



5 StR 445/11

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

vom 11. Januar 2012
in der Strafsache
gegen

1.

2.

3.

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

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 11. Januar 2012 beschlossen:

Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Zwickau vom 9. Juni 2011 nach § 349 Abs. 4 StPO mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben. Davon ausgenommen sind die Feststellungen zu den persönlichen Verhältnissen der Angeklagten, insbesondere ihrer uneingeschränkten Schuldfähigkeit, sowie zu den einzelnen Erwerbs- und Verkaufshandlungen, zu den vom Angeklagten B. am 26. Februar 2010 aufbewahrten Substanzen und Gegenständen und zu den jeweiligen Wirkstoffgehalten der Betäubungsmittel; diese Feststellungen bleiben bestehen. Insoweit werden die weitergehenden Revisionen der Angeklagten nach § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet verworfen.

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

G r ü n d e

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten B. wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 28 Fällen, in einem Fall in Tateinheit mit Ausübung der tatsächlichen Gewalt über eine Kriegswaffe und über Munition, und wegen bewaffneten bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von neun Jahren und drei Monaten verurteilt. Den Angeklagten Bo. hat es wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Be-

täubungsmitteln in nicht geringer Menge in sechs Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und neun Monaten verurteilt, den Angeklagten C. unter Freisprechung im Übrigen wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwölf Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren und neun Monaten. Ferner hat es die Einziehung der „sichergestellten Betäubungsmittel, Waffen, Waffenteile und Munition“ und Wertersatzverfall in Höhe von 161.733,50 € gegen den Angeklagten B. angeordnet.

2

1. Nach den Feststellungen des Landgerichts suchten der Angeklagte B. und der gesondert verfolgte T., die sich bereits zuvor durch den wiederholten gemeinsamen An- und Verkauf von Betäubungsmitteln eine dauerhafte Einnahmequelle verschafft hatten, im Sommer 2008 ein neues Drogenversteck, woraufhin sich ihnen der mit B. bekannte Angeklagte C. „im verbindenden Interesse der gemeinsamen dauerhaften Gewinnerzielung über einen längeren Zeitraum als Depothalter von Betäubungsmitteln anschloss“ (UA S. 9). C. nahm fortan in seiner Wohnung und in einer darunterliegenden Wohnung, zu der er einen Schlüssel besaß, sowie in einer auf Geheiß des Angeklagten B. angemieteten Kleingartenanlage wiederholt im Auftrag des Angeklagten B. Betäubungsmittel entgegen, lagerte diese und gab sie in ihm vorgegebenen Mengen an andere Beteiligte, die im Auftrag B. s die Betäubungsmittel an Abnehmer auslieferten, heraus. Für seine Mitwirkung erhielt C. von B. monatlich zwischen 700 € und 1.000 € sowie Taxifahrten für seine kranke Ehefrau bezahlt. Der Angeklagte Bo. erklärte sich gegenüber B., der selbst keine Fahrerlaubnis besaß, zunächst auf unverfängliches Bitten bereit, ihn zukünftig im Bedarfsfall zu chauffieren. Bei den dann stattfindenden Fahrten wurde Bo. „recht schnell klar, dass B. zusammen mit T. und A. C. gewinnbringende Drogengeschäfte machte und dafür seine Fahrdienste gefragt waren“ (UA S. 10). Bei den nachfolgenden Fahrten befanden sich die transportierten Betäubungsmittel nicht in dem von Bo. gesteuerten

Pkw, sondern stets in einem zweiten Fahrzeug, das von Bo. mit B. begleitet und abgesichert wurde.

