



5 StR 253/07

# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

vom 22. Januar 2008  
in der Strafsache  
gegen

wegen Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in  
nicht geringer Menge

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 22. Januar 2008 beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten Ku. wird das Urteil des Landgerichts Neuruppin vom 12. September 2006 nach § 349 Abs. 4 StPO, soweit es diesen Angeklagten betrifft,
  - a) im Schuldspruch dahin abgeändert, dass der Angeklagte der Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in neun Fällen schuldig ist, und
  - b) im gesamten Strafausspruch aufgehoben.
2. Die weitergehende Revision wird nach § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet verworfen.
3. 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.

### **G r ü n d e**

1

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Beihilfe zum bandenmäßigen unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in neun Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren und sechs Monaten verurteilt. Die Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung materiellen Rechts rügt, führt zur Abänderung des Schuldspruchs

und zur Aufhebung des gesamten Strafausspruchs. Sein weitergehendes Rechtsmittel ist unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

- 2           1. Die Urteilsfeststellungen tragen die Verurteilung des Angeklagten wegen Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gemäß § 30a Abs. 1 BtMG i.V.m. § 27 StGB nicht. Nach der rechtlich nicht zu beanstandenden Überzeugung der Strafkammer ist der Angeklagte nicht Mitglied der Bande um den Mitangeklagten K. gewesen. Die Bandenmitgliedschaft stellt indes ein strafschärfendes besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 2 StGB dar (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 4. Dezember 2007 – 5 StR 404/07; Beschluss vom 6. November 2007 – 5 StR 449/07; jeweils m.w.N.). Das Fehlen dieses Merkmals führt zu einer Tatbestandsverschiebung (vgl. Fischer, StGB 55. