringen Menge deutlich überschritten wurde, ohne den Wirkstoffgehalt des Kokains - notfalls im Wege der Schätzung

unter Berücksichtigung des Grundsatzes "im Zweifel für den Angeklagten" - festzustellen. Damit hat es einen für die Bestimmung des Schuldumfangs wesentlichen Umstand (Weber aaO Vor §§ 29 ff. Rdn. 799 ff., 804 ff. m. w. N.) offen gelassen. Der Senat kann nicht ausschließen, dass in den Fällen II. 1. und II. 2. der Urteilsgründe der jeweilige Strafausspruch auf diesem Rechtsfehler beruht. In den übrigen Fällen, in denen die Angeklagten den Verkaufspreis für das Kokain transportierten, ist wegen der verhängten Freiheitsstrafen von jeweils lediglich neun Monaten ausgeschlossen, dass das Landgericht bei genauer Feststellung der Wirkstoffmengen noch mildere Strafen verhängt hätte, sodass sich der Rechtsfehler nicht zu Lasten der Angeklagten ausgewirkt hat.

24 V. Die Teilfreisprüche der Angeklagten B. (Fälle II. 9. und 13. der Urteilsgründe) und N. (Fälle II. 7. und 11. der Urteilsgründe) halten rechtlicher Überprüfung stand.

25 Der Urteilsbegründung kann der jeweilige Tatvorwurf entnommen werden. Die Strafkammer setzt sich in der Beweiswürdigung mit den wesentlichen belastenden Indizien zwar knapp, aber noch ausreichend auseinander und begründet ohne durchgreifenden Rechtsfehler, aus welchen Gründen sie sich von den Straftaten, wegen der die Angeklagten freigesprochen worden sind, nicht hat überzeugen können. Eine Verletzung der Aufklärungspflicht oder sonstige Verfahrensfehler macht die Staatsanwaltschaft insoweit nicht geltend. In ihrer Revisionsbegründung stützt sie sich weitgehend auf urteilsfremdes Vorbringen, das im Rahmen der Sachrüge nicht berücksichtigt werden kann. Im Fall II. 7. der Urteilsgründe kam eine Verurteilung des Angeklagten N. wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln durch das Überlassen des Tatfahrzeugs nicht in Betracht, weil er nach den Feststellungen weder an der Fahrt beteiligt war noch von ihr wusste.

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

27 Der neue Tatrichter wird bei der Entscheidung über den Verfall zu prüfen haben, ob neben dem Kurierlohn auch die von der Schweiz nach Amsterdam verbrachten Kaufpreise für die Betäubungsmittel für verfallen zu erklären sind. Nach dem §§ 73 ff. StPO zugrundeliegende "Bruttoprinzip" unterliegen nicht nur die jeweiligen Gewinne ("Reinerlöse") dem Verfall, sondern ohne Abzug alle Vermögenswerte, die dem Tatbeteiligten für die Tat oder aus ihr in irgendeiner Phase des Tatablaufs zugeflossen sind (st. Rspr.; BGHSt 47, 369, 370 ff. und 50, 299, 309 f.; BGHR StGB § 73 c Härte 12 m. w. N.). Der einem Kurier ausgehändigte Kaufpreis unterliegt in voller Höhe dem Verfall oder dem Verfall von Wertersatz (BGHSt 51, 65, 68; BGHR StGB § 73 c Härte 12; BGH NStZ 2004, 440). Bei der Verfallsentscheidung wird die Härtevorschrift des § 73 c StGB zu berücksichtigen sein.

Becker

Pfister

von Lienen

Hubert

Schäfer