



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

2 StR 364/16

vom

3. Mai 2017

in der Strafsache

gegen

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

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts, zu Ziffer 1. a) und 3. auf dessen Antrag, und des Beschwerdeführers am 3. Mai 2017 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Bonn vom 4. März 2016, soweit es ihn betrifft,
  - a) im Schuldspruch dahingehend klargelegt, dass der Angeklagte des unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zehn Fällen, hiervon in zwei Fällen in Tateinheit mit unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, sowie der Beihilfe zum unerlaubten Handeln mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge schuldig ist;
  - b) im Strafausspruch und im Ausspruch über die Einziehung sowie
  - c) im Ausspruch über den Verfall des Wertersatzes, insoweit mit den zugehörigen Feststellungen,  
aufgehoben.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels des Angeklagten, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

3. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe:

1 Das Landgericht hat den Angeklagten des „unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zehn Fällen, hiervon in zwei Fällen in Tateinheit mit unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, sowie der Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge“ schuldig gesprochen und ihn zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren verurteilt. Ferner hat es eine Einziehungsentscheidung getroffen und wegen eines Betrages in Höhe von 80.000 € den Verfall von Wertersatz angeordnet.

2 Die hiergegen gerichtete, auf die Verletzung materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten führt zu der aus dem Beschlusstenor ersichtlichen Schuldspruchkorrektur (I.) und zur Aufhebung des Rechtsfolgenausspruchs (II.).

I.

3 Die Überprüfung des Urteils aufgrund der Sachrüge führt zu der aus dem Beschlusstenor ersichtlichen Schuldspruchkorrektur. Im Übrigen erweist sich die Revision als unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).

4 1. Ausweislich des in das Hauptverhandlungsprotokoll aufgenommenen Urteilstenors wurde der Angeklagte S. des „unerlaubten Handeltreibens mit

Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zehn Fällen, hiervon in drei Fällen in Tateinheit mit unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, sowie der Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge“ schuldig gesprochen. Demgegenüber lautete die dem Protokoll angefügte Urteilsformel dahin, dass der Angeklagte unter anderem der tateinheitlich in zwei Fällen begangenen unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge schuldig ist. Eine Berichtigung des am 3. Mai 2016 fertiggestellten Hauptverhandlungsprotokolls ist nicht erfolgt. Bei Widersprüchen zwischen der in das Hauptverhandlungsprotokoll aufgenommenen und der in den Urteilsgründen wiedergegebenen Urteilsformel ist die Formel im Hauptverhandlungsprotokoll maßgeblich (Meyer-Goßner/Schmitt StPO 60. Aufl. § 268 Rn. 18 mwN). Damit ist der Angeklagte der tateinheitlich in drei Fällen begangenen unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge schuldig gesprochen. Die Feststellungen tragen, worauf der Generalbundesanwalt in seiner Zuschrift zu Recht hingewiesen hat, jedoch nur die Annahme von zwei im Verhältnis der Tateinheit zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge stehenden Fällen der unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln. Der Schuldspruch war daher entsprechend abzuändern.

- 5                    2. Im Übrigen ist die Revision des Angeklagten gegen den Schuldspruch unbegründet. Dies gilt auch für die tatrichterliche Bewertung, der Angeklagte habe sich – auch – im Fall II. 5 der Urteilsgründe der mittäterschaftlichen Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge schuldig gemacht.

