



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

4 StR 164/04

vom

9. Dezember 2004

in der Strafsache

gegen

1.

2.

3.

wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge u.a.

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 9. Dezember 2004, an der teilgenommen haben:

Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof
Dr. Tepperwien,

Richter am Bundesgerichtshof
Prof. Dr. Kuckein,
Athing,
Richterin am Bundesgerichtshof
Solin-Stojanović,
Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Ernemann
als beisitzende Richter,

Staatsanwalt
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt
als Verteidiger des Angeklagten M. ,

Rechtsanwältin
als Verteidigerin des Angeklagten Me. ,

Rechtsanwalt
als Verteidiger des Angeklagten H. ,

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

- I. Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Münster vom 15. Dezember 2003
 1. in Bezug auf den Angeklagten M. mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben,
 - a) soweit der Angeklagte in den Fällen B. I. 1., 3., 5. und 7. der Urteilsgründe wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln verurteilt worden ist; jedoch bleiben die Feststellungen zum äußeren Tatgeschehen aufrechterhalten,
 - b) im Ausspruch über die Gesamtstrafe;
 2. in Bezug auf den Angeklagten Me.
 - a) aufgehoben, soweit der Angeklagte im Fall B. I. 6. der Urteilsgründe freigesprochen worden ist,
 - b) im Schuldspruch dahin abgeändert, daß der Angeklagte wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in acht Fällen und unerlaubten Handeltreibens

mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in einem weiteren Fall verurteilt wird,

- c) im Gesamtstrafenausspruch mit den Feststellungen aufgehoben.
-
- II. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der die Angeklagten M. und Me. betreffenden Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
 - III. Die weiter gehenden Revisionen sowie die den Angeklagten H. betreffende Revision der Staatsanwaltschaft werden verworfen.
 - IV. Die Staatskasse trägt die Kosten des den Angeklagten H. betreffenden Rechtsmittels der Staatsanwaltschaft und die diesem Angeklagten hierdurch entstandenen Auslagen.
 - V. Die Revision des Angeklagten Me. gegen das vorbezeichnete Urteil wird verworfen; der Angeklagte Me. trägt die Kosten seines Rechtsmittels.

Von Rechts wegen

Gründe:

Das Landgericht hat die Angeklagten - jeweils unter Freisprechung im übrigen - wie folgt verurteilt: den Angeklagten M. wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in fünf Fällen und wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in vier Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten, den Angeklagten Me. wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in acht Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren sowie den Angeklagten H. wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in acht Fällen unter Aussetzung der Vollstreckung der verhängten Freiheitsstrafe zur Bewährung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren. Ferner hat es die Unterbringung des Angeklagten M. in einer Entziehungsanstalt bei Vorwegvollzug eines Teils der verhängten Freiheitsstrafe angeordnet, gegen den Angeklagten Me. den Verfall eines Geldbetrages von 5.000 Euro ausgesprochen und sichergestellte Betäubungsmittel eingezogen. Gegen dieses Urteil wenden sich der Angeklagte Me. mit seiner Revision, mit der er die Verletzung materiellen Rechts rügt, sowie die Staatsanwaltschaft mit ihren ebenfalls auf die Sachrüge gestützten, zu Ungunsten der drei Angeklagten eingelegten Rechtsmitteln. Die Staatsanwaltschaft beanstandet in erster Linie die Nichtannahme der Voraussetzungen bandenmäßigen Handelns nach § 30 a Abs. 1 BtMG. Darüber hinaus wendet sie sich unter anderem gegen den vom Landgericht bei der rechtlichen Bewertung zugrundegelegten Wirkstoffgehalt des eingeführten und weiterverkauften Kokains sowie gegen den (Teil-)Freispruch des Angeklagten

Me. im Fall B. I. 6. der Urteilsgründe. Die Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft haben, soweit sie die Angeklagten M. und Me. betreffen, den aus der Urteilsformel ersichtlichen Teilerfolg; im übrigen erweisen sie sich als unbegründet. Die Revision des Angeklagten Me. ist unbegründet.