3 Im Zeitraum August 2008 bis Februar 2010 kam es zu insgesamt 14 Einkaufs- und ebenso vielen Auslieferungsfahrten, die allesamt vom Angeklagten B. als Hintermann veranlasst und zum Teil auch von diesem begleitet wurden. Die Einkaufsfahrten führten nach Tschechien oder in die Niederlande, wobei überwiegend Crystal und Marihuana, aber auch Kokain und Haschisch erworben wurde. Die festgestellten Verkaufshandlungen bezogen sich ganz überwiegend auf Crystal, lediglich in einem Fall wurde neben Crystal auch 1 kg Marihuana verkauft, ein weiterer Fall betraf den Verkauf von 10.000 Ecstasy-Pillen. Bei einer Auslieferungsfahrt führte der gesondert verfolgte T. auf Geheiß des Angeklagten B. für den Fall eines nicht planmäßigen Ablaufs des Drogengeschäfts eine diesem gehörende funktionstüchtige geladene halbautomatische Selbstladepistole mit sich. Während der Angeklagte Bo. den Angeklagten B. bei fünf Einkaufsfahrten und einer Auslieferungsfahrt chauffierte, nahm der Angeklagte C. in fünf Fällen die Betäubungsmittel entgegen und lagerte sie, begleitete den Angeklagten B. auf einer Einkaufsfahrt in dem von Bo. gelenkten Pkw und übergab die Drogen in sechs Fällen an den von B. beauftragten Kurier. Am 26. Februar 2010, dem Tag seiner Festnahme, lagerte der Angeklagte B. in einer auf seine Veranlassung vom gesondert Verfolgten D. angemieteten Wohnung 533,05 g Crystal mit einem Wirkstoffgehalt von mindestens 68,58 % Metamphetaminbase sowie 12.501,07 g Marihuana mit einem Mindestwirkstoffgehalt von 15,8 % THC, die für den gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmt waren. Außerdem lagerte der Angeklagte in der Wohnung in einer Tasche eine funktionstüchtige vollautomatische Maschinenpistole „UZI“ sowie 55 scharfe Patronen Kaliber 9 mm, 186 scharfe Patronen Kaliber 7,65 mm und drei scharfe Patronen Kaliber 38 Special.

4 2. Die auf die Verletzung materiellen Rechts gestützten Revisionen der Angeklagten – die Verfahrensrügen des Angeklagten C. dringen aus

den vom Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift genannten Gründen nicht durch – erzielen den aus der Beschlussformel ersichtlichen Erfolg; im Übrigen, die aufrecht erhaltenen Feststellungen betreffend, sind sie unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

5 Der Schuldspruch hält hinsichtlich aller drei Angeklagten sachlich-rechtlicher Prüfung nicht stand.

6 a) Es begegnet bereits durchgreifenden rechtlichen Bedenken, dass das Landgericht für alle Einzelhandlungen der Angeklagten – Erwerb, Verkauf und Vorrätighalten der Betäubungsmittel – jeweils materiell-rechtlich selbständige Taten des bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge angenommen hat. Denn nach den Feststellungen bleibt offen, inwieweit die verkauften und die am 26. Februar 2010 gelagerten und zum Weiterverkauf vorrätig gehaltenen Drogen aus den abgeurteilten Erwerbshandlungen oder einem zuvor angeschafften Gesamtvorrat stammen.

7 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist immer dort eine einheitliche Tat des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln anzunehmen, wo ein und derselbe Güterumsatz Gegenstand der strafrechtlichen Bewertung ist (BGH, Beschluss vom 7. Januar 1981 – 2 StR 618/80, BGHSt 30, 28; Urteil vom 23. März 1995 – 4 StR 746/94, BGHR BtMG § 29 Bewertungseinheit 4; Beschluss vom 26. Mai 2000 – 3 StR 162/00, BGHR BtMG § 29 Bewertungseinheit 20). Beschafft sich der Täter eine einheitliche Rauschgiftmenge zur gewinnbringenden Weiterveräußerung, so verwirklicht er den Tatbestand des Handeltreibens auch dann nur einmal, wenn er sie in mehreren Teilmengen absetzt, denn die Akte des Handeltreibens, die sich auf dieselbe Rauschgiftmenge beziehen, bilden eine Bewertungseinheit (BGH, Beschlüsse vom 28. Juni 2011 – 3 StR 485/10 – und vom 26. Mai 2000 – 3 StR 162/00, aaO).