- 6 a) Den Tatbestand der unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln erfüllt, wer ohne Erlaubnis nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG Betäubungsmittel über die deutsche Hoheitsgrenze ins Inland verbringt (BGH, Urteil vom 22. Juli 1992 – 3 StR 35/92, BGHSt 38, 315, 317 f.). Nach ständiger Rechtsprechung verlangt der Tatbestand der unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln kein eigenhändiges Verbringen der Betäubungsmittel in die Bundesrepublik Deutschland. Als Täter einer Betäubungsmittelleinfuhr kommt deshalb nicht nur derjenige in Betracht, der das Rauschgift eigenhändig ins Inland verbringt. Mittäter kann auch sein, wer die Betäubungsmittel von anderen Personen über die deutsche Hoheitsgrenze bringen lässt (BGH, Beschluss vom 8. November 1989 – 3 StR 377/89, NStZ 1990, 130). Die bloße Veranlassung der Einfuhr genügt für die Annahme mittäterschaftlicher Einfuhr freilich nicht. Erforderlich ist vielmehr, dass der Betroffene einen Tatbeitrag erbringt, der sich bei wertender Betrachtung nicht bloß als Förderung fremden Tuns, sondern als Teil der zur Tatbestandsverwirklichung führenden Tätigkeit aller Mitwirkenden darstellt, und die Tathandlung der anderen als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheinen lässt (st. Rspr.; Senat, Urteil vom 15. März 2017 – 2 StR 23/16; vgl. BGH, Beschluss vom 8. November 1989 – 3 StR 377/89, NStZ 1990, 130). Wesentliche, in eine wertende Gesamtbetrachtung einzubeziehende Gesichtspunkte sind dabei der Grad seines Tatinteresses, der Umfang der Tatbeteiligung, die Tatherrschaft oder der Wille zur Tatherrschaft. Bezugspunkt dieser wertenden Beurteilung ist dabei der Einfuhrvorgang selbst (Senat, Urteil vom 15. März 2017 – 2 StR 23/16; BGH, Beschluss vom 2. Juni 2015 – 4 StR 144/15, BGHR BtMG § 30 Abs. 1 Nr. 4; Beschluss vom 25. Februar 2015 – 4 StR 16/15, NStZ 2015, 346; Beschluss vom 27. Mai 2014 – 3 StR 137/14, StV 2015, 633; Beschluss vom 11. Juli 1991 – 1 StR 357/91, BGHSt 38, 32, 33 mwN). Der Hintermann, der in seinem Interesse die unerlaubte Einfuhr der mit seinem Geld erworbenen oder zu bezahlenden Betäubungsmittel veranlasst, kann danach je nach Sach-

lage Mittäter, Anstifter oder Gehilfe sein (BGH, Urteil vom 22. Juli 1992 – 3 StR 35/92, BGHSt 38, 315, 319; BGH, Beschluss vom 31. März 1992 – 4 StR 112/92, NStZ 1992, 339).

7           b) Gemessen hieran ist die Annahme mittäterschaftlicher Einfuhr im Fall II. 5. der Urteilsgründe nicht zu beanstanden. Der Angeklagte hatte sich am Vortag gemeinsam mit dem nicht revidierenden Mitangeklagten U. und dem gesondert verfolgten T. nach V. begeben und bei seinem Lieferanten zwei Kilogramm Marihuana bestellt, um es in der Folgezeit gewinnbringend weiterzuveräußern. Auf Weisung des Angeklagten holten U. und T. das Rauschgift am Folgetag bei dem Lieferanten in V. ab, zahlten den vereinbarten Kaufpreis und transportierten das Rauschgift in ihrem Fahrzeug zur niederländisch-deutschen Grenze. Kurz vor Erreichen der Grenze übergaben beide das Rauschgift an einen Kurier, der das Rauschgift übernahm und es in seinem Fahrzeug über die Grenze nach Deutschland verbrachte. Vor diesem Hintergrund begegnet die Annahme des Landgerichts, der Angeklagte sei Mittäter der Einfuhr gewesen, weil er das Rauschgift persönlich bestellt, die Abholung des Rauschgifts am Folgetag veranlasst und damit bestimmenden Einfluss auf Zeitpunkt und Modalitäten der Einfuhr genommen hat, (noch) keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

## II.

8           1. Der Strafausspruch hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

9           a) Das Landgericht hat die Einziehung der beiden im Eigentum des Angeklagten stehenden Kraftfahrzeuge Mercedes Benz sowie Seat Leon, die der Angeklagte zur Tatbegehung genutzt hat, rechtsfehlerfrei auf § 74 Abs. 1,

Abs. 2 Nr. 1 StGB gestützt. Eine Maßnahme nach dieser Vorschrift hat strafähnlichen Charakter und stellt damit eine Strafzumessungsentscheidung dar (vgl. Senat, Beschluss vom 12. März 2013 – 2 StR 43/13, StV 2013, 565; BGH, Beschluss vom 16. Februar 2012 – 3 StR 470/11, NStZ-RR 2012, 169; Fischer StGB 64. Aufl. § 74 Rn. 2). Wird dem Täter auf diese Weise ein ihm zustehender Gegenstand von nicht unerheblichem Wert entzogen, so ist dies deshalb ein bestimmender Gesichtspunkt für die Bemessung der daneben zu verhängenden Strafe und insoweit im Wege einer Gesamtbetrachtung der den Täter treffenden Rechtsfolgen angemessen zu berücksichtigen (BGH, aaO; BGH, Beschluss vom 27. September 2011 – 3 StR 296/11, NStZ-RR 2011, 370; Beschluss vom 20. Juli 2011 – 5 StR 234/11, StV 2011, 726; Beschluss vom 20. September 1988 – 5 StR 418/88, BGHR StGB § 46 Abs. 1 Schuldausgleich 16; Urteil vom 12. Oktober 1993 – 1 StR 585/93, StV 1994, 76).

