

**HRRS-Nummer:** HRRS 2004 Nr. 588

**Bearbeiter:** Karsten Gaede

**Zitiervorschlag:** BGH HRRS 2004 Nr. 588, Rn. X

---

**BGH 1 StR 522/03 - Urteil vom 21. April 2004 (LG Traunstein)**

**Verwertungsverbot bei unterbliebener Belehrung nach § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO und § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; Feststellung von bedingtem Vorsatz bei Kurierfahrten (Fahrlässigkeit; subjektive Zurechnung der gesamten, erheblichen Rauschgiftmenge; Strafzumessung); Entziehung der Fahrerlaubnis bei Kurierfahrten (charakterliche Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen; Zurückweisung der Anfrage des vierten Strafsenats).**

**§ 15 StGB; § 29 BtMG; § 46 StGB; § 69 Abs. 1 StGB; § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO**

**Leitsätze des Bearbeiters**

**1. Ein Drogenkurier, der weder auf die Menge des ihm übergebenen Rauschgifts Einfluss nehmen noch diese Menge überprüfen kann, wird in der Regel auch damit rechnen müssen, dass ihm mehr Rauschgift zum Transport übergeben wird, als man ihm offenbart. Das gilt jedenfalls dann, wenn zwischen ihm und seinem Auftraggeber kein persönliches Vertrauensverhältnis besteht. Lässt er sich auf ein solches Unternehmen ein, dann liegt auf der Hand, dass er die Einfuhr einer Mehrmenge billigend in Kauf nimmt. Gegen einen derartigen bedingten Vorsatz können aber Umstände sprechen, die dem Kurier die Überzeugung zu vermitteln vermögen, sein Auftraggeber habe ihm die Wahrheit gesagt (vgl. nur BGH NStZ 1999, 467).**

**2. Führt der Täter eine Rauschgiftmenge ein, die tatsächlich größer ist, als er sie sich vorgestellt hat, so darf die von seinem Vorsatz nicht umfasste Mehrmenge dann als tatschulderhöhend gewertet und mithin strafscharfend berücksichtigt werden, wenn ihn insoweit der Vorwurf der Fahrlässigkeit trifft (§ 46 Abs. 1 Satz 1 StGB; vgl. auch § 29 Abs. 4 BtMG; BGH StV 1996, 90).**

**Entscheidungstenor**

1. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Traunstein vom 29. Juli 2003 aufgehoben

a) im Strafausspruch und

b) soweit das Landgericht von der Entziehung der Fahrerlaubnis des Angeklagten abgesehen hat. 2. Die Revision des Angeklagten gegen das vorbezeichnete Urteil wird verworfen.

3. Der Angeklagte hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

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

**Gründe**

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen tateinheitlich begangener unerlaubter Einfuhr von und unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in jeweils nicht geringer Menge zur Freiheitsstrafe von acht Jahren verurteilt, seinen Pkw und 21,922 kg Kokain eingezogen sowie 980 € für verfallen erklärt; von der Entziehung der Fahrerlaubnis des Angeklagten hat es abgesehen. Die wirksam auf den Strafausspruch beschränkte Revision des Angeklagten bleibt erfolglos. Die zu Ungunsten des Angeklagten eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft richtet sich nach ihrer in der Verhandlung erklärten Beschränkung noch gegen den Strafausspruch und das Unterbleiben der Entziehung der Fahrerlaubnis; sie ist begründet. 1

Nach den getroffenen Feststellungen transportierte der Angeklagte auf Veranlassung eines gewissen "O." mit seinem 2

Pkw Opel Corsa, versteckt hinter den rückwärtigen Seitenverkleidungen, insgesamt 21,922 kg Kokain von Maastricht (Niederlande) aus nach Italien. Das Rauschgift war von einem Dritten, dem er das Fahrzeug vorübergehend überlassen hatte, im Wagen deponiert worden. Bei einer Polizeikontrolle in Deutschland wurde das Rauschgift entdeckt. Der Angeklagte hat sich unter anderem dahin eingelassen, mit "O." sei lediglich der Transport einer Menge von zwei Kilogramm verabredet gewesen.

