



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

2 StR 329/22

vom
15. Februar 2024
in der Strafsache
gegen

- 1.
- 2.

wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts, zu Ziffer 3 auf dessen Antrag, und nach Anhörung der Beschwerdeführer am 15. Februar 2024 gemäß § 349 Abs. 2 und 4, § 206a StPO beschlossen:

1. Auf die Revisionen der Angeklagten B. und K. gegen das Urteil des Landgerichts Wiesbaden wird, auch soweit es den Angeklagten L. betrifft,
 - a) das Verfahren eingestellt, soweit die Angeklagten wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln in 21 Fällen, ausgenommen die Taten vom 11., 12. und 22. Februar 2021, verurteilt wurden; die insoweit entstandenen Kosten des Verfahrens und notwendigen Auslagen der Angeklagten fallen der Staatskasse zur Last;
 - b) das Urteil aufgehoben
 - aa) hinsichtlich der Verurteilung wegen der Taten vom 11., 12. und 22. Februar 2021 (Fälle 2 bis 4 der Anklageschrift) mit den Feststellungen zur Bandenabrede,
 - bb) in den jeweiligen Aussprüchen über die diesbezüglichen Einzelstrafen sowie die Gesamtstrafen.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Jugendkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

3. Die weitergehenden Revisionen werden verworfen.

Gründe:

1 Das Landgericht hat die Angeklagten B. und K. jeweils wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln in 24 Fällen und wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verurteilt, den Angeklagten B. insoweit auch in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln, verurteilt. Den Angeklagten K. hat es außerdem wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in einem weiteren Fall schuldig gesprochen. Gegen den Angeklagten B. hat das Landgericht eine Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten verhängt, gegen den Angeklagten K. unter Einbeziehung zweier früherer Urteile eine Einheitsjugendstrafe von drei Jahren und sechs Monaten. Gegen dieses Urteil richten sich die Revisionen der Angeklagten B. und K. mit der unausgeführten Rüge der Verletzung formellen Rechts und der Sachbeschwerde. Die Rechtsmittel haben aufgrund der Sachrüge in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang Erfolg; dies ist gemäß § 357 StPO auf den Nichtrevidenten L. zu erstrecken. Im Übrigen sind die Rechtsmittel unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

I.

2 Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

3 1. Die Angeklagten B., K. und L. fanden in einem Hinterhaus ein Quartier, in dem sie ungestört Drogen konsumieren und „chillen“

konnten. Spätestens ab dem 1. Dezember 2020 kamen sie überein, gemeinsam Marihuana zu erwerben. Sie sahen vor, einen Teil dieser Betäubungsmittel jeweils selbst zu konsumieren, den weiteren Teil sollten K. und L.

gewinnbringend veräußern. B. hatte Kontakte zu Lieferanten und war für den Ankauf des Marihuanas zuständig. K. und L. wollten den nicht für den Eigenkonsum vorgesehenen Teil der Betäubungsmittel verkaufen, wobei jeder der beiden über einen getrennten Kundenkreis von 15 bis 20 Abnehmern verfügte. B. beschaffte neues Marihuana, wenn die Vorräte zur Neige gingen und die Gefahr bestand, dass die Belieferung der Kunden von K. und L. sowie der Eigenkonsum aller Angeklagten nicht mehr gesichert waren. Dann sprachen sie ab, welche Menge an Marihuana B. beschaffen sollte. Dieser erwarb das Marihuana für 7,50 € pro Gramm und gab die von K.

und L. bestellten Mengen zu diesem Einkaufspreis an sie ab. K. und L. verkauften das in Plomben zu 0,8 g abgepackte Marihuana für 10 € pro Plombe an ihre jeweiligen Kunden. „Gute Kunden“ konnten auf Anfrage einen Rabatt erhalten. Über Preisermäßigungen entschieden L.

und B., wobei B. das letzte Wort hatte, wenn L. seinen Anteil am Kaufpreis noch nicht gezahlt hatte. War ein Kunde säumig, sprachen sich B., K. und L. ab, ob und wie sie Druck auf ihn ausüben könnten. Notfalls sollte Gewalt ausgeübt werden, wofür gegebenenfalls K.

zuständig sein sollte.

