



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

1 StR 145/14

vom

3. September 2014

in der Strafsache

gegen

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

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom
3. September 2014, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Raum,

der Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Graf,
die Richterin am Bundesgerichtshof
Cirener
und die Richter am Bundesgerichtshof
Prof. Dr. Radtke,
Prof. Dr. Mosbacher,

Staatsanwältin beim Bundesgerichtshof
als Vertreterin der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt - in der Verhandlung -
als Verteidiger,

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 13. November 2013 aufgehoben, soweit der Angeklagte verurteilt worden ist. Die weitergehende Revision wird verworfen.
2. Auf die Revision des Angeklagten wird das vorbezeichnete Urteil im Strafausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.
3. Im Umfang der Aufhebungen wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Gründe:

1. Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in elf Fällen, davon in zehn Fällen in Tateinheit mit vorsätzlichem unerlaubten Erwerb von Betäubungsmitteln zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren und sechs Monaten verurteilt, seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angeordnet und einen Vorwegvollzug von einem Jahr und neun Monaten bestimmt. Daneben hat es

den Verfall von Wertersatz in Höhe von 25.000 Euro angeordnet. Im Übrigen hat es ihn aus tatsächlichen Gründen freigesprochen.

2 Hiergegen wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihrer auf die Sachrüge gestützten Revision, die sie auf den verurteilenden Teil des Erkenntnisses beschränkt. Sie beantragt insoweit die Aufhebung des Urteils mit den Feststellungen und die Zurückverweisung an eine andere Strafkammer. Sie beanstandet, dass das Landgericht ausgehend von den getroffenen Feststellungen eine Bande im Sinne von § 30a Abs. 1 BtMG ausgeschlossen und keine Feststellungen zur Bandenabrede getroffen habe.

3 Der Angeklagte wendet sich mit seiner Revision allein gegen die Strafzumessung. Er beanstandet unter anderem, dass seine Aufklärungshilfe nicht gewürdigt worden sei und nicht zur Anwendung des § 31 BtMG geführt habe.

4 Beide Rechtsmittel haben in dem aus der Urteilsformel ersichtlichen Umfang Erfolg.

A.

5 I. Das Landgericht hat folgende Feststellungen getroffen:

6 Der Angeklagte fuhr im Sommer 2009 in Begleitung des gesondert Verfolgten P. nach F. , um sich dort eine Bezugsquelle für Haschisch zu suchen. Das Haschisch wollte er in N. gewinnbringend weiterverkaufen und mit einem Teil seinen Eigenkonsum bestreiten. Er stellte den Kontakt zu einem Händler her, den er später nach einem weiteren Besuch in F. wechselte. Im Zeitraum zwischen dem 20. Juni 2009 und September 2010 bezog der Angeklagte in elf Fällen Haschisch aus F. . Hierbei „be-

diente“ er sich „der Unterstützung des anderweitig Verfolgten P. , später auch der anderweitig Verfolgten K. und J. “ (UA S. 17).

7 Dabei gingen sie stets in gleicher Weise vor. Wer von den beteiligten Personen zufällig verfügbar war, fuhr mit dem Auto zum Erwerb nach F. . Im Vorfeld der Beschaffungsfahrten hatte der Angeklagte mit dem jeweiligen Händler schon die Bezugsmenge, den hierfür zu zahlenden Preis sowie Ort und Zeit der Übergabe vereinbart. Das Geld für den Kauf stammte vom Angeklagten. Das Rauschgift wurde durch Paketdienste an die Wohnadresse des P. oder des K. zugestellt. Die beteiligten Personen brachten es stets in einen Keller im Wohnhaus des P. , in dem der Angeklagte eine Garage gemietet hatte. Dieser Keller diente als „Bunker“, aus dem heraus sowohl der Angeklagte als auch P. , K. und J. den Verkauf betrieben. Letztere übergaben für jede entnommene 100-Gramm-Platte des Rauschgifts jeweils 400 Euro an den Angeklagten. Dieser günstige Preis war ihnen vom Angeklagten als Gegenleistung für ihre Unterstützung bei den Fahrten eingeräumt worden. Alle Beteiligten hatten kraft Kenntnis des Schlüsselverstecks freien Zugang zu dem Rauschgift und sie konnten sich jederzeit daraus bedienen.