Die Strafkammer hat sich nicht davon zu überzeugen vermocht, daß der Angeklagte hinsichtlich der Mehrmenge mit bedingtem Vorsatz oder auch nur fahrlässig gehandelt habe. 3

### **I. Die Revision des Angeklagten:**

Die Nachprüfung des Urteils deckt zum Strafausspruch keinen den Angeklagten beschwerenden Rechtsfehler auf. 4

1. Das Landgericht hat dem Angeklagten eine Strafrahmenermilderung nach § 31 Nr. 1 BtMG (i.V.m. § 49 Abs. 2 StGB) rechtsfehlerfrei versagt. Nach den Feststellungen des Landgerichts hat der Angeklagte nicht dazu beigetragen, daß die Tat über seinen eigenen Beitrag hinaus aufgeklärt werden konnte. 5

2. Der Senat schließt aus, daß die Strafkammer bei der konkreten Zumessung der Strafe die Wirkungen der ausgesprochenen achtjährigen Freiheitsstrafe für das künftige Leben des Angeklagten nicht hinreichend bedacht haben könnte. Im Zusammenhang mit den Auswirkungen der vollzogenen Untersuchungshaft hebt die Kammer ausdrücklich hervor, der Angeklagte sei durch die Trennung von seiner Familie nicht unerheblich beeindruckt (UA S. 22). Sie hat zudem den Lebensweg und die Lebensverhältnisse des Angeklagten ausführlich festgestellt. Daß ihr unter diesen Umständen die Wirkungen der verhängten Freiheitsstrafe aus dem Blick geraten sein könnten, ist ersichtlich nicht zu besorgen. Nur die bestimmenden Strafzumessungsgesichtspunkte sind in den Urteilsgründen ausdrücklich anzuführen (§ 267 Abs. 3 Satz 1 StPO). Angesichts des Gewichts der Tat des Angeklagten konnte den Folgen der Freiheitsentziehung ersichtlich nur geringe Bedeutung zukommen. 6

3. Der Strafausspruch begegnet auch sonst keinen rechtlichen Bedenken. 7

### **II. Die Revision der Staatsanwaltschaft:**

1. Die Aufklärungsrüge (§ 244 Abs. 2 StPO) ist unbegründet. Die Verlesung des Protokolls der Vernehmung des Angeklagten durch den Ermittlungsrichter drängte sich nicht auf. Die Beschwerdeführerin hat dies dementsprechend in der Hauptverhandlung auch nicht beantragt, sondern lediglich angeregt. 8

2. Die Strafkammer hat zu Recht ein Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der ersten Äußerungen des Angeklagten gegenüber der Polizei zur Menge des von ihm transportierten Kokains angenommen. Der Angeklagte war zum Zeitpunkt seiner Äußerungen nicht als Beschuldigter belehrt; die Strafkammer konnte sich auch nicht davon überzeugen, daß ihm die Beschuldigtenrechte aufgrund der in zurückliegender Zeit in Italien erfolgten Verurteilungen geläufig und aktuell bewußt waren. Die Erwägungen dazu sind tragfähig; gegen sie ist von Rechts wegen nichts zu erinnern. 9

3. Sachlich-rechtlich halten die Ausführungen des Landgerichts zur subjektiven Tatseite hinsichtlich der vom Angeklagten transportierten Kokainmenge der Überprüfung jedoch nicht in jeder Hinsicht stand. 10

a) Soweit die Beschwerdeführerin die Verneinung bedingten Vorsatzes des Angeklagten hinsichtlich der Kokainmenge beanstandet, deckt sie indessen keinen Rechtsfehler auf. Zwar wird ein Drogenkurier, der weder auf die Menge des ihm übergebenen Rauschgifts Einfluß nehmen noch diese Menge überprüfen kann, in der Regel auch damit rechnen müssen, daß ihm mehr Rauschgift zum Transport übergeben wird, als man ihm offenbart. Das gilt jedenfalls dann, wenn zwischen ihm und seinem Auftraggeber kein persönliches Vertrauensverhältnis besteht. Läßt er sich auf ein solches Unternehmen ein, dann liegt auf der Hand, daß er die Einfuhr einer Mehrmenge billigend in Kauf nimmt. Gegen einen derartigen bedingten Vorsatz können aber Umstände sprechen, die dem Kurier die Überzeugung zu vermitteln vermögen, sein Auftraggeber habe ihm die Wahrheit gesagt (vgl. nur BGH NSTZ 1999, 467). 11

Die Strafkammer hat hier alle Umstände des Falles ausdrücklich erwogen und Zweifel an der billigenden Inkaufnahme des Transports einer Mehrmenge nicht auszuräumen vermocht (vgl. UA S. 14-17). Diese tatsächliche Würdigung, die dem Tatrichter obliegt, ist vom Revisionsgericht hinzunehmen; sie läßt weder Würdigungslücken noch sonst von Rechts wegen zu beanstandende Erwägungen erkennen. 12

b) Die Urteilsgründe leiden indessen an einem Erörterungsmangel insoweit, als das Landgericht auch einen 13

Fahrlässigkeitsvorwurf hinsichtlich der gesamten Rauschgiftmenge verneint. Es begründet dies nicht weiter, sondern verweist lediglich auf die Ausführungen zur Verneinung bedingten Vorsatzes.

Das ist hier nicht tragfähig. Angesichts der geringeren Anforderungen an die Annahme etwa bewußter Fahrlässigkeit (vgl. dazu nur Weber BtMG 2. Aufl. § 29 Rdn. 1437 ff., insbesondere 1440-1442) und der übrigen zum Geschehensrahmen festgestellten Umstände hätte das besonderer Begründung bedurft. Da der Angeklagte die Größe der Hohlräume in seinem Pkw kannte und diese seinem Auftraggeber "O." gar vor Antritt der Fahrt durch Abschrauben einer Seitenverkleidung gezeigt hatte, liegt die Annahme von Fahrlässigkeit nicht fern. 14

c) Die abgeurteilten Straftatbestände setzen wenigstens Vorsatz voraus. 15

Führt der Täter aber eine Rauschgiftmenge ein, die tatsächlich größer ist, als er sie sich vorgestellt hat, so darf die von seinem Vorsatz nicht umfaßte Mehrmenge dann als tatschulderhöhend gewertet und mithin strafscharfend berücksichtigt werden, wenn ihn insoweit der Vorwurf der Fahrlässigkeit trifft (§ 46 Abs. 1 Satz 1 StGB; vgl. auch § 29 Abs. 4 BtMG; BGH StV 1996, 90; BGH, Urt. v. 20. Dezember 1995 - 2 StR 460/95). Die Strafkammer indessen hat hier die strafscharfende Berücksichtigung der die Vorstellung des Angeklagten übersteigenden Rauschgiftmenge ausdrücklich abgelehnt (UA S. 24). 16

Danach kann der Strafausspruch keinen Bestand haben. Der Senat vermag nicht sicher auszuschließen, daß die hohe Strafe ohne den rechtlichen Mangel im Blick auf die erheblichen Mengenunterschiede (vorgestellte Menge: 2 kg; tatsächlich transportierte Menge: fast 22 kg Kokain) noch höher ausgefallen wäre. 17

4. Schließlich hält auch die Ablehnung der Entziehung der Fahrerlaubnis rechtlicher Nachprüfung nicht stand. 18

Das Landgericht hat lediglich ausgeführt, der versteckte Transport des Rauschgifts im Fahrzeug rechtfertige nicht die Annahme charakterlicher Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen. Das genügt hier nicht. Der Angeklagte war im Begriff, eine außergewöhnlich große Menge von Betäubungsmitteln im Auftrag einer kriminellen Organisation - auch aus persönlichem Gewinnstreben - unter Einsatz seines Pkw's von Maastricht nach Italien zu transportieren. Er hat sein Fahrzeug gezielt als Transport- und damit als Tatmittel eingesetzt sowie seine Fahrerlaubnis - sollte er über eine solche verfügen - für eine schwerwiegende Straftat mißbraucht. Vor dem Hintergrund seiner Vorverurteilungen auch wegen Betäubungsmitteldelikten und angesichts der Ergebnisse der Haaranalyse, der Urinprobe sowie des positiven "Drug-Whipe-Tests" lag deshalb die Annahme nahe, er sei charakterlich ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen (vgl. § 69 Abs. 1, §§ 69a, 69b StGB; vgl. zur Maßregel weiter: Tröndle/Fischer StGB 51. Aufl. § 69b Rdn. 3). 19

Das Landgericht hat sich bei der Ablehnung der Maßregel auf die neuerdings vom 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs vertretene Rechtsauffassung zur Auslegung des § 69 Abs. 1 StGB berufen, die von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs abweicht. Der erkennende Senat folgt dem jedoch nicht (vgl. nur Senat, Beschl. v. 14. Mai 2003 - 1 StR 113/03 - NStZ 2003, 658 m.w.N.). Er ist durch das vom 4. Strafsenat eingeleitete Anfrageverfahren nach § 132 Abs. 3 GVG nicht gehindert, wie geschehen zu entscheiden (vgl. BGHR GVG § 132 Anfrageverfahren 1). 20

5. Der Strafausspruch sowie die Frage der Entziehung der Fahrerlaubnis bedürfen danach neuer Verhandlung und Entscheidung. Die insoweit rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen können bestehen bleiben. Ergänzende Feststellungen sind zulässig. 21