4

Ab dem 1. Dezember 2020 fanden bis zum 22. Februar 2021 mindestens zwei Einkaufsfahrten pro Woche statt, bei denen B. jeweils durchschnittlich 100 g Marihuana erwarb. Nach dem Erwerb der Gesamtmenge entnahm er sich daraus seinen Anteil zum Eigenkonsum und übergab K. und L.

die von ihnen bestellten Teilmengen. Von durchschnittlich erworbenen 100 g Marihuana verwendeten B. 25 g, K. 15 g und L. 7,5 g für

ihren Eigenkonsum. Das übrige Marihuana wurde von L. und K. verkauft. Die Abnehmer wandten sich stets an ihren gewohnten Verkäufer. Gelegentlich kam es vor, dass L. aus dem Konsumvorrat von B. Marihuana verkaufte, wenn sein Vorrat aufgebraucht war und eine neue Beschaffung noch ausstand.

5 K. erwarb in einem Fall auch außerhalb der Betäubungsmittelgeschäfte der Gruppe Kokain zum eigenen Weiterverkauf. Am 15. Januar 2021 fuhr er mit dem Fahrer V. zu dem gesondert verfolgten D. und erwarb von diesem Kokain im Wert von mindestens 300 € zum gewinnbringenden Verkauf (Fall 1 der Anklageschrift). Es folgten folgende vom Landgericht konkretisierte Marihuanageschäfte der Gruppe (Fälle 2 bis 4 der Anklageschrift):

6 Am 11. Februar 2021 traf L. den als Kurier eingesetzten Y. und übernahm von diesem zwei Plomben Marihuana im Gesamtnettogewicht von 1,6 g, die B. „für die Gruppe“ bei dem gesondert verfolgten S. gekauft hatte (Fall 2 der Anklageschrift). Am 12. Februar 2021 orderte B. 40 Plomben Marihuana mit 31,76 g Gesamtgewicht, die K. von dem Kurier Dr. entgegennahm (Fall 3 der Anklageschrift). Am 22. Februar 2021 fuhr B. mit dem Nichtrevidenten P. als Fahrer zu seinem Lieferanten in K.. Dort kaufte und übernahm er 145,96 g Marihuana. Nach ihrer Rückkehr zu dem Hinterhaus bemerkten B. und P. eine unbekannte Person, legten die Einkaufsstüte ab und flüchteten. Das Marihuana wurde von Polizeibeamten sichergestellt, die das Anwesen observiert hatten (Fall 4 der Anklageschrift).

7 2. Die Strafkammer ist davon ausgegangen, dass sich die Angeklagten L., K. und B. untereinander nicht als Verkäufer und Käufer von Marihuana gegenüberstanden, sondern arbeitsteilig zusammenwirkten, um gemeinsam dauerhaft mit Marihuana Handel zu treiben. Dazu hätten sie eine

Bande gebildet und bei den 24 Marihuanageschäften neben dem tateinheitlichen Besitz von Betäubungsmitteln bandenmäßig Handel mit Marihuana getrieben, wobei es sich im Zweifel zugunsten der Angeklagten nur bei der Tat vom 22. Januar 2021 (Fall 4 der Anklageschrift) um eine nicht geringe Menge gehandelt habe. Auch der Angeklagte B. sei Mittäter des Handeltreibens gewesen. Unabhängig von den anderen Taten habe K. bei dem Erwerb von Kokain zum eigenen Weiterverkauf mit Betäubungsmitteln Handel getrieben (Fall 1 der Anklageschrift).

II.