8 Das gehandelte Rauschgift hatte in zehn Fällen einen Wirkstoffgehalt von fünf Prozent Tetrahydrocannabinol, in einem Fall allerdings nur einen solchen von drei Prozent. Von jeder Menge waren jeweils 100 Gramm für den Eigenkonsum des Angeklagten bestimmt. Im Einzelnen handelte es sich um folgende Taten:

9 1. Bei der ersten Fahrt am 20. Juni 2009 fuhren der Angeklagte und P. nach F. und erwarben 500 Gramm Haschisch.

10 2. Zwischen dem 20. Juni und dem 27. August 2009 fuhren beide erneut dorthin und erwarben ein Kilogramm dieses Rauschgifts.

11 3. Im Auftrag des Angeklagten machten sich am 27. August 2009 P. , J. , K. und eine weitere Person nach F. auf. Dort sollten sie zwei Kilogramm Haschisch erwerben, was der Angeklagte zuvor mit seiner Bezugsquelle so vereinbart hatte. Sie hatten allerdings einen unfallbedingten Fahrzeugschaden, so dass sie nicht nach F. gelangten.

12 4. bis 7. Nach dem 27. August 2009 fanden vier Fahrten durch P. und mindestens eine unbekannte Person statt, bei denen jeweils ein Kilogramm Haschisch erworben wurde.

13 8. Ebenfalls nach dem 27. August 2009 fuhr P. mit mindestens einer unbekanntenen Person nach F. und erwarb dort zwei Kilogramm Haschisch.

14 9. bis 11. Es folgten drei Fahrten zwischen dem 1. Januar und September 2010 durch P. und J. , bei der sie jeweils zwei Kilogramm Haschisch erwarben.

15 II. Das Landgericht hat die Taten jeweils als Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gemäß § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG gewertet. In zehn Fällen ist es zudem im Hinblick auf die Eigenkonsummenge von einem Tateinheitlich hierzu begangenen unerlaubten Erwerb von Betäubungsmitteln gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG ausgegangen. Eine bandenmäßige Begehung hat es hingegen abgelehnt. Es hat die gesondert Verfolgten P. , K. und J. als dem Angeklagten gegenüber selbst

ständige Geschäftspartner auf der Abnehmerseite angesehen. Hierzu führt es folgende Aspekte an:

16 Das Risiko bei Einkauf und Lagerung der Ware habe allein den Angeklagten getroffen. Dies gelte auch für das Risiko des Abverkaufs; der Angeklagte habe als Verkäufer Preis, Ort und Zeitpunkt des Verkaufs bestimmt. Es habe weder eine Verpflichtung zum Verkauf noch zur Abgabe eines prozentualen Anteils des Verkaufserlöses in eine gemeinsame Kasse gegeben. Bei den Beschaffungsfahrten hätten die vier Beteiligten zwar als Mittäter agiert, „aber keinen darüberhinausgehenden Zusammenschluss“ (UA S. 39) gebildet. Bei bestehendem gegenseitigem Interesse daran, „die Geschäfte am Laufen“ (UA S. 39) zu halten, habe sich aber niemand für die Geschäfte des anderen interessiert oder für diese Verantwortung übernommen. Dies gelte auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass alle gesondert Verfolgten übereinstimmend angegeben hätten, „der Angeklagte habe ihnen eine Badewanne voll Geld versprochen“ (UA S. 39). Denn tatsächlich habe es keine gemeinsame Kasse gegeben, der Angeklagte habe vielmehr mit seinen inhaltslosen Versprechungen nur die anderen Beteiligten bei der Stange halten wollen.

