



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

2 StR 66/16

vom

3. Mai 2017

in der Strafsache

gegen

1.

2.

3.

4.

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

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 3. Mai 2017,
an der teilgenommen haben:

Richter am Bundesgerichtshof

Prof. Dr. Krehl

als Vorsitzender,

die Richter am Bundesgerichtshof

Dr. Eschelbach,

Zeng,

Richterin am Bundesgerichtshof

Dr. Bartel,

Richter am Bundesgerichtshof

Dr. Grube,

Oberstaatsanwältin beim Bundesgerichtshof

als Vertreterin der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt

als Pflichtverteidiger des Angeklagten H. ,

Rechtsanwalt

als Pflichtverteidiger des Angeklagten W. ,

Rechtsanwalt

als Pflichtverteidiger des Angeklagten S. ,

der Angeklagte S. in Person,

Rechtsanwalt

als Verteidiger des Angeklagten S. ,

Rechtsanwalt

als Pflichtverteidiger des Angeklagten T. ,

Justizangestellte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Mit Zustimmung des Generalbundesanwalts wird der Verfall von Wertersatz insgesamt von der Verfolgung ausgenommen.
2. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Neubrandenburg vom 16. April 2015 im Strafausspruch hinsichtlich der Angeklagten H. , W. und S. mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.
3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer (Jugendkammer) des Landgerichts zurückverwiesen.
4. Die weitergehende Revision der Staatsanwaltschaft wird verworfen.
5. Die Revisionen der Angeklagten H. , W. und S. gegen das vorgenannte Urteil werden verworfen; jedoch entfällt der Ausspruch über den Verfall von Wertersatz.
6. Die Beschwerdeführer tragen die Kosten ihrer Rechtsmittel.

Von Rechts wegen

Gründe:

1 Das Landgericht hat die Angeklagten wegen bandenmäßigen, unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verurteilt, den Angeklagten W. zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und acht Monaten, den Angeklagten H. zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und den Angeklagten S. zu einer Jugendstrafe von zwei Jahren, wobei es die letztgenannten Freiheitsstrafen jeweils zur Bewährung ausgesetzt hat. Den Angeklagten T. hat es wegen Diebstahls in zwei Fällen zu einer Gesamtgeldstrafe von 60 Tagessätzen zu je 30 € verurteilt. Außerdem hat es Verfalls- und Einziehungsentscheidungen getroffen. Im Übrigen hat es die Angeklagten freigesprochen. Die Revision der Staatsanwaltschaft richtet sich gegen den Freispruch und die gegen die Angeklagten W. , S. und H. getroffene Rechtsfolgenentscheidung. Das Rechtsmittel hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen ist es wie auch die Revisionen der Angeklagten nach der Beschränkung der Rechtsfolgen gemäß §§ 430, 442 StPO un begründet.

I.

2 Das Landgericht hat folgende Feststellungen getroffen:

3 Spätestens Anfang Januar 2013 fassten die Angeklagten W. und S. , die in leitender Funktion dem Rockerclub „M. Club G. N. “ angehörten, sowie der Angeklagte H. den Entschluss, kontinuierlich Betäubungsmittel, insbesondere Marihuana/Cannabis, von den gesondert verfolgten Mi. , R. und Ho. zu beziehen und in N. weiter zu veräußern. Anlass für die Ge-

schäftsbeziehung war, dass die G. , die sich insoweit bandenmäßig zusammen getan hatten, das brachliegende Rauschgiftgeschäft der sich auflösenden Rockergruppierung B. übernehmen wollten. Insgesamt konnten zehn Beschaffungsfahrten zwischen dem 15. Januar 2013 und dem 2. Juli 2013 festgestellt werden, bei denen die genannten Angeklagten gemeinschaftlich handelnd 1.208 g Marihuana mit einem THC-Gehalt von insgesamt 91,52 g, 5 g Kokain mit einem Wirkstoffgehalt von 1 g Kokainhydrochlorid und 182 g Amphetamingemisch mit einem Wirkstoffgehalt von 8,513 g Amphetamin erwarben. Die letzte Fahrt vom 2. Juli 2013 führte nicht mehr zur Übernahme von Betäubungsmitteln; im unmittelbaren Anschluss hieran wurden die Angeklagten W.

und S. vorläufig festgenommen. Der Handel wurde als Kommissionsgeschäft betrieben, d.h. die Erstlieferung wurde teilweise bezahlt, bei den nachfolgenden Lieferungen wurden jeweils der Rest der vorherigen Lieferung und ein Teil der neuen Lieferung bezahlt. Alle Angeklagten waren bei allen festgestellten Handlungen am Absatz der Betäubungsmittel beteiligt, nicht jedoch an den Fahrten als solche, die in wechselnder Beteiligung durchgeführt wurden.

4 Hinsichtlich zehn weiterer Beschaffungsfahrten erfolgte bezüglich der Angeklagten W. , S. und H. ebenso ein Freispruch wie hinsichtlich zweier Taten bandenmäßigen Handels mit Betäubungsmitteln, derer der Angeklagte T. angeklagt war. Insoweit konnte sich die Strafkammer nicht davon überzeugen, dass an den in der Anklageschrift genannten Tagen Beschaffungsfahrten durchgeführt worden waren bzw. der Angeklagte T. beteiligt war.

5 Nach der Festnahme der Angeklagten W. , S. und H. wurden in verschiedenen Wohnungen u.a. Cannabispflanzen, Hanfblüten, Amphetamin, eine Schreckschusspistole und Feinwaage sowie Notizbücher mit verschiedenen, handgeschriebenen Zahlen sichergestellt.

II.

- 6 1. Die Revision der Staatsanwaltschaft, die auf den Freispruch der vier Angeklagten sowie den Rechtsfolgenausspruch hinsichtlich der Angeklagten S. , W. und H. beschränkt ist, führt nur hinsichtlich des Strafausspruchs zum Erfolg; im Übrigen ist sie unbegründet.
- 7 a) Die Beschränkung der Revision auf den Rechtsfolgenausspruch im Verurteilungsfall ist wirksam. Der Rechtsfolgenausspruch kann unabhängig vom Schuldspruch auf seine Rechtmäßigkeit überprüft werden. Dies gilt auch mit Blick auf die Einwendungen gegen den von der Strafkammer angenommenen Wirkstoffgehalt, den die Revision für unvertretbar niedrig angesetzt erachtet. Selbst wenn insoweit der Rechtsmittelangriff begründet und ein höherer Wirkstoffgehalt zugrunde zu legen wäre, würde dies am Schuldspruch der Strafkammer, bandenmäßiges Handeltreiben von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, nichts ändern. Die Beschränkung auf den Rechtsfolgenausspruch ist im Übrigen auch dann wirksam, wenn das Landgericht – wovon der Generalbundesanwalt ausgeht – zu Unrecht Tateinheit statt Tatmehrheit angenommen hätte (vgl. KK-StPO Gericke, 7. Aufl., § 318 Rn. 7).
- 8 b) Der Rechtsfolgenausspruch hinsichtlich der Angeklagten S. , W. und H. hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Annahme minderschwerer Fälle nach § 30a Abs. 3 BtMG bei den Angeklagten W. und H. ist nicht frei von Rechtsfehlern. Das Landgericht hat seiner Entscheidung zwar einen zutreffenden Maßstab zugrunde gelegt und im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtwürdigung auch alle maßgeblichen Gesichtspunkte in den Blick genommen. Als rechtsfehlerhaft erweist sich aber die Annahme eines Wirkstoffgehalts von lediglich 7%, die zu der zu Gunsten der Angeklagten ange-

fürten Erwägung der Strafkammer führt, die Gesamthandelsmenge überschreite die zehnfache nicht geringe Menge nicht. Die Schätzung dieses Wirkstoffgehalts durch die Kammer nimmt die Wirkstoffkonzentrationen der bei dem gesondert verfolgten Ho. sichergestellten Betäubungsmittel in den Blick, die sich auf 15% beziffern lassen. Wenn die Strafkammer angesichts dessen von einem geschätzten Wirkstoffgehalt von 7% ausgeht, ist sie damit zu einer mehr als halbierten Wirkstoffkonzentration gelangt. Ein Sicherheitsabschlag in dieser Höhe ist weder grundsätzlich geboten noch lässt sich den Urteilsgründen entnehmen, ob es besondere Umstände gibt, die einen Abschlag in dieser Höhe als nachvollziehbar erscheinen lassen. Der Senat kann nicht ausschließen, dass das Landgericht bei ordnungsgemäßer Schätzung zu einem höheren Wirkstoffgehalt gelangt wäre und womöglich einen minder schweren Fall ausgeschlossen oder jedenfalls zu einer höheren Strafe gelangt wäre. Dies gilt letztendlich auch für den Strafausspruch hinsichtlich des Angeklagten S. .

9 c) Der Freispruch der vier Angeklagten vom Vorwurf weiterer Taten des bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln im November 2012 bzw. Januar 2013 hält rechtlicher Nachprüfung stand.

10 Spricht der Tatrichter einen Angeklagten frei, weil er Zweifel an seiner Täterschaft nicht zu überwinden vermag, so ist dies vom Revisionsgericht regelmäßig hinzunehmen. Denn die Beweiswürdigung ist Sache des Tatgerichts. Die revisionsgerichtliche Kontrolle beschränkt sich darauf, ob dem Tatgericht Rechtsfehler unterlaufen sind. Dies ist in sachlich-rechtlicher Hinsicht der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar, lückenhaft ist oder gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt, der Tatrichter die erforderliche Gesamtabwägung aller maßgeblichen Umstände unterlassen oder überspannte Anforderungen an die für die Verurteilung erforderliche Gewissheit gestellt hat.

11 Solche Rechtsfehler lässt die angegriffene Entscheidung nicht erkennen. Das Landgericht hat zu Recht die nur durch die Vernehmung des V-Mann-Führers als Zeugen vom Hörensagen in die Hauptverhandlung eingeführten Angaben der Vertrauensperson einer besonders vorsichtigen Beweiswürdigung unterzogen. Es ist ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass eine Verurteilung allein darauf nicht gestützt werden kann, und hat deshalb geprüft, ob dessen Angaben durch weitere Indizien gestützt werden. Bei dieser Würdigung ist die Strafkammer nachvollziehbar zu dem Ergebnis gelangt, dass diese nicht aussagekräftig seien. Die hiergegen von der Revision vorgebrachten Einwendungen vermögen nicht durchzudringen. Das Landgericht hat sich insbesondere ohne Rechtsfehler mit dem Umstand auseinandergesetzt, dass der Vertrauensperson der Name des Betäubungsmittellieferanten R. bekannt war. Die Folgerung, wonach dieses Wissen aus Sicht der Strafkammer kein Beleg für die Richtigkeit der belastenden Angaben ist, ist möglich und rechtlich deshalb nicht zu beanstanden. Die Strafkammer hat sich auch in rechtlich nicht zu beanstandender Weise mit dem Umstand eines Geldtransfers über We.

befasst. Dass es dem insoweit keine Aussagekraft beigemessen hat, weil statt eines berichteten Betrags von 1.800 € lediglich ein solcher von 400 € verifiziert werden konnte, begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Es fehlt schließlich nicht an der erforderlichen Gesamtschau der Indizien. Den Urteilsgründen lässt sich entnehmen, dass die Strafkammer die Indiztatsachen zueinander in Beziehung gesetzt, auch in ihrer Zusammenschau gewürdigt und dabei keine überspannten Anforderungen an die Überzeugungsbildung gestellt hat.

12 2. Die Revision der Angeklagten bleibt – nachdem der Senat die Entscheidung über den Verfall von Wertersatz von der Verfolgung ausgenommen hat – ohne Erfolg.

13 a) Das Rechtsmittel des Angeklagten W. zeigt Rechtsfehler zu seinem Nachteil nicht auf.

14 aa) Die Verfahrensrügen greifen aus den vom Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift genannten Gründen nicht durch.

15 bb) Die umfassende Überprüfung der angegriffenen Entscheidung aufgrund der allgemein erhobenen Sachrüge hat Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten nicht ergeben.

16 b) Auch die Revision des Angeklagten H. ist unbegründet.

17 aa) Die Verfahrensrüge, mit der sich der Angeklagte gegen die Verwertung der aus der Telefonüberwachung gewonnenen Erkenntnisse wendet, ist jedenfalls unbegründet. Das Landgericht ist zu Recht von der Verwertbarkeit der TKÜ-Erkenntnisse ausgegangen. Der die Überwachung anordnende Ermittlungsrichter hat ohne Rechtsfehler, gestützt auf die Angaben eines V-Manns, das Vorliegen eines Anfangsverdachts sowie der weiteren Anordnungsvoraussetzungen angenommen.

18 bb) Die angegriffene Entscheidung des Landgerichts hält – auch unter Berücksichtigung des Revisionsvorbringens – rechtlicher Nachprüfung stand.

19 Die Verurteilung wegen bandenmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge begegnet keinen rechtlichen Bedenken.

20 Der Schuldspruch wird von den Feststellungen getragen, die ihm zugrunde liegende Beweiswürdigung hält rechtlicher Nachprüfung stand. Insoweit kann auf die Ausführungen des Generalbundesanwalts in seiner Antragschrift

Bezug genommen werden. Abweichend hiervon bedarf nur Folgendes der Erörterung:

21 Ohne Rechtsfehler ist das Landgericht von einer mittäterschaftlichen Beteiligung des Angeklagten an allen zu einer Tat im Rechtssinne zusammengefassten zehn Beschaffungsfahrten ausgegangen. Es hat zwar festgestellt, dass er nur an vier Fahrten nach Br. unmittelbar beteiligt war, ist jedoch ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass der Angeklagte mit Blick auf den gemeinsamen Plan aller Beteiligten und die festgestellte Absatzstruktur bei allen Betäubungsmittelgeschäften jedenfalls über den Absatz des aus Br. beschafften Rauschgifts beteiligt war. Dieser Schluss der Strafkammer ist möglich und insoweit frei von Beanstandung. Die Erwägung des Generalbundesanwalts, der Angeklagte sei nur jeweils mit dem Absatz derjenigen Betäubungsmittel befasst gewesen, an deren Beschaffung er sich auch beteiligt habe, ist letztlich – trotz der begrenzt festgestellten telefonischen Kontakte nach der Beschaffungsfahrt – spekulativ und bedurfte deshalb der Erörterung durch das Landgericht nicht. Schließlich fehlt es auch hinsichtlich der letzten Tat nicht an einer Beteiligung des Angeklagten; denn insoweit ist angesichts der vom Landgericht festgestellten Zuständigkeit des Angeklagten für den Absatz der Betäubungsmittel davon auszugehen, dass er im Vorfeld der Tat eine entsprechende Zusage gegeben hat. Dies reicht angesichts des Umstands, dass es zu einem tatsächlichen Erwerb der Betäubungsmittel nicht gekommen ist, für eine mittäterschaftliche Beteiligung an dieser Tat.

22 Auch der Strafausspruch hält angesichts der rechtsfehlerfreien Annahme der Beteiligung des Angeklagten an sämtlichen zehn Beschaffungsfahrten rechtlicher Nachprüfung stand.

23 c) Die Revision des Angeklagten S. hat ebenfalls keinen Erfolg.

24 aa) Der Verfahrensrüge bleibt aus den vom Generalbundesanwalt in seiner Antragsschrift dargelegten Gründen der Erfolg versagt.

25 bb) Die angegriffene Entscheidung des Landgerichts hält – auch unter Berücksichtigung des Revisionsvorbringens – rechtlicher Nachprüfung stand.

26 Die Verurteilung wegen bandenmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge ist frei von Rechtsfehlern. Der Schuldspruch wird von den Feststellungen getragen, die ihm zugrunde liegende Beweiswürdigung hält rechtlicher Nachprüfung stand. Insoweit kann auf die Ausführungen des Generalbundesanwalts in seiner Antragsschrift Bezug genommen werden. Soweit der Generalbundesanwalt abweichend hiervon in seiner Antragsschrift die Ansicht vertreten hat, die Feststellungen trügen – wie auch bei dem Angeklagten H. – nicht die mittäterschaftliche Beteiligung bei allen zehn Beschaffungsfahrten, gilt auch hinsichtlich dieses Angeklagten, dass die gegenteilige Annahme des Landgerichts – aus den beim Angeklagten H. angeführten Gründen – rechtlichen Bedenken nicht unterliegt.

Krehl

R'inBGH Dr. Bartel
ist an der Unterschrifts-
leistung gehindert.

Krehl

Eschelbach

Zeng

Grube