



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

2 StR 671/10

vom  
16. März 2011  
in der Strafsache  
gegen

- 1.
- 2.
- 3.
- 4.
- 5.
- 6.
- 7.
- 8.
- 9.

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

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Antrag des Generalbundesanwalts und nach Anhörung der Beschwerdeführer am 16. März 2011 gemäß § 46 Abs. 1, § 349 Abs. 2 und 4, § 357 StPO beschlossen:

1. Dem Angeklagten S.        wird auf seine Kosten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Revisionsbegründungsfrist gewährt.
2. Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Bonn vom 28. April 2010
  - a) im gesamten Strafausspruch betreffend alle Angeklagten sowie die nicht revidierenden Angeklagten C.        und K.        – auch im Ausspruch über den Vorwegvollzug von Freiheitsstrafe vor der Maßregel betreffend den Angeklagten N.        – aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen;
  - b) aufgehoben im Strafausspruch im Fall II. 30 betreffend den nicht revidierenden Angeklagten O.        ; insoweit wird eine Einzelstrafe von einem Monat festgesetzt.
3. Die weitergehenden Revisionen werden verworfen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat die Angeklagten wie folgt verurteilt:
- den Angeklagten D. B. wegen bandenmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 16 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und neun Monaten
  - den Angeklagten R. B. wegen Beihilfe zum bandenmäßigen unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 16 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und neun Monaten
  - den Angeklagten T. B. wegen Beihilfe zum bandenmäßigen unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 16 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und neun Monaten
  - den Angeklagten Br. wegen bandenmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen, wegen Beihilfe zum bandenmäßigen unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten
  - den Angeklagten H. wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen sowie wegen bandenmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten
  - den Angeklagten N. wegen bandenmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 25 Fällen sowie wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren und neun Monaten

- den Angeklagten S. wegen bandenmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen sowie wegen Beihilfe zum bandenmäßigen unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten
- den Angeklagten T. wegen bandenmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen sowie wegen Beihilfe zum bandenmäßigen unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und neun Monaten
- den Angeklagten W. wegen bandenmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen sowie wegen Beihilfe zum bandenmäßigen unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten
- den nicht revidierenden Angeklagten C. wegen bandenmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zehn Fällen, Beihilfe zum bandenmäßigen unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge sowie unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten
- die nicht revidierende Angeklagte K. wegen Beihilfe zum bandenmäßigen unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in sieben Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde, und
- den nicht revidierenden Angeklagten O. wegen Beihilfe zum bandenmäßigen unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge sowie unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht ge-

ringer Menge in 30 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten.

2           Zudem hat das Landgericht die Unterbringung des Angeklagten N. in einer Entziehungsanstalt angeordnet und bestimmt, dass ein Jahr, zehn Monate und zwei Wochen der Gesamtfreiheitsstrafe vor der Maßregel zu vollziehen sind. Ferner hat das Landgericht gegen einzelne Angeklagte den Verfall von Wertersatz in verschiedener Höhe angeordnet. Die hiergegen auf die Sachrüge gestützten Revisionen der Angeklagten haben in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang Erfolg. Im Übrigen hat die Nachprüfung des Urteils keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten ergeben (§ 349 Abs. 2 StPO).

3           1. Antragsgemäß war dem Angeklagten S. gemäß §§ 44, 45 StPO Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hinsichtlich der Versäumung der Revisionsbegründungsfrist zu gewähren.

4           2. a) Die Schuldsprüche und die Anordnung von Wertersatzverfall sind aus den Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts frei von Rechtsfehlern.

5           b) Die Erwägungen des Landgerichts zur Strafzumessung begegnen hingegen rechtlichen Bedenken. Die Strafkammer hat im Hinblick auf die nach den Feststellungen von sämtlichen Angeklagten geleistete Aufklärungshilfe in allen Fällen eine Milderung der Strafe gemäß § 31 BtMG a.F. i.V.m. § 49 Abs. 2 StGB vorgenommen. Dabei hat sie die mögliche Anwendbarkeit von § 31 BtMG in der ab 1. September 2009 gültigen Fassung übersehen, die dem Gericht eine Strafrahmenermilderung gemäß § 49 Abs. 1 StGB ermöglicht. Die Ausführungen