8 Das Landgericht hat insoweit nicht erörtert, inwieweit die erworbenen, die verkauften und die vorrätig gehaltenen Mengen von Crystal und Marihuana ein und dieselbe Gesamtmenge betreffen. Es liegt indessen äußerst nahe, dass die zwischen August 2008 und Ende 2009 – überwiegend zu nicht näher bestimmten Zeitpunkten – insgesamt erworbenen 420 g Crystal teilweise mit den zwischen März 2009 und Februar 2010 insgesamt veräußerten 2.692,1 g Crystal sowie den am 26. Februar 2010 beim Angeklagten B. aufgefundenen 533,05 g Crystal identisch sind. Hierbei können die festgestellten Erwerbsmengen auch einen erheblichen Teil der verkauften Gesamtmenge ausgemacht haben, da nach den Feststellungen des Landgerichts zu den Wirkstoffgehalten (UA S. 15) davon auszugehen ist, dass der Angeklagte das zum Weiterverkauf bestimmte Crystal zum Teil auf mehr als die dreifache Menge gestreckt hat. Auch die Erörterung der Möglichkeit, dass das im Fall 8 verkaufte Kilogramm Marihuana aus einer der in den Fällen 1 bis 5 erworbenen Mengen herrührt, drängte sich nach den Urteilsfeststellungen auf. Ebenso wäre zu bedenken gewesen, dass die am 26. Februar 2010 sichergestellten 12,5 kg Marihuana den zuvor erworbenen Mengen entstammen können. Das Landgericht setzt sich auch nicht mit der nach den Feststellungen ebenfalls bestehenden Möglichkeit auseinander, dass die vor Beginn der festgestellten Verkaufstätigkeit erworbenen Mengen zunächst zu einem Gesamtvorrat zusammengefügt wurden, was jedenfalls hinsichtlich der dann vorrätig gehaltenen Menge desselben Betäubungsmittels, bei einem Erwerb „im Gesamtpaket“ unter Umständen auch hinsichtlich verschiedener Betäubungsmittel, zu einer einzigen Bewertungseinheit führen würde (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Juni 2011 – 3 StR 485/10).

9 Liegen aber konkrete Anhaltspunkte vor, dass Erwerbs- und Verkaufshandlungen sowie ein zum Weiterverkauf vorrätig gehaltener Bestand ganz oder teilweise dieselbe Gesamtmenge betreffen, muss sich das Tatgericht um Feststellungen zu Zahl und Frequenz der Ein- und Verkäufe sowie um deren Zuordnung zueinander bemühen (BGH, Beschluss vom 5. März 2002 – 3 StR 491/01). Lassen sich solche Feststellungen bei ange-

messenem Aufklärungsaufwand nicht treffen, hat das Tatgericht eine an den Umständen des Falles orientierte Schätzung vorzunehmen (BGH aaO).

10 Eine Berichtigung des Schuldspruchs ist dem Senat aufgrund der unzureichenden Feststellungen zur Zuordnung der angekauften, verkauften und vorrätig gehaltenen Betäubungsmittel nicht möglich. Das Verhältnis der einzelnen Akte des Handelstreibens zueinander bedarf daher in allen Fällen neuer tatrichterlicher Aufklärung und Bewertung.

11 b) Der Schuldspruch gegen den Angeklagten Bo. ist ferner insoweit durchgreifend bedenklich, als das Landgericht bei ihm die Voraussetzungen des Handelns als Mitglied einer Bande gemäß § 30a Abs. 1 BtMG angenommen hat. Bandenmäßig handelt, wer sich mit mindestens zwei Personen mit dem Willen verbunden hat, künftig und für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstypus zu begehen (BGH, Beschluss vom 7. Oktober 2010 – 3 StR 363/10, insoweit in BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handelstreiben 74 nicht abgedruckt; Urteil vom 23. April 2009 – 3 StR 83/09, BGHR BtMG § 30 Abs. 1 Nr. 1 Bande 9; Urteil vom 14. Februar 2002 – 4 StR 281/01, BGHR BtMG § 30a Bande 10; Beschluss vom 22. März 2001 – GSSt 1/00, BGHSt 46, 321).