Das Landgericht hat festgestellt:

Zum Jahreswechsel 2002/2003 wurde der Angeklagte M. von namentlich nicht ermittelten Personen angesprochen, ob er Kokain besorgen könne. Dieser fragte daraufhin bei dem Angeklagten Me. an, ob er ihm Kokain liefern könne. Der Angeklagte Me., der einen in Holland in der Nähe von Amsterdam wohnenden Drogenhändler namens „Mohammed“ kannte, von dem er bereits früher Betäubungsmittel zum Eigenkonsum bezogen hatte, sagte zu. Im weiteren kam es zu den ausgeurteilten Drogenlieferungen, die wie folgt abgewickelt wurden: Nach der zwischen dem Angeklagten Me. und „Mohammed“ getroffenen Vereinbarung sollten die Betäubungsmittel (neben Kokain in zwei Fällen auch Marihuana) dem Angeklagten Me. in Enschede von „Mohammed“ übergeben werden. Da der Angeklagte Me. die Betäubungsmittel nicht selbst über die Grenze nach Deutschland bringen wollte, sprach er den Angeklagten H. an, ob dieser für ihn den Transport übernehmen könne. H. sagte schließlich zu. Der Angeklagte Me. zeigte daraufhin dem Angeklagten H. zwei kurz vor der Grenze auf niederländischem Gebiet gelegene Stellen, an denen die Drogen jeweils von ihm oder „Mohammed“ versteckt werden sollten. Dort sollte sie der Angeklagte H. auf Aufforderung durch den Angeklagten Me. abholen und sie ihm in Deutschland übergeben. Über eine Entlohnung des Angeklagten H. wurde nicht gesprochen, jedoch erhielt dieser vom Angeklagten Me. im weiteren Verlauf gelegentlich 2 bis 3 g Kokain

zum Eigenverbrauch oder ein neues Handy. Der Angeklagte Me. verkaufte die dergestalt von „Mohammed“ bezogenen Betäubungsmittel sodann an den Angeklagten M. und an andere Abnehmer weiter. Im einzelnen bezog der Angeklagte Me. auf diese Weise von „Mohammed“ in fünf Fällen (Fälle B. I. 1., 3., 5., 7. und 8. der Urteilsgründe) jeweils 50 g Kokain, von denen er in einem Fall die Gesamtmenge (Fall B. I. 8. der Urteilsgründe), in vier Fällen jeweils Teilmengen von mindestens 20 g an den Angeklagten M. weiterveräußerte (Fälle B. I. 1., 3., 5. und 7. der Urteilsgründe). In einem weiteren Fall (Fall B. I. 6.) bestellte der Angeklagte M. bei dem Angeklagten Me. 60 g Kokain. Dieser konnte jedoch seinen Dealer „Mohammed“ nicht erreichen und lieferte daher an den Angeklagten M. lediglich 30 g Kokain, über die er noch aus einer früheren Lieferung des „Mohammed“ verfügte. Schließlich erfolgte eine weitere Bestellung des Angeklagten M. über 50 g Kokain, die durch den Angeklagten H. auf dem üblichen Wege nach Deutschland gebracht wurden, jedoch wegen der Festnahme der Angeklagten nicht mehr an M. ausgeliefert werden konnten (Fall B. I. 9. der Urteilsgründe). Darüber hinaus bezog der Angeklagte Me. von „Mohammed“ in zwei Fällen auf die gleiche Weise Marihuana, und zwar in einem Fall 500 g (Fall B. I. 2. der Urteilsgründe) und in einem weiteren Fall 750 g (Fall B. I. 4. der Urteilsgründe), das er an den Angeklagten M. weiterveräußerte. Für das Kokain zahlte der Angeklagte Me. an „Mohammed“ 30 Euro pro Gramm und verkaufte es an den Angeklagten M. für 38 Euro pro Gramm. M. verkaufte seinerseits das Gramm Kokain an seine Abnehmer für 45 bis 50 Euro. Das Marihuana erwarb der Angeklagte Me. für 3,30 Euro pro Gramm. An den Angeklagten M. verkaufte er es für 3,70 bis 3,90 Euro weiter, während M. seinerseits das Marihuana zu einem Grammpreis von 4 Euro an seine Abnehmer verkaufte. Das in den Fällen B. I. 8. und 9. der Urteilsgründe gelieferte Kokain

konnte sichergestellt werden und wies einen Wirkstoffgehalt von 76,7 % (Fall B. I. 8.) und 15,8 % (Fall B. I. 9.) Cocainhydrochlorid auf.

