



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

3 StR 224/13

vom
15. Oktober 2013
in der Strafsache
gegen

1.

alias:

alias:

2.

wegen zu 1.: bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln u.a.

zu 2.: bewaffneten Bandenhandels mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge u.a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung der Beschwerdeführer und des Generalbundesanwalts - zu 2. und 4. auf dessen Antrag - am 15. Oktober 2013 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO einstimmig beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten K. wird das Urteil des Landgerichts Kleve vom 21. März 2013, soweit es ihn betrifft, aufgehoben

a) im Schuldspruch in den Fällen II. 1.-25. der Urteilsgründe; jedoch bleiben die zugehörigen Feststellungen mit Ausnahme derjenigen zur Übergabe einer Schusswaffe "Browning Baby" durch den Angeklagten an die gesondert verfolgte Sch. aufrecht erhalten;

b) im gesamten Rechtsfolgenausspruch mit den zugehörigen Feststellungen.

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

2. Die weitergehende Revision des Angeklagten K. wird verworfen.

3. Auf die Revision der Angeklagten S. wird das vorbezeichnete Urteil, soweit es sie betrifft, im Ausspruch über den erweiterten Wertersatzverfall aufgehoben; die Anordnung entfällt.

4. Die weitergehende Revision der Angeklagten S. wird verworfen.

Diese Beschwerdeführerin hat die Kosten ihres Rechtsmittels zu tragen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten K. wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit "mit Besitz einer halbautomatischen Kurzwaffe und zugleich von anderen Schusswaffen", wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 26 Fällen sowie wegen Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von neun Jahren verurteilt. Gegen die Angeklagte S. hat es wegen bewaffneten und bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit "mit tatsächlicher Gewaltausübung über eine Kriegswaffe, Besitz einer vollautomatischen Schusswaffe / einer - Pistolengriff - Vorderchaftrepetierflinte, von einer halbautomatischen Kurzwaffe und zugleich von Schusswaffen und Munition" eine Freiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verhängt, Einziehungsentscheidungen getroffen, Wertersatzverfall in Höhe von 35.000 € und erweiterten Wertersatzverfall in Höhe von 14.000 € angeordnet. Dagegen richten sich die jeweils auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützten Revisionen der Beschwerdeführer.

2 I. Die Revision des Angeklagten K. hat den aus der Beschluss-
formel ersichtlichen Erfolg, im Übrigen ist sie unbegründet im Sinne des § 349
Abs. 2 StPO.

3 1. Im Fall II. 25. der Urteilsgründe hält der Schuldspruch wegen bewaff-
neten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tatein-
heit "mit Besitz einer halbautomatischen Kurzwaffe und zugleich von anderen
Schusswaffen" sachlich-rechtlicher Überprüfung nicht stand.

4 a) Das Landgericht hat insoweit folgende Feststellungen getroffen: Zwi-
schen August 2011 und dem 7. April 2012 arbeitete der Angeklagte mit der ge-
sondert verfolgten und wegen ihrer Tatbeteiligung insoweit bereits rechtskräftig
verurteilten Sch. zusammen, die von ihm in mindestens 24 Fällen
jeweils 500 Gramm anderweitig erworbenes Marihuana übernahm, und diese
als sein "Taxi" nach seinen Weisungen an Abnehmer in Essen, Oberhausen
und anderen Städten auslieferte (Fälle II. 1.-24. der Urteilsgründe). Der Ange-
klagte, der mit den Abnehmern den Preis ausgehandelt hatte, verkaufte die
Betäubungsmittel an diese, kassierte die fälligen Beträge und behielt den Ge-
winn für sich; die gesondert Verfolgte Sch. nahm lediglich in zwei Fällen
den Kaufpreis von den Empfängern entgegen. Der Angeklagte vergütete ihre
Tätigkeit dergestalt, dass er ihr gestattete, ihren Eigenbedarf aus den über-
nommenen Betäubungsmitteln zu decken bzw. diese im Einzelfall zum Ein-
kaufspreis zu erwerben. In einem weiteren Fall zwischen Oktober 2011 und
dem 7. April 2012 erwarb der Angeklagte einmalig 3,5 Kilogramm Marihuana.
Diese Betäubungsmittel übernahm Sch. ebenfalls von dem Angeklagten,
lagerte sie in ihrer Wohnung zwischen und portionierte sie dort nach den An-
weisungen des Angeklagten, bevor sie sie wie dargestellt auslieferte (Fall II. 25.
der Urteilsgründe). In unmittelbarer Nähe zu diesen Betäubungsmitteln lagerte

sie in ihrem Schlafzimmer entsprechend den Weisungen des Angeklagten griffbereit in einer Plastiktüte versteckt eine Schusswaffe mitsamt 10 Patronen passender Munition. Diese Waffe hatte ihr der Angeklagte zuvor "gemeinsam mit Betäubungsmitteln" übergeben.