17 III. Das Landgericht ist für jede Tat vom Strafraumen des § 29a Abs. 1 BtMG ausgegangen. Einen minder schweren Fall nach § 29a Abs. 2 BtMG hat es jeweils abgelehnt. Die Voraussetzungen des § 31 BtMG hat es nicht als gegeben angesehen, da der Angeklagte keine Aufklärungshilfe geleistet habe. Es hat auf Einzelfreiheitsstrafen zwischen einem Jahr und drei Monaten bis zu zwei Jahren und sechs Monaten erkannt. Bei der Gesamtstrafenbildung hat es noch einen Härteausgleich wegen der vollständigen Vollstreckung einer im Übrigen gesamtstrafenfähigen Strafe vorgenommen.

B.

18 Die Revision der Staatsanwaltschaft

19 I. Der Schuldspruch hält der sachlich-rechtlichen Nachprüfung nicht
stand; er enthält allein den Angeklagten begünstigende Rechtsfehler. Die Aus-
führungen zur Frage, ob es sich bei dem Angeklagten einerseits und den ande-
ren Beteiligten P. , K. und J. anderer-
seits um eine Bande oder um sich jeweils selbständig gegenüber stehende
Verkäufer und Erwerber handelte, begegnen durchgreifenden rechtlichen Be-
denken. Die Wertung, der Angeklagte habe nicht bandenmäßig gehandelt,
kann daher keinen Bestand haben.

20 1. Wesentliches Merkmal einer Bande ist die auf eine gewisse Dauer
angelegte Verbindung von mindestens drei Personen zur gemeinsamen De-
liktsbegehung (BGH, Beschluss vom 22. März 2001 – GSSt 1/00, BGHSt 46,
321; Urteile vom 22. April 2004 – 3 StR 28/04, NStZ 2004, 696, und vom
29. Februar 2012 – 2 StR 426/11). Daran fehlt es, wenn sich die Beteiligten
eines Betäubungsmittelgeschäfts auf der Verkäufer- und der Erwerberseite
selbständig gegenüber stehen, auch wenn sie in einem eingespielten Bezugs-
und Absatzsystem im Rahmen einer andauernden Geschäftsbeziehung han-
deln. Ob eine Person, die regelmäßig von einem bestimmten Verkäufer Betäu-
bungsmittel zum Zwecke des gewinnbringenden Weiterverkaufs bezieht, in
dessen Absatzorganisation als verlängerter Arm eingebunden ist oder dieser
auf der Abnehmerseite als selbständiger Geschäftspartner gegenüber steht,
beurteilt sich wesentlich nach der getroffenen Risikoverteilung (BGH, Beschlüs-
se vom 6. Februar 2007 – 4 StR 612/06, NStZ 2007, 533; vom 5. Oktober 2007
– 2 StR 436/07, NStZ-RR 2008, 55; vom 5. Juli 2011 – 3 StR 129/11, StraFo
2011, 413 mwN; vom 31. Juli 2012 – 5 StR 315/12, NStZ 2013, 49).

21 2. Diese Obersätze hat das Landgericht zwar seinen Ausführungen vorangestellt, bezieht für die erforderliche Abgrenzung aber danach wesentliche Aspekte nicht ein. Die rechtliche Bewertung ist daher auf einer lückenhaften Grundlage erfolgt.

22 Die Ausführungen des Landgerichts nehmen zur Frage, ob eine Bande vorliegt, nur den der Beschaffung des Rauschgifts nachfolgenden Verkauf durch den Angeklagten und seine Mittäter in den Blick. Dies erweist sich als unzureichend, da Bezugspunkt für die Prüfung, ob der Angeklagte einerseits und die anderen Beteiligten andererseits auf wirtschaftlich unterschiedlichen Seiten dieses Geschäfts stehen, sämtliche Teilakte des Handelstreibens sind, mithin auch der Teilakt der mittäterschaftlich organisierten Beschaffung. Anders als in den Fallkonstellationen, in denen es um die Bewertung reiner Absatzbeziehungen zwischen Verkäufer und Erwerber geht, war der stets „auf eine bestimmte Art und Weise“ (UA S. 17) erfolgende Tatablauf nicht nur durch ein Zusammenwirken beim Absatzgeschäft gekennzeichnet, sondern auch durch eine arbeitsteilig erfolgende Beschaffung des Rauschgifts, weswegen das Landgericht insoweit die Beteiligten und den Angeklagten als Mittäter angesehen hat.