I. Revisionen der Staatsanwaltschaft

1. Das Landgericht hat entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ohne Rechtsfehler das Vorliegen bandenmäßigen Betäubungsmittelhandels nach § 30 a Abs. 1 BtMG verneint.

a) Nach der neueren Rechtsprechung (vgl. BGHSt 46, 321) setzt der Begriff der Bande den Zusammenschluß von mindestens drei Personen voraus, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Delikttyps zu begehen. Abweichend von der früheren Rechtsprechung ist ein „gefestigter Bandenwille“ oder ein „Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse“ nicht mehr erforderlich. Die Mitglieder der Bande können vielmehr in der Bande ihre eigenen Interessen an einer risikolosen und effektiven Tatausführung und Beute- oder Gewinnerzielung verfolgen (BGHR BtMG § 30 a Bande 10).

b) Wesentliches Element einer Bande ist danach eine auf eine gewisse Dauer angelegte Verbindung mehrerer Personen zur zukünftigen gemeinsamen Deliktsbegehung (BGHSt 46, 321, 329), wobei Mitglied einer Bande auch sein kann, wem nach der – stillschweigend möglichen - Bandenabrede, nur Aufgaben zufallen, die sich bei wertender Betrachtung als Gehilfentätigkeiten darstellen (BGHSt 47, 214). An einer Verbindung zur gemeinsamen Tatbegehung fehlt es aber, wenn sich Beteiligte eines Drogengeschäfts – sei es auch in

einem eingespielten Bezugs- und Absatzsystem - lediglich jeweils auf der Verkäufer- und Erwerberseite gegenüberstehen (vgl. BGH StraFo 2004, 253 sowie aus der früheren – insoweit fortgeltenden - Rechtsprechung BGHSt 42, 255, 259). So verhält es sich hier. Nach den Feststellungen bezog der Angeklagte Me. die Betäubungsmittel von seinem Dealer „Mohammed“ und veräußerte sie gewinnbringend an den Angeklagten M. und weitere Abnehmer. Der Angeklagte M. verkaufte sodann die Drogen mit einem Aufschlag auf den an den Angeklagten Me. gezahlten Einkaufspreis an seine eigenen Abnehmer weiter. Ein über die gegenseitigen Verkaufsvorgänge hinausgehendes Zusammenwirken der Angeklagten Me. und M. ist nicht festgestellt. Weder war der Angeklagte M. in den Bezug der Drogen durch den Angeklagten Me. aus den Niederlanden miteingebunden, noch der Angeklagte Me. in den weiteren Absatz der Drogen durch den Angeklagten M.. Beide Angeklagten nahmen ihre Geschäfte jeweils auf eigene Rechnung und eigenes Risiko vor (vgl. hierzu auch BGH StraFo 2004, 253). Die Rolle des Angeklagten H. schließlich, dem die Person des Angeklagten M. zunächst völlig unbekannt war, erschöpfte sich darin, auf Anweisung des Angeklagten Me. die Betäubungsmittel aus den Niederlanden nach Deutschland zu verbringen und sie entweder an den Angeklagten Me. selbst oder an eine von diesem bestimmte Person auszuliefern. Allein der Umstand, daß der Angeklagte H. hierbei in zwei der ausgeurteilten Fälle (Fälle B. I. 3. und 4. der Urteilsgründe) die Auslieferung der von ihm aus den Niederlanden eingeführten Betäubungsmittel nicht unmittelbar an den Angeklagten Me., sondern gemeinsam mit diesem an den Angeklagten M. bzw. auf dessen Weisung an eine weitere Person vorgenommen hat, vermag nicht bereits das strafrechtlich relevante Verhalten aller drei Angeklagten zu einer gemeinsamen Tatbegehung zu verknüpfen.

2. Zu Recht beanstandet die Beschwerdeführerin hingegen den Freispruch des Angeklagten Me. im Fall B. I. 6. der Urteilsgründe.