12 Zwar lässt das Urteil hinsichtlich der ersten sechs ausgeurteilten Taten in hinreichender Weise erkennen, dass sich die Angeklagten B. und C. mit dem gesondert verfolgten T. zusammengeschlossen hatten, um durch mehrfachen An- und Verkauf von Betäubungsmitteln – vorwiegend von Crystal und Marihuana – Gewinn zu erwirtschaften. Auch geht das Landgericht zutreffend davon aus, dass Mitglied einer Bande auch derjenige sein kann, dem nach der Bandenabrede nur Aufgaben zufallen, die sich bei weiterer Betrachtung als Gehilfentätigkeit darstellen (BGH, Urteil vom 23. April 2009 – 3 StR 83/09, aaO; Beschluss vom 15. Januar 2002 – 4 StR 499/01, BGHSt 47, 214). Indessen belegen die Urteilsfeststellungen nicht, dass sich

der Angeklagte Bo. , mit den anderen Angeklagten und dem gesondert verfolgten T. mit dem Willen verbunden hat, künftig und für eine gewisse Dauer an mehreren Taten des Betäubungsmittelhandels mitzuwirken. Die hierzu im Urteil angeführten floskelhaften Formulierungen (UA S. 10) sind nicht tatsächengestützt und genügen daher nicht. Bedenken gegen einen Willen des Angeklagten Bo. , künftig und auf eine gewisse Dauer an mehreren Straftaten nach dem Betäubungsmittelgesetz teilzunehmen, ergeben sich insbesondere daraus, dass er den Angeklagten B. lediglich bei einzelnen Gelegenheiten im Rahmen von Betäubungsmittelgeschäften chauffiert hat und damit nur an einem eher geringen Teil der von B. abgewickelten Betäubungsmittelgeschäfte beteiligt war, ohne dass eine verbindliche Eingliederung in die Tätergruppe erkennbar wäre. Gegen einen Bindungswillen des Angeklagten Bo. gegenüber den übrigen Tatbeteiligten spricht auch, dass er aus den Taten keinen nennenswerten Vorteil erlangt hat.

13 Ist aber die Bandenmitgliedschaft des Angeklagten Bo. nach den Urteilsfeststellungen nicht belegt, tragen diese auch nicht den Schuldspruch wegen Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln. Denn bei der Mitgliedschaft in einer Bande handelt es sich um ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 2 StGB (BGH, Urteil vom 14. Februar 2002 – 4 StR 281/01, aaO).

14 c) Auch hinsichtlich der Angeklagten B. – in den Fällen II.7 bis 15 der Urteilsgründe – und C. – in den Fällen II.8 (fünf Taten) und II.12 – rechtfertigen die Feststellungen teilweise Schuldsprüche wegen bandenmäßigen Handeltreibens nicht. Denn die Taten II.7 bis 15 betreffen einen Zeitraum, in welchem sich der gesondert Verfolgte T. bereits in Haft befand und die aus B. , C. und T. bestehende Bande mithin keinen Bestand mehr hatte. Eine Einbindung Bo. s oder weiterer Tatbeteiligter, insbesondere der verschiedenen Kuriere, in die Bandenabrede ist den Urteilsfeststellungen nicht hinreichend klar zu entnehmen. Insbesondere bei dem Angeklagten B. wird für jeden einzelnen Fall zu prüfen sein, ob sein Han-

deln Ausfluss der Bandenabrede war, was beispielsweise im Fall II.9 zweifelhaft sein könnte.