23 Dieser Teilakt war durch ein gemeinsames Interesse an dem Vollzug des vom Angeklagten zuvor mit seinem Händler ausgehandelten Ankaufgeschäfts und mithin durch ein gemeinsames Agieren auf der Erwerberseite geprägt. Dies kommt in den Modalitäten zur Fahrt nach F. , der Versendung der Drogen an die Mittäter des Angeklagten und der damit verbundenen Überbürdung des Entdeckungsrisikos auf diese zum Ausdruck.

24 3. Eine Schuldspruchumstellung durch den Senat kam nicht in Betracht, da es an tragfähigen Feststellungen zur erforderlichen Bandenabrede fehlt. In-

soweit ist der Verteidigung darin Recht zu geben, dass die Mittäterschaft allein noch nicht ausreichend ist für die Annahme einer bandenmäßigen Begehung, es vielmehr einer ausdrücklichen oder konkludenten Abrede darüber bedarf, mit den anderen Bandenmitgliedern in Zukunft für eine gewisse Dauer eine unbestimmte Zahl von Straftaten zu begehen (vgl. BGH, Beschluss vom 22. März 2001 – GSSt 1/00, BGHSt 46, 321, 328 ff.; Beschluss vom 14. Mai 2014 – 2 StR 465/13).

25 4. Da es sich allein um einen Subsumtionsfehler handelt, bedurfte es nicht der Aufhebung von Feststellungen, die rechtsfehlerfrei getroffen sind. Das neu zuständige Tatgericht wird aber ergänzende, nicht im Widerspruch zu den bisherigen stehende Feststellungen, insbesondere zu den Umständen der Verabredung der Begehung der Taten zwischen dem Angeklagten und P. , K. und J. , zu treffen haben.

26 II. Die für sich genommen rechtsfehlerfreie tateinheitliche Verurteilung auch wegen unerlaubten Erwerbs von Betäubungsmitteln gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG im Hinblick auf die zum Eigenkonsum bestimmte Menge wird von der Aufhebung mitumfasst.

27 III. Das gleiche gilt sowohl für die Anordnung des Wertersatzverfalls als auch für die der Unterbringung in der Entziehungsanstalt. Zwar richtete sich das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft nicht gegen diese Teile des Rechtsfolgenausspruchs; eine Beschränkung kommt aber nicht in Betracht, da beide Anordnungen auf der Feststellung von rechtswidrigen Taten beruhen.

C.

28 Die Revision des Angeklagten

29 I. Die Revision des Angeklagten, die sich nach dem Inhalt der Beanstan-
dungen allein gegen den Strafausspruch wendet, hat Erfolg. Denn das Urteil
leidet im Hinblick auf die Prüfung der Voraussetzungen des § 31 BtMG an ei-
nem durchgreifenden Erörterungsmangel.

30 Zu Recht beanstandet der Revisionsführer, dass das Urteil eine Ausein-
andersetzung mit seiner vor Eröffnung des Hauptverfahrens abgegebenen
schriftlichen Einlassung vermissen lässt, mithin wesentlichen in die Hauptver-
handlung eingeführten Beweisstoff unberücksichtigt gelassen hat (vgl. hierzu
BGH, Beschluss vom 27. September 2007 – 4 StR 1/07, NStZ-RR 2008, 83;
Beschluss vom 10. März 2011 – 2 StR 49/11; Beschluss vom 27. März 2012
– 3 StR 49/12, NStZ 2012, 709). Da die Revision klar erkennen lässt, gegen
welche Unterlassung der bestimmte Vorwurf der Rechtsverletzung erhoben
wird, und die den behaupteten Fehler belegenden Tatsachen vollständig vor-
trägt, ist es unschädlich, dass sie die Rüge unter dem Aspekt der Verletzung
sachlichen Rechts erhoben hat (vgl. BGH, Urteil vom 9. November 2011
– 1 StR 302/11).