des Landgerichts, die Angeklagten hätten durch ihre Angaben bei ihren polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen und durch ihre Einlassungen im Vorfeld der Hauptverhandlung zur Aufklärung der Taten über ihren jeweiligen Tatbeitrag hinaus beigetragen (UA S. 52), weisen darauf hin, dass die Aufklärungshilfe von den Angeklagten vor Eröffnung des Hauptverfahrens erfolgte und die Voraussetzungen des § 31 BtMG n.F. im Grundsatz vorliegen. Art. 316d EGStGB bestimmt, dass § 46b StGB und § 31 BtMG in der ab 1. September 2009 gültigen Fassung nicht auf Verfahren anzuwenden sind, in denen vor dem 1. September 2009 die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen worden ist. Dies bedeutet zwar nicht, dass im Umkehrschluss die neuen Vorschriften ohne Weiteres auf Verfahren anzuwenden sind, in denen – wie vorliegend – die Eröffnung des Hauptverfahrens nach dem 31. August 2009 beschlossen worden ist. Die Frage, welches Recht auf dieses Verfahren anwendbar ist, richtet sich vielmehr nach den allgemeinen Regeln (BGH NStZ 2010, 523, 524), nach denen grundsätzlich das zur Tatzeit geltende materielle Recht Anwendung findet (§§ 1, 2 Abs. 1 StGB), sofern das neuere Recht in seiner Gesamtheit keine für die Angeklagten günstigere Regelung darstellt, § 2 Abs. 3 StGB. Hier spricht allerdings vieles dafür, dass die ab dem 1. September 2009 gültige Fassung des § 31 BtMG wegen der mit ihr verbundenen deutlichen Absenkung der Strafrahmengobergrenzen für die Angeklagten günstiger gewesen wäre:

- 6            Bei einer Milderung gemäß § 31 BtMG n.F., § 49 Abs. 1 StGB errechnet sich anstelle des von der Strafkammer jeweils angenommenen Strafrahmens von einem Monat bis zu 15 Jahren Freiheitsstrafe in den Fällen des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG ein solcher von drei Monaten bis elf Jahre und drei Monate Freiheitsstrafe, in den Fällen des § 30a Abs. 1 BtMG ein Strafrahmen von zwei Jahren bis elf Jahre und drei Monate Freiheitsstrafe. Statt des ansonsten von der Strafkammer wegen der Annahme minder schwerer Fälle zugrunde geleg-

ten Strafrahmens von einem Monat bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe ergibt sich bei Milderung nach § 31 BtMG n.F., § 49 Abs. 1 StGB in den Fällen des § 29a Abs. 2 BtMG und des § 30a Abs. 3 BtMG (in der bis zum 22. Juli 2009 gültigen Fassung) ein Strafrahmens von einem Monat bis zu drei Jahren neun Monaten Freiheitsstrafe, sofern die Sperrwirkung der §§ 30 Abs. 1, 29a Abs. 1 BtMG nicht entgegensteht (BGH NStZ 2003, 440). Der Senat kann nicht sicher ausschließen, dass die Strafkammer bei Zugrundelegung der richtigen Strafrahmens niedrigere Einzelstrafen und nachfolgend niedrigere Gesamtstrafen verhängt hätte. Der Aufhebung von Feststellungen bedarf es nicht, da diese von dem aufgezeigten Rechtsfehler nicht berührt werden; ergänzende Feststellungen sind möglich.

7                    c) Da der Strafausspruch bezüglich des Angeklagten N.                    der Aufhebung unterliegt, kann auch der Ausspruch über den Vorwegvollzug der Freiheitsstrafe insoweit keinen Bestand haben.

8                    3. Gemäß § 357 Satz 1 StPO ist die Aufhebung des Strafausspruchs auch auf die nicht revidierenden Angeklagten C.                    und K.                    zu erstrecken, weil der Strafzumessung bei diesen Angeklagten der nämliche Rechtsfehler zugrunde liegt. Hinsichtlich des nicht revidierenden Angeklagten O.                    betrifft die Erstreckung nur den Fall II. 30. Die der Verurteilung des Angeklagten O.                    in den Fällen II. 32 bis 61 zugrunde liegenden Taten stellen gegenüber den von den Beschwerdeführern in den Fällen II. 1 bis 31 begangenen Straftaten andere Taten i.S.v. § 264 StPO dar, so dass insoweit eine Revisionserstreckung nicht in Betracht kommt.

9                    4. Der Senat setzt gemäß § 354 Abs. 1 StPO die Einzelstrafe von einem Jahr und neun Monaten im Fall II. 30 hinsichtlich des nicht revidierenden Mit-

geklagten O. , der insoweit wegen Beihilfe zum bandenmäßigen unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gemäß § 30a Abs. 1, Abs. 3 BtMG, § 27 StGB verurteilt wurde, auf die nach Strafrahmilderung gemäß § 31 BtMG n.F. i.V.m. § 49 Abs. 1 BtMG gesetzliche Mindeststrafe von einem Monat herab. Der Senat schließt aus, dass das Landgericht bei Berücksichtigung dieser herabgesetzten Einzelstrafe im Fall II. 30 hinsichtlich des Angeklagten O. angesichts der ansonsten verhängten Einzelstrafen in den Fällen II. 32 bis 61 von jeweils zwei Jahren und drei Monaten Freiheitsstrafe eine niedrigere Gesamtfreiheitsstrafe als drei Jahre und neun Monate Freiheitsstrafe verhängt hätte.

Fischer

Appl

Schmitt

Krehl

Ott