



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

2 StR 436/07

vom

5. Oktober 2007

in der Strafsache

gegen

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 des Beschwerdeführers am 5. Oktober 2007 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Gera vom 8. Mai 2007
 - a) im Schuldspruch dahingehend geändert, dass der Angeklagte des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in 16 Fällen und des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 30 Fällen schuldig ist;
 - b) im Strafausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.
2. 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.
3. Die weitergehende Revision wird als unbegründet verworfen.

Gründe:

1. Das Landgericht hat den Angeklagten wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in 16 Fällen und bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 30 Fällen schuldig gesprochen und ihn unter Einbeziehung von Einzelstrafen aus früheren Verurtei-

lungen zu zwei Gesamtstrafen von vier Jahren und acht Monaten und neun Jahren verurteilt sowie Wertersatzverfall in Höhe von 36.400 Euro angeordnet. Die Revision des Angeklagten hat mit der Sachrüge Erfolg, soweit das Landgericht bandenmäßiges Handeln des Angeklagten angenommen hat.

2 1. Nach den Feststellungen des Landgerichts wirkte der Angeklagte bei Einkauf und Absatz von Betäubungsmitteln mittäterschaftlich mit dem gesondert Verfolgten J. zusammen. Die Betäubungsmittel kauften sie jeweils bei dem gesondert Verfolgten L. Nach Ansicht des Landgerichts bildeten die Mittäter T. und J. mit dem Lieferanten L. eine Bande im Sinne von §§ 30 Abs. 1 Nr. 1, 30 a Abs. 1 BtMG, weil eine "auf Dauer angelegte Struktur" bestanden habe.

3 Dies ist, wie der Generalbundesanwalt zutreffend dargelegt hat, unzutreffend und widerspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Danach fehlt es an einer bandenmäßigen gemeinsamen Deliktsbegehung, soweit sich Beteiligte eines Drogengeschäfts auf der Verkäufer- und Erwerberseite gegenüberstehen (BGHSt 42, 255, 259; BGH StraFo 2004, 253; BGH NStZ 2007, 533 m.w.N.). Die Entscheidung des 3. Strafsenats vom 16. November 2006 - 3 StR 204/06 (NStZ 2007, 269) steht dem nicht entgegen, denn im dort entschiedenen Fall bandenmäßigen Betrugs zu Lasten von Krankenkassen setzte der Taterfolg gerade das kollusive Zusammenwirken von Angestellten des Herstellers mit dem verschreibenden Arzt voraus, dem Kick-back-Zahlungen zufließen; Hersteller und Arzt standen daher ungeachtet der vertraglichen Beziehungen gerade nicht auf wirtschaftlich unterschiedlichen Seiten des Absatzgeschäfts. Mit der reinen Absatzbeziehung zwischen Verkäufer und Erwerber von Rauschgift ist das nicht vergleichbar, auch wenn es sich um eine regelmäßige Geschäftsbeziehung handelt und der Erwerber, wie hier, sich seinerseits auf eigene Rechnung gewerbsmäßig als Weiterverkäufer betätigt.

- 4 Entsprechend dem Antrag des Generalbundesanwalts war der Schuldspruch dahin zu ändern, dass in allen Fällen jeweils die Verurteilung wegen bandenmäßigen Handelns entfällt. § 265 StPO steht der Schuldspruchänderung durch den Senat nicht entgegen, da der Angeklagte sich auf einen Hinweis nicht anders als geschehen hätte verteidigen können.
- 5 Soweit der Generalbundesanwalt eine Schuldspruchberichtigung dahingehend beantragt hat, dass der Angeklagte des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in (nur) 13 Fällen schuldig sei, liegt dem ersichtlich ein Versehen zugrunde. Das Landgericht hat in die erste Gesamtstrafe drei Fälle, in die zweite Gesamtstrafe 13 Fälle des ("bandenmäßigen") Handeltreibens einbezogen; in diesen abgeurteilten 16 Fällen ist die rechtliche Problematik jeweils gleich. Im Antrag des Generalbundesanwalts sind die ersten drei Fälle übersehen.
- 6 Die Schuldspruchänderung führt zur Aufhebung des Strafausspruchs und insoweit zur Zurückverweisung.
- 7 2. Die weitergehende Revision ist unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO; die Überprüfung des Urteils auf Grund der Revisionsbegründung hat insoweit einen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten nicht ergeben.

8 Auch die Anordnung des Wertersatzverfalls ist rechtsfehlerfrei und kann bestehen bleiben.

Bode

Roggenbuck

Rothfuß

Fischer

RiBGH Dr. Appl ist
durch Urlaub an der
Unterschrift gehindert.

Bode