31 Die Erklärung, deren fehlende Berücksichtigung gerügt wird, ist von der
Revision umfassend, auch hinsichtlich des Zeitpunkts und der weiteren Um-
stände ihrer Abgabe, vorgetragen worden. Daraus ergibt sich, dass der Ange-
klagte zu diesem Zeitpunkt mehrere Abnehmer und Lieferanten mittels konkre-
ter Namens- oder Wohnangaben individualisierbar benannt hat. Dass diese
Erklärung zum Inbegriff der Hauptverhandlung geworden ist, ergibt sich neben
dem Revisionsvortrag auch aus dem Urteil selbst, in dem erwähnt ist, dass die
datumsmäßig bezeichnete schriftliche Stellungnahme des Angeklagten in der

Hauptverhandlung verlesen worden ist (UA S. 21). Da zugleich eine zulässige Sachrüge erhoben ist, kann ergänzend auf die Urteilsgründe zurückgegriffen werden (BGH, Urteil vom 3. November 2000 – 2 StR 354/00, BGHSt 46, 189, 190 f.; Beschluss vom 18. Juli 2007 - 1 StR 296/07).

32 Vor diesem Hintergrund hätte es das Landgericht im Rahmen der Strafzumessung nicht dabei bewenden lassen dürfen, das Vorliegen von Aufklärungshilfe ohne weitere Begründung zu verneinen. Es hätte vielmehr einer Auseinandersetzung damit bedurft, warum die Erklärung des Angeklagten die Voraussetzungen des § 31 BtMG nicht zu erfüllen vermag. Hierzu hätte auch deshalb Anlass bestanden, weil das Landgericht an der Richtigkeit der Einlassung des Angeklagten hinsichtlich des Bezugs- und Absatzsystems keine Zweifel hatte (UA S. 28 f.).

33 Da die Versagung des fakultativen Strafmilderungsgrunds des § 31 BtMG damit nicht nachvollziehbar begründet ist, ist ein Beruhen der Strafzumessung auf diesem Aspekt nicht auszuschließen.

34 II. Auf die weitere verfahrensrechtliche Beanstandung, die auf keinen weiteren Aufhebungsumfang zielt, kam es daher nicht mehr an.

35 III. Der Revisionsvortrag, das Landgericht habe den Härteausgleich unzutreffend berechnet, da es nicht gesondert berücksichtigt habe, dass durch die vollständige Vollstreckung der ansonsten gesamtstrafenfähigen Strafe von zehn Monaten diese Zeit nicht auf den Vorwegvollzug anzurechnen und somit eine Verzögerung des Therapieantritts eingetreten sei, zeigt keinen Rechtsfehler auf.

36 1. Schon die Prämisse des Revisionsführers, dass „betäubungsmittelabhängige Täter so frühzeitig wie möglich einer Suchttherapie zu unterziehen

sind“, (RB S. 9) findet in der gesetzlichen Regelung des § 67 Abs. 2 Satz 2 und 3 StGB keine uneingeschränkte Stütze.

- 37 2. Es bestand aber auch kein Anlass für die Gewährung eines weitergehenden Härteausgleichs. Das Landgericht hat die entgangene Gesamtstrafenbildung wegen der vollständigen Vollstreckung der Freiheitsstrafe von zehn Monaten aus einer Vorverurteilung dadurch ausgeglichen, dass es zunächst eine fiktive Gesamtstrafe gebildet und sodann von dieser die schon vollstreckte Strafe abgezogen hat. Hiergegen ist nichts zu erinnern (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 29. Juli 1982 – 4 StR 75/82, BGHSt 31, 102, 103; Beschluss vom 9. November 2010 – 4 StR 441/10, NJW 2011, 868).

Raum

Graf

Cirener

Radtke

Mosbacher