5 b) Diese Feststellungen tragen den Schuldspruch im Fall II. 25. der Urteilsgründe nicht:

6 aa) Die Bewaffnung der gesondert Verfolgten Sch. bei der Lagerung und Portionierung der Betäubungsmittel in ihrer Wohnung führt bei dem Angeklagten, den die Strafkammer rechtsfehlerfrei als Täter des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge angesehen hat, nicht zur Anwendung des Qualifikationstatbestandes des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG. Zwar stellt die Bewaffnung im Sinne dieser Vorschrift ein tatbezogenes Merkmal dar, so dass nicht nur derjenige, der unmittelbaren Zugriff etwa auf eine Schusswaffe hat, Täter eines Verbrechens nach § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG sein kann; vielmehr kann die vom gemeinsamen Tatplan umfasste Bewaffnung eines Mittäters den anderen Tätern nach allgemeinen Grundsätzen gemäß § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden (BGH, Beschluss vom 4. Februar 2003 - GSSt 1/02, BGHSt 48, 189). Nach dem Wortlaut der Norm, nach dem "der Täter" die Waffe mit sich führen muss, ist die Bewaffnung eines Teilnehmers hingegen nicht ausreichend; das Mitsichführen einer Waffe durch den Gehilfen des Rauschgifthändlers führt demnach grundsätzlich weder bei diesem noch beim Haupttäter zum Vorliegen der Voraussetzungen des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG (BGH aaO, S. 194; Körner/Patzak, BtMG, 7. Aufl., § 30a Rn. 103 mwN).

7 Vorliegend ist die gesondert Verfolgte Sch. nach den von der Strafkammer getroffenen Feststellungen - ungeachtet ihrer Bezeichnung als "Tatgenossin" und der nicht durch Tatsachen unterlegten Wertung, dass sie

und der Angeklagte nach einem gemeinsamen Tatplan arbeitsteilig vorgingen - nicht als seine Mittäterin anzusehen: Ob die Beteiligung an unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln als Mittäterschaft oder Beihilfe zu werten ist, beurteilt sich nach den allgemeinen Grundsätzen über die Abgrenzung zwischen diesen Beteiligungsformen. Mittäter ist, wer nicht nur fremdes Tun fördert, sondern einen eigenen Tatbeitrag derart in eine gemeinschaftliche Tat einfügt, dass sein Beitrag als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung seines eigenen Tatanteils erscheint. Ob ein Beteiligter ein so enges Verhältnis zur Tat hat, ist nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfasst sind, in wertender Betrachtung zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte können der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft sein (st. Rspr.; s. etwa BGH, Beschlüsse vom 4. September 2012 - 3 StR 337/12, NStZ-RR 2013, 46, und vom 22. Dezember 2011 - 3 StR 371/11, NStZ-RR 2012, 120). Nach diesen Grundsätzen belegen die Feststellungen allein eine Beihilfe der gesondert Verfolgten Sch. zu den Betäubungsmitteldelikten des Angeklagten: Er war derjenige, der sowohl die Betäubungsmittel beschaffte, als auch die Abnehmer fand, denen er sie gewinnbringend veräußerte und in aller Regel den Kaufpreis vereinnahmte. Er behielt den Gewinn aus den Geschäften für sich. Die gesondert Verfolgte Sch. lieferte die Drogen hingegen lediglich nach seinen Weisungen aus bzw. lagerte und portionierte sie vorher weisungsgemäß. Mit Blick auf das eigentliche Umsatzgeschäft war der Umfang ihrer Tatbeteiligung daher gering, die Tatherrschaft besaß der Angeklagte. Auch der Grad ihres Tatinteresses spricht angesichts der geringen Vergütung, die ihr der Angeklagte in Gestalt von kostenlosen oder kostenreduzierten Betäubungsmitteln gewährte, für ihre Gehilfenstellung, die sich nicht zuletzt auch darin widerspiegelt, dass der Angeklagte sie als sein "Taxi" bezeichnete.