10            b) Dies hat das Landgericht nicht erkennbar bedacht. Den Wert der Kraftfahrzeuge, bei denen es sich ersichtlich um solche von nicht unerheblichem Wert handelt, hat es offen gelassen und im Rahmen der Strafzumessung nicht berücksichtigt. Der Senat kann deshalb nicht ausschließen, dass das Landgericht, hätte es die oben dargelegten Grundsätze beachtet, die von dem Angeklagten verwirkten Einzelstrafen und damit auch die Gesamtstrafe milder bemessen hätte.

11            2. Der Wegfall des Strafausspruchs führt auch zur Aufhebung der an sich rechtsfehlerfreien Einziehungsentscheidungen, denn diese stehen mit der Bemessung der Strafe in einem untrennbaren inneren Zusammenhang (BGH, Beschluss vom 16. Februar 2012 – 3 StR 470/11, NStZ-RR 2012, 169, 170).

12            3. Die den aufgehobenen Strafaussprüchen jeweils zugrunde liegenden Feststellungen werden von dem Rechtsfehler nicht berührt und können daher bestehen bleiben. Ergänzende, hierzu nicht in Widerspruch tretende Feststellungen sind möglich.

### III.

13            Die Anordnung des Verfalls des Wertersatzes über einen Geldbetrag in Höhe von 80.000 € kann keinen Bestand haben.

14            Das Landgericht hat festgestellt, dass „der Gegenwert“ des vom Angeklagten aus den Taten Erlangten in Höhe von 105.600 € „nicht mehr in Gänze“ in seinem Vermögen vorhanden ist. Es hat deshalb „in Anwendung der Härtefallvorschrift des § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB“ davon abgesehen, Verfall in Höhe des Gesamtbetrags anzuordnen und hat den Wertersatzverfall daher auf 80.000 € beschränkt. Eine „weitergehende Abmilderung wegen unbilliger Härte“ hat es abgelehnt.

15            Dies hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Das Landgericht hat keine Feststellungen zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Angeklagten getroffen. Soweit es im Rahmen der Ermessensentscheidung nach § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB auf die „im Rahmen der relativ umfassenden Überwachung zutage getretenen Lebensverhältnisse des Angeklagten“ abstellt, ist dies in Ermangelung näherer Darlegungen hierzu in den schriftlichen Urteilsgründen nicht nachvollziehbar. Dem angefochtenen Urteil ist – auch in seinem Gesamtzusammenhang – nicht zu entnehmen, in welchem Umfang noch wertmäßig aus den Taten Erlangtes im Vermögen des Angeklagten vorhanden und

somit die Ausübung tatrichterlichen Ermessens überhaupt erst eröffnet ist (vgl. BGH, Beschluss vom 16. Juli 2015 – 4 StR 265/15, NStZ-RR 2015, 307).

16 Vor dem Hintergrund dieser unzureichenden Feststellungen und Wertungen vermag der Senat weder zu prüfen, ob das Landgericht von seinem Ermessen rechtsfehlerfrei Gebrauch gemacht noch ob es eine unbillige Härte zutreffend ausgeschlossen hat. Zwar ist – worauf das Landgericht zutreffend hingewiesen hat – eine „unbillige Härte“ im Sinne dieser Vorschrift erst gegeben, wenn die Anordnung des Verfalls schlechthin ungerecht wäre und das Übermaßverbot verletzen würde. Bezugspunkt dieser Prüfung ist die Frage, wie sich die Verfallsanordnung auf das davon betroffene Vermögen auswirken würde. In Ansehung des Fehlens jeglicher Darlegungen hierzu vermag der Senat nicht zu prüfen, ob das Tatgericht das genannte Merkmal rechtsfehlerfrei ausgelegt hat.

17 Die Sache bedarf daher im Umfang der Aufhebung neuer Verhandlung und Entscheidung.

Krehl

Eschelbach

Zeng

Bartel

Grube