- 8 1. Die Verfahrensrügen sind nicht ausgeführt und daher unzulässig.
- 9 2. Es liegt aber ein vom Senat aufgrund der zulässigen Revision von
Amts wegen zu beachtendes Verfahrenshindernis hinsichtlich der als bandenmä-
ßiges Handeltreiben mit Betäubungsmitteln abgeurteilten undatierten Taten der
Beschwerdeführer und des Nichtrevidenten L. , also der als bandenmä-
ßiges Handeltreiben mit Betäubungsmitteln abgeurteilten Taten mit Ausnahme
der Fälle 1 bis 4 der Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Wiesbaden vom
2. August 2021, vor. Insoweit fehlt es an einer Anklageerhebung als Prozessvo-
oraussetzung für das gerichtliche Verfahren.
- 10 a) Die Eröffnung und Durchführung einer gerichtlichen Untersuchung ist
durch die wirksame Erhebung einer öffentlichen Klage bedingt (§ 151 StPO). Das
ist bei einer Tatserie für jede selbständige Tat im prozessualen Sinn zu beachten.
In Fällen von gleichartigen Serientaten können sich zwar nach der Rechtspre-
chung des Bundesgerichtshofs Erleichterungen hinsichtlich der nach § 200
Abs. 1 StPO erforderlichen Konkretisierung der Einzeltaten ergeben, wenn an-
ders die Verfolgung und Aburteilung strafwürdiger Taten nicht möglich wäre (vgl.
BGH, Beschluss vom 12. Januar 2011 – GSSt 1/10, BGHSt 56, 109, 115 mwN).

Erforderlich ist dann aber jedenfalls, dass der vom Verfolgungswillen der Staatsanwaltschaft umfasste Gegenstand des Verfahrens durch Kennzeichnung des zeitlichen und zahlenmäßigen Umfangs des Vorwurfs in der Anklageschrift klar gestellt wird. Insoweit kann es im Einzelfall genügen, wenn der Tatzeitraum und die Höchstzahl der angeklagten Taten benannt werden und das sich wiederholende Tatbild für alle Fälle einheitlich umschrieben wird (vgl. BGH, Beschlüsse vom 27. Februar 2018 – 2 StR 390/17, juris Rn. 15; vom 9. September 2020 – 2 StR 291/20, juris Rn. 8; vom 21. Dezember 2021 – StB 39/21, NStZ-RR 2022, 75, 76). Zumindest diese Art der Umgrenzung des Verfahrensgegenstands ist erforderlich, um der Voraussetzung für die gerichtliche Untersuchung auch hinsichtlich einer Tatserie mit nicht näher konkretisierten Einzeltaten durch wirksame Anklageerhebung im Sinne von § 151 StPO Rechnung zu tragen. Das ist hier hinsichtlich der undatierten Taten aber nicht der Fall.

- 11 b) Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Wiesbaden vom 2. August 2021 hat den Beschwerdeführern und dem Nichtrevidenten L. vorgeworfen, „am 22. Februar 2021 und in nicht rechtsverjährter Zeit zuvor in I. und andernorts [...] durch vier selbständige Handlungen“ bandenmäßig Handel mit Betäubungsmitteln getrieben zu haben, in einem Fall mit solchen in nicht geringer Menge und unter Mitführen eines Gegenstands, der zur Verletzung von Personen geeignet und bestimmt war. Nach einer allgemeinen Beschreibung der Betätigung der Gruppe konkretisiert die Anklageschrift die dort als Fälle 1 bis 4 bezifferten Taten vom 15. Januar, 11., 12. und 22. Februar 2022. Der Anklageschrift ist jedoch weder im Anklagesatz noch im wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen zu entnehmen, dass darüber hinaus auch weitere Taten Gegenstand des Verfahrens sein sollten. Das folgt auch nicht daraus, dass der Tatzeitraum mit einem Beginn „in nicht rechtsverjährter Zeit“ und einem Ende mit der Tat im Fall 4 der Anklageschrift am 22. Februar 2021 umschrieben wird. Auch eine (Höchst-) Zahl von Taten innerhalb dieses – auch hinsichtlich des Beginns nicht

genau umschriebenen – Zeitrahmens über die so bezifferten und durch Datierung und Tatschilderung konkretisierten Fälle 1 bis 4 hinaus wird nicht genannt. Da die Staatsanwaltschaft in dem Verfahren wegen des Vorwurfs einer Serie gleichartiger Taten vier Einzeltaten konkretisiert hat, ohne weitere, nicht näher konkretisierbare Taten zu erwähnen, sind nur die konkretisierten Fälle erkennbar vom Verfolgungswillen der Staatsanwaltschaft umfasst.

- 12 c) Das Landgericht hat im angefochtenen Urteil insgesamt 24 Erwerbsvorgänge im Zeitraum vom 1. Dezember 2020 bis zum 22. Februar 2021 angenommen und deshalb nicht nur drei Bandendelikte in den Fällen 2 bis 4 der Anklageschrift und des Urteils abgeurteilt, sondern 21 weitere Taten. Dafür fehlt es an der Verfahrensvoraussetzung einer Anklageerhebung. Das Fehlen der Prozessvoraussetzung zwingt zur Einstellung des Verfahrens. Diese ist entsprechend § 357 StPO auf den Nichttrevidenten L. zu erstrecken (vgl. BGH, Beschlüsse vom 23. Januar 1959 – 4 StR 428/58, BGHSt 12, 335, 340 f., und vom 16. September 1971 – 1 StR 284/71, BGHSt 24, 208, 210 f.).
- 13 2. Das Urteil ist hinsichtlich der Fälle 2 bis 4 der Anklageschrift aufgrund der Sachrügen der Beschwerdeführer aufzuheben. Die Annahme einer bandenmäßigen Begehung erweist sich auch vor dem Hintergrund der Verfahrenseinstellung als durchgreifend rechtsfehlerhaft. Auch diese Aufhebung ist gemäß § 357 StPO auf die Verurteilung des Angeklagten L. zu erstrecken, weil sie auf demselben Rechtsfehler beruht.
- 14 a) Das Vorliegen einer Bandenabrede als Grundlage aller 24 Taten wird im Urteil darauf gestützt, dass eine Tatserie vorgelegen habe, bei der regelmäßig 100 g Marihuana von B. beschafft, teilweise für den Eigenkonsum der drei Angeklagten verwendet und im Übrigen von K. und L. an deren jeweiligen Kundenstamm veräußert worden seien. Fallen 21 solcher Taten

mangels Anklageerhebung weg, so stellt dies die Beweiswürdigung für das Vorliegen einer Bandenabrede, deren Grundlage alle von den drei Angeklagten mit der genannten Zweckbestimmung begangenen Taten waren, in Frage; denn das Landgericht hat auch aus dem Umfang der von ihm angenommenen Tatserie darauf geschlossen, dass es eine alle Marihuanageschäfte umfassende Bandenabrede gegeben habe.

15 b) Die (isolierte) Annahme von Bandentaten für die Fälle 2 bis 4 der Anklageschrift erweist sich im Übrigen auch deshalb als nicht tragfähig, weil diese sich jedenfalls nicht ohne Weiteres in das von der Strafkammer allgemein umschriebene Bild der von ihr angenommenen Bandenabrede fügen. So wurden im Fall 2 der Anklageschrift nur zwei Plomben mit zusammen 1,6 g Marihuana, im Fall 3 der Anklageschrift 80 Plomben mit insgesamt 31,76 g Marihuana beschafft. Das passt nicht zu dem vom Landgericht zugrunde gelegten Bild einer Beschaffung von durchschnittlich 100 g Marihuana, wovon 52,5 g zum Verkauf durch K. und L. und der Rest zum Eigenkonsum durch die drei Angeklagten (B. 25 g, K. 15 g und L. 7,5 g) bestimmt gewesen seien. Der Fall 4 der Anklageschrift betraf zwar eine größere Menge von 145,96 g Marihuana, die prozentual entsprechend hätten aufgeteilt werden können; jedoch trägt dieser Einzelfall für sich genommen nicht die Annahme einer Bandentat.

16 c) Die Urteilsgründe belegen im Übrigen nicht, dass der Angeklagte B. Täter des bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln war. Beihilfe hierzu in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln kann der Senat mit Blick auf § 265 Abs. 1 StPO nicht selbst feststellen, weshalb eine bandenmäßige Tatbegehung nur durch die vorläufig als Täter des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln verbleibenden zwei Angeklagten K. und L. nicht aufrechterhalten werden kann.