- 15 d) Des Weiteren hält auch die Annahme von Mittäterschaft des Angeklagten C. der revisionsgerichtlichen Überprüfung nicht stand. Die Frage, ob die Beteiligung an einer Bandentat Mittäterschaft oder Beihilfe ist, beurteilt sich auch beim bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nach den allgemeinen Grundsätzen über die Abgrenzung zwischen diesen Beteiligungsformen (BGH, Urteil vom 14. Dezember 2006 – 4 StR 421/06, NStZ 2007, 288; Beschluss vom 15. Juli 2005 – 2 StR 226/05, StV 2005, 555; Beschluss vom 30. Oktober 2008 – 3 StR 397/08). Wesentliche Anhaltspunkte für die Beurteilung, ob ein Tatbeteiligter beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln Mittäter oder nur Gehilfe ist, sind insbesondere der Grad des eigenen Interesses am Erfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich auch vom Willen des Tatbeteiligten abhängen (BGH, Urteil vom 14. Dezember 2006 – 4 StR 421/06, aaO). Es ist der jeweils konkrete Tatbeitrag insgesamt im Hinblick auf seine Bedeutung für das Gesamtgeschäft zu betrachten (BGH, Beschluss vom 7. August 2007 – 3 StR 326/07, NStZ 2008, 40). Eine solche Gesamtbetrachtung hat die Strafkammer nicht vorgenommen. Sie war auch nicht deshalb entbehrlich, weil der Angeklagte C. für die Aufbewahrung der Drogen 700 € bis 1.000 € sowie bezahlte Taxifahrten für seine Ehefrau erhielt und damit eigensüchtig gehandelt hat (vgl. BGH, Beschluss vom 25. Mai 1994 – 2 StR 203/94, BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 42; Beschluss vom 15. Juli 2005 – 2 StR 226/05). Für eine Helferschaft könnte sprechen, dass er nicht unmittelbar am Umsatz beteiligt war, offenbar strikt nach den Anweisungen des Angeklagten B. und des gesondert verfolgten T. handelte, nicht selbst mit den gezahlten und erhaltenen Geldern in Berührung kam und nach den Urteilsfeststellungen auch keine Möglichkeit hatte, auf Art und Umfang der Geschäfte sowie die Preisgestaltung Einfluss zu nehmen. Seine gegenüber B. und T. untergeordnete Rolle zeigt sich

auch daran, dass er mit der Verlegung des Drogenlagers nach der Verhaftung des Kuriers S. aus der Tätergruppe ausschied.

16 3. Die Aufhebung des Schuldspruchs zieht die Aufhebung des gesamten Rechtsfolgenausspruchs nach sich. Von den aufgezeigten Rechtsfehlern sind die Feststellungen zu den einzelnen Ankaufs- und Verkaufshandlungen, zu den am 26. Februar 2010 vorrätig gehaltenen Substanzen und Gegenständen sowie zu den Wirkstoffgehalten der gehandelten Betäubungsmittel jedoch nicht betroffen. Sie können daher bestehen bleiben, wobei ergänzende Feststellungen insoweit möglich sind, soweit sie zu den bisherigen nicht in Widerspruch stehen. Bestehen bleiben können auch die Feststellungen zu den persönlichen Verhältnissen der Angeklagten, insbesondere zu ihrer uneingeschränkten Schuldfähigkeit.

17 4. Das neue Tatgericht wird zu beachten haben, dass für die Bemessung der Strafe des Gehilfen das im Gewicht seines Tatbeitrags zum Ausdruck kommende Maß seiner Schuld maßgeblich ist, wenn auch unter Berücksichtigung des ihm zurechenbaren Umfangs oder der Folgen der Haupttat (BGH, Beschluss vom 16. August 2000 – 3 StR 253/00, wistra 2000, 463; Beschluss vom 20. August 1982 – 2 StR 296/82, StV 1983, 14). Zudem muss sich das Tatgericht mit der Frage auseinandersetzen, ob nicht beim Vorliegen des vertyppten Milderungsgrundes des § 27 StGB an Stelle einer Milderung über § 49 Abs. 1 StGB der Strafraumen gegebenenfalls unter Verbrauch des Milderungsgrundes dem für den Angeklagten günstigeren § 30a Abs. 3 BtMG zu entnehmen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 11. August 1987 – 3 StR 341/87, BGHR vor § 1/minder schwerer Fall Strafraumenwahl 4). Minder schwere Fälle gemäß § 30a Abs. 3 BtMG könnten sich bei dem Angeklagten C. auch für den Fall erneuter Annahme von Mittäterschaft allein aus einer Nähe seiner Tatbeiträge zu Beihilfehandlungen und einer den Voraussetzungen des § 31 BtMG angenäherten Geständigkeit ergeben.

- 18 Zudem wird darauf hingewiesen, dass eingezogene Gegenstände in der Urteilsformel so genau wie möglich zu bezeichnen sind (BGH, Beschluss vom 15. Oktober 1992 – 1 StR 656/92, NStZ 1993, 95). Bei Betäubungsmitteln gehört dazu die Angabe der Menge; bei Waffen, Waffenteilen und Munition deren Art und Anzahl.

Basdorf Raum Brause
 Schneider Bellay