Das Landgericht hat hierzu die Auffassung vertreten, eine Verurteilung des Angeklagten Me. käme insoweit wegen des Verbots einer Doppelbestrafung nicht in Betracht, da es sich bei den letztlich an den Angeklagten M. gelieferten 30 g Kokain möglicherweise um Restbestände aus einem der mitabgeurteilten Fälle gehandelt habe. Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Zwar ist es zutreffend, daß alle auf den Güterumsatz bezogenen Tätigkeitsakte, die dieselbe Rauschgiftmenge betreffen, zu einer Bewertungseinheit zusammengefaßt werden und damit eine Tat im Rechtssinne bilden (st. Rspr., vgl. nur Weber BtMG 2. Aufl. vor §§ 29 ff. Rdn. 435 ff.). Für die Tatbestandsverwirklichung des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln kommt es jedoch maßgeblich auf die vom Täter getroffene Abrede über das nach seiner Vorstellung zu liefernde Betäubungsmittel und nicht auf die (spätere) tatsächliche Lieferung an (BGHR BtMG § 29 a Abs. 1 Nr. 2 Handeltreiben 3; BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 30). Nach den Feststellungen beabsichtigte der Angeklagte Me., die vom Angeklagten M. bei ihm bestellten 60 g Kokain auf die übliche Weise von seinem Lieferanten „Mohammed“ zu beziehen. Erst als es ihm nicht gelang, die versprochene Menge zu besorgen, weil er „Mohammed“ nicht erreichen konnte, griff er auf die ihm aus früheren Lieferungen verbliebene, in einem Versteck „gebunkerte“ Restmenge zurück. Seine Zusage an den Angeklagten M., 60 g Kokain zu liefern, bezog sich daher nicht auf diese Restmenge. Die Frage einer Bewertungseinheit stellt sich somit hier nicht. Vielmehr hat der Angeklagte Me. schon mit der Annahme der Bestellung des Angeklagten M. über 60 g Kokain den Tatbestand des (vollendeten) Handeltreibens über diese Menge verwirklicht und sich damit auf der Grundlage des vom Landgericht für alle Kokainlieferungen des „Mohammed“ rechtsfehlerfrei zugrundegelegten Mindestwirkstoffgehalts von 15 % Cocainhydrochlorid in einem weiteren Fall des unerlaubten Handeltreibens mit Betäu-

bungsmitteln in nicht geringer Menge gemäß § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG schuldig gemacht. Der Senat vermag hier ausnahmsweise in der Sache selbst zu entscheiden, da der Freispruch des hinsichtlich der zugrunde liegenden Feststellungen geständigen Angeklagten auf einem Subsumtionsfehler des Landgerichts beruht (vgl. hierzu Kuckein in KK StPO 4. Aufl. § 354 Rdn. 13; Meyer-Goßner StPO 47. Aufl. § 354 Rdn. 23). Er ändert daher den Schuldspruch unter Aufhebung des insoweit ergangenen Freispruchs entsprechend ab. § 265 StPO steht dem nicht entgegen, da ausgeschlossen werden kann, daß sich der Angeklagte Me. bei entsprechendem Hinweis anders hätte verteidigen können als geschehen.

3. Keinen Bestand kann schließlich das Urteil haben, soweit der Angeklagte M. in den Fällen B. I. 1., 3., 5. und 7. der Urteilsgründe (nur) wegen (einfachen) unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln verurteilt worden ist.

Ausgehend von dem im Fall B. I. 9. bei dem sichergestellten Kokain festgestellten Wirkstoffgehalt ist das Landgericht – insbesondere auch mit Blick auf die von Zeugen bekundeten starken Qualitätsschwankungen - mit rechtsfehlerfreien Erwägungen unter Anwendung des Zweifelssatzes davon ausgegangen, daß die in den vorgenannten Fällen an den Angeklagten M. jeweils gelieferten 20 g Kokain einen Wirkstoffgehalt von (mindestens) 15 % Cocainhydrochlorid aufwiesen und damit in keinem Fall die Grenze zur nicht geringen Menge von 5,0 g Cocainhydrochlorid überstiegen. Das Landgericht hat aber hier ebenfalls nicht bedacht, daß es für die Tatbestandsverwirklichung des Handeltreibens mit Betäubungsmittel nicht auf die tatsächliche Lieferung, sondern auf die vom Täter getroffene Abrede über das nach seiner Vorstellung

zu liefernde Betäubungsmittel ankommt. Dies gilt auch, soweit das Tatbestandsmerkmal der „nicht geringen Menge“ in Frage steht (vgl. BGHR BtMG § 29 a Abs. 1 Nr. 2 Handeltreiben 3; Weber aaO § 29 a Rdn. 176 ff.; Körner BtMG 5. Aufl. § 29 a Rdn. 114 ff.). Hierzu stellt das angefochtene Urteil lediglich fest, daß die Angeklagten im Fall B. I. 8. entsprechend dem festgestellten Wirkstoffgehalt von 76,7 % Cocainhydrochlorid „auch mit einem solchen Reinheitsgehalt“ gerechnet hatten, in allen übrigen Fällen mit einem solchen von „mindestens 15 %“. Zu der konkreten Vorstellung des Angeklagten M. über die Qualität des vom Angeklagten Me. jeweils zu liefernden Kokains zum maßgeblichen Zeitpunkt der Bestellung sowie zu dem Inhalt der insoweit getroffenen Abrede verhält sich das Urteil indes nicht. Dies stellt unter den hier gegebenen Umständen – stark schwankende Qualität des gelieferten Kokains bei Identität der Lieferquelle, Zahlung eines gleichbleibend hohen Kaufpreises – einen Mangel dar, der zur Aufhebung des Urteils in den bezeichneten Fällen führt.

Der Senat schließt jedoch aus, daß der aufgezeigte Rechtsfehler sich in den Fällen, in denen der Angeklagte M. sowie auch die Mitangeklagten Me. und H. wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (Kokain) in nicht geringer Menge bzw. Beihilfe hierzu verurteilt worden sind, auf die Bemessung der verhängten Strafen ausgewirkt hat.

4. Der Teilerfolg der Revisionen der Staatsanwaltschaft (vgl. oben Ziffer 2. und 3.) zieht die Aufhebung der die Angeklagten M. und Me. betreffenden Gesamtstrafenaussprüche nach sich. Bei der Bemessung der gegen den Angeklagten Me. im Fall B. I. 6. und den Angeklagten M. in den Fällen B. I. 1., 3., 5. und 7. zu verhängenden Strafen, wird der neue Tatrichter zu

berücksichtigen haben, daß diese Angeklagten nach den getroffenen Feststellungen – wie die Beschwerdeführerin zu Recht rügt – jeweils gewerbsmäßig im Sinne des § 29 Abs. 3 Nr. 1 BtMG gehandelt haben.

5. Im übrigen haben die Revisionen der Staatsanwaltschaft keinen Rechtsfehler – auch nicht zum Nachteil der Angeklagten (§ 301 StPO) – aufgedeckt. Der Erörterung bedarf nur folgendes:

a) Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen rechtfertigen nicht die Annahme einer Strafbarkeit des Angeklagten M. wegen Beteiligung – sei es in Form der Anstiftung oder Beihilfe - an der Einfuhr der Betäubungsmittel durch die Mitangeklagten Me. und H.. Den Feststellungen kann zwar entnommen werden, daß der Angeklagte M. wußte, daß die von ihm von dem Angeklagten Me. erworbenen Betäubungsmittel zuvor aus den Niederlanden in die Bundesrepublik Deutschland verbracht worden waren. Über die Einzelheiten der Einfuhr durch die Angeklagten Me. und H. war er jedoch nicht unterrichtet. Eine konkrete tatauflösende oder -fördernde Handlung des Angeklagten M. zu einzelnen Einfuhrtaten ist auch nicht festgestellt. Vielmehr hat der Angeklagte Me. bekundet, daß er neben dem Angeklagten M. noch andere Abnehmer gehabt habe; die Bestellung von jeweils 50 g Kokain bei seinem Lieferanten „Mohammed“ sei unabhängig von der Höhe der Bestellung des Angeklagten M. gewesen (UA 29).

b) Schließlich läßt auch die Strafzumessung durch das Landgericht unter Berücksichtigung des dem Tatrichter zustehenden Bemessungsspielraums keinen durchgreifenden Rechtsfehler erkennen.

II. Revision des Angeklagten Me.

Die Revision des Angeklagten Me. hat keinen Erfolg, da die Nachprüfung des Urteils aufgrund der Revisionsrechtfertigung keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten erbracht hat.

Tepperwien

Kuckein

Athing

Solin-Stojanović

Ernemann