- 17 aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist Handeltreiben mit Betäubungsmitteln jede eigennützige, auf den Umsatz von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit (vgl. BGH, Beschluss vom 26. Oktober 2005 – GSSt 1/05, BGHSt 50, 252, 256 mwN). Eigennützig handelt, wer von einem Streben nach Gewinn geleitet wird oder wer sich einen anderen persönlichen Vorteil davon verspricht, durch den er materiell oder immateriell bessergestellt wird. Hieran kann es insbesondere dann fehlen, wenn ein Erwerber die teilweise zum Eigenkonsum gekauften Betäubungsmittel im Übrigen nur zum Einstandspreis an andere abgibt (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Februar 2023 – 4 StR 507/22, NStZ-RR 2023, 210 f.).
- 18 bb) Nach den Urteilsfeststellungen hat der Angeklagte B. selbst kein Marihuana an Dritte verkauft und die für die Angeklagten K. und L. bestimmten Anteile an der Gesamtmenge an diese zum Einkaufspreis abgegeben. Das Landgericht hat auch keine Feststellungen getroffen, aus denen sich ergeben würde, dass er selbst hierbei einen anderen wirtschaftlichen Vorteil, wie etwa einen geringeren Einkaufspreis, erstrebt hat. Daher wird durch die bisher getroffenen Feststellungen nicht ausreichend belegt, dass er im Sinne von § 25 Abs. 2 StGB Mittäter des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln war. Warum er nach der Feststellung, dass er selbst an den Drogenverkäufen der Angeklagten K. und L. nicht beteiligt war, gleichwohl auch an Erörterungen über Preisnachlässe für deren „gute Kunden“ sowie an Maßnahmen zur Ausübung von Zahlungsdruck auf säumige Kunden beteiligt war, erschließt sich nicht.
- 19 cc) Steht danach die Beteiligung des Angeklagten B. am Handeltreiben mit Betäubungsmitteln derzeit nicht fest, so kann – neben den unter II 2.a und b genannten Rechtsfehlern in der Beweiswürdigung – auch deshalb die Verurteilung der Angeklagten K. und L. wegen bandenmäßiger

Tatbegehung keinen Bestand haben; denn wesentliches Merkmal einer Bande ist die auf gewisse Dauer angelegte Verbindung von mindestens drei Personen zur gemeinsamen Deliktsbegehung (vgl. BGH, Beschluss vom 22. März 2001 – GSSt 1/00, BGHSt 46, 321, 325 ff.), auch wenn insoweit die Mitwirkung eines Beteiligten nur als Gehilfe im Sinne von § 27 StGB genügen mag.

20 3. Für die neue Verhandlung und Entscheidung weist der Senat darauf hin, dass ein auf Dauer angelegtes Zusammenwirken mehrerer selbständig eigene Interessen verfolgender Geschäftspartner beim Betäubungsmittelhandel auch dann keine Bande begründet, wenn die Beteiligten in einem eingespielten Bezugs- und Absatzsystem tätig werden. Ob die auf Verkäufer- und Abnehmerseite beteiligten Personen in einer Ankaufs- und Vertriebsorganisation zusammenwirken oder sich als selbstständige Geschäftspartner gegenüberstehen, beurteilt sich wesentlich nach der getroffenen Risikoverteilung (vgl. BGH, Beschluss vom 14. April 2015 – 3 StR 627/14, NStZ 2015, 589). Das neue Tatgericht wird auch nach diesem Maßstab näher zu prüfen haben, ob die Angeklagten bandenmäßig gehandelt haben, wobei K. und L. getrennte Kundenkreise beliefert und beim Verkauf auf eigene Rechnung sowie auf eigenes Risiko gehandelt haben, nachdem B. das erworbene Marihuana zum Einkaufspreis an K. und L. abgegeben hat.

21 4. Die Feststellungen zu den Fällen 1 bis 4 der Anklageschrift mit Ausnahme der Feststellungen zur Bandenabrede sind rechtsfehlerfrei getroffen worden und können bestehen bleiben (§ 353 Abs. 2 StPO). Das neue Tatgericht kann ergänzende Feststellungen treffen, soweit diese nicht in Widerspruch zu den bisher getroffenen Feststellungen stehen.

22 5. Der neue Tatrichter wird die lange Dauer des Verfahrens infolge der Verzögerung der Urteilszustellung und die Dauer des Revisionsverfahrens bei seiner Rechtsfolgenentscheidung zu berücksichtigen haben.

Krehl

Eschelbach

RiBGH Meyberg und Schmidt sind an der Unterschriftenleistung gehindert.

Krehl

Lutz

Vorinstanz:

Landgericht Wiesbaden, 05.04.2022 - 1 KLs - 3361 Js 10379/21