8 bb) Der Schuldspruch im Fall II. 25. der Urteilsgründe kann auch nicht deshalb Bestand haben, weil der Angeklagte selbst bei einem Handlungsteil dieses Falles des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln bewaffnet gewesen wäre. Zwar hat die Strafkammer ausgeführt, dass er der gesondert Verfolgten Sch. die Schusswaffe "gemeinsam mit Betäubungsmitteln" übergeben hatte; dass dies aber bei der Übergabe der 3,5 Kilogramm Marihuana im Fall II. 25. der Urteilsgründe geschehen wäre, lässt sich den Feststellungen nicht entnehmen. Angesichts des Umstandes, dass sich die Tathandlungen der Fälle II. 1.-24. (Tatzeit: August 2011 bis 7. April 2012) und II. 25. (Tatzeit: Oktober 2011 bis 7. April 2012) der Urteilsgründe zeitlich überschneiden und durch die gesondert Verfolgte Sch. eine Zuordnung der Übergabe der Schusswaffe zu einer bestimmten Betäubungsmittelmenge nicht vorgenommen worden ist, ist es nach den bisher getroffenen Feststellungen in gleichem Maße wahrscheinlich, dass Sch. die Waffe bei einer der Übergaben von 500 Gramm Marihuana in den Fällen II. 1.-24. der Urteilsgründe von dem Angeklagten übernahm und der Qualifikationstatbestand des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG deshalb in einem Fall mit wesentlich geringerem Schuldumfang erfüllt wurde.

9 2. Da somit nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Angeklagte in einem der Fälle II. 1.-24. der Urteilsgründe wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge schuldig zu sprechen ist, waren die Schuldsprüche auch insoweit aufzuheben. Das Verschlechterungsverbot des § 358 Abs. 2 StPO schließt die dadurch gegebenenfalls eintretende Verschärfung des Schuldspruchs in einem dieser Fälle nicht aus (st. Rspr.; s. etwa BGH, Beschluss vom 30. Juni 2005 - 1 StR 227/05, NStZ 2006, 34, 35). Allerdings wird es - sollte das neue Tatgericht die Übergabe der Waffe einem der Fälle der Lieferung von 500 Gramm Marihuana zuordnen - bei Festsetzung der entsprechenden Einzel- sowie der Gesamtstrafe zu berücksichtigen sein.

10 3. Die Feststellungen zu den Betäubungsmittelgeschäften des Angeklagten, bei denen er die gesondert Verfolgte Sch. zum Lagern, Portionieren und Ausliefern der von ihm beschafften und veräußerten Betäubungsmittel einsetzte, sind rechtsfehlerfrei getroffen, so dass sie - mit Ausnahme derjenigen zur Übergabe der Waffe - bestehen bleiben können.

11 4. Der Strafausspruch kann auch in den Fällen II. 26.-27. und III. der Urteilsgründe, die von der Schuldspruchaufhebung nicht betroffen sind, keinen Bestand haben, weil das Landgericht eine Strafrahmenschiebung nach § 31 BtMG, § 49 Abs. 1 StGB mit unzureichender Begründung abgelehnt hat.

12 Die Strafkammer ist davon ausgegangen, dass der Angeklagte dadurch, dass er im Fall II. 26. der Urteilsgründe seinen Abnehmer benannte - in diesem Fall lieferte der Angeklagte die Handelsmenge von fünf Kilogramm Marihuana selbst aus -, die Voraussetzungen des § 31 BtMG erfüllt habe, ohne dass dies allerdings näher ausgeführt wird. In den Erwägungen zur Strafzumessung in den Fällen II. 1.-24. und 26.-27. der Urteilsgründe hat sie die Annahme milderer Fälle mit Blick auf die Menge der gelieferten Betäubungsmittel - insgesamt und in jedem Einzelfall - abgelehnt. Erschwerend käme die strafrechtliche Vorbelastung des Angeklagten hinzu. Sodann hat die Strafkammer ausgeführt, dass schon aufgrund dieser Umstände trotz der geleisteten Aufklärungshilfe eine Strafrahmensmilderung "nach einer Gesamtabwägung" nicht in Betracht komme.

13 Dies ist nicht frei von Rechtsfehlern: Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Landgericht zwar angenommen, dass es sich bei der Entscheidung über eine Strafrahmensmilderung nach § 31 BtMG um eine Ermessensentscheidung des Gerichts handelt, die nach einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Falles zu treffen ist. Die Ablehnung der Strafrahmenschiebung hat es dann

aber im Wesentlichen mit der großen Menge der Betäubungsmittel und der Vielzahl der Taten begründet, ohne - wie es geboten gewesen wäre - die Bedeutung und das Gewicht des Aufklärungserfolges erkennbar zu berücksichtigen (Körner/Patzak, aaO, § 31 Rn. 71 mwN). Dies ergibt sich bereits daraus, dass sich die Urteilsgründe zur Bedeutung des Aufklärungserfolges - immerhin benannte der Angeklagte den Abnehmer von fünf Kilogramm Marihuana - nicht verhalten. Sollte die Strafkammer - was der Senat aufgrund des Darstellungsmangels nicht abschließend beurteilen kann - letztlich von einer unwesentlichen Aufklärungshilfe ausgegangen sein, hätte sie auch dies in den Urteilsgründen näher darlegen müssen (BGH, Beschluss vom 2. Juni 2010 - 5 StR 42/10, NStZ-RR 2010, 319).

14

5. Die Aufhebung der Anordnung von Wertersatzverfall gegen den Angeklagten folgt schon aus der weitgehenden Aufhebung der Schuldsprüche, weil das Landgericht das aus den Taten Erlangte keiner bestimmten Straftat zugeordnet hat. Für die neue Verhandlung weist der Senat darauf hin, dass die Anordnung auch deshalb rechtsfehlerhaft war, weil die Strafkammer keine Tatsachen mitgeteilt hat, aus denen sich ergibt, dass der Angeklagte überhaupt etwas - und wenn mindestens 5.000 € - aus den Straftaten erlangt hat. Der Umstand, dass es naheliegend sein mag, dass ein Betäubungsmittelhändler bei Geschäften im festgestellten Umfang Einnahmen in dieser Höhe erzielt, enthebt das Tatgericht nicht entsprechender Feststellungen oder zumindest der Angabe einer nachvollziehbaren Schätzgrundlage. Ob sich eine solche für das Landgericht aus den Angaben eines vernommenen Polizisten ergeben hat, kann der Senat nicht beurteilen, weil diese in den Urteilsgründen nicht mitgeteilt werden.

- 15 II. Die auf die allgemein erhobene Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützte Revision der Angeklagten S. führt lediglich zur Aufhebung der Anordnung des erweiterten Wertersatzverfalls; die Überprüfung des Urteils hat im Übrigen keinen Rechtsfehler zum Nachteil dieser Angeklagten ergeben.
- 16 Das Landgericht hat hinsichtlich eines Betrags in Höhe von 14.000 € auf den erweiterten Verfall von Wertersatz erkannt, weil die Angeklagte in dieser Höhe von dem gesondert Verfolgten Ka. für Kuriertätigkeiten in sechs Fällen, in denen sie insgesamt 34 Kilogramm Marihuana aus den Niederlanden nach Deutschland einführte, entlohnt worden sei.
- 17 Dies vermag die Anordnung des erweiterten Verfalls von Wertersatz nicht zu rechtfertigen: Die Vorschrift des § 73d StGB stellt eine Ausnahmeregelung dar, weil sie eine Verfallsanordnung nicht nur dann zulässt, wenn in dem dafür vorgesehenen strafprozessualen Verfahren ordnungsgemäß zur Überzeugung des Gerichts nachgewiesen ist, dass der Täter aus der konkreten Tat etwas erlangt hat, sondern bereits dann, wenn Umstände die Annahme rechtfertigen, der Täter oder Teilnehmer einer auf § 73d StGB verweisenden Anlassat habe aus oder für sonstige rechtswidrige Taten etwas erlangt. Wegen dieses Ausnahmecharakters ist § 73d StGB gegenüber § 73 StGB subsidiär und kann erst dann zur Anwendung gelangen, wenn nach Ausschöpfung aller zulässigen Beweismittel ausgeschlossen werden kann, dass die Voraussetzungen des § 73 StGB erfüllt sind (BGH, Beschluss vom 8. August 2013 - 3 StR 226/13 mwN). Dies schließt es aus, in Verfahren wie dem vorliegenden Gegenstände dem erweiterten Verfall zu unterwerfen, die die Angeklagte aus anderen, von der Anklageschrift nicht erfassten, aber konkretisierbaren Straftaten erlangt hat; denn diese Taten können und müssen zum Gegenstand eines gesonderten

Strafverfahrens gemacht werden, in dem die Voraussetzungen des vorrangig anwendbaren § 73 StGB zu prüfen sind (BGH, aaO Rn. 8; zu den Voraussetzungen einer möglichen "wahlweisen" Anordnung von [Wertersatz-]Verfall und erweitertem Verfall s. BGH, Urteil vom 7. Juli 2011 - 3 StR 144/11, BGHR StGB § 73d Anwendungsbereich 3 sowie BGH aaO Rn. 9).

Becker

Pfister

Schäfer

Gericke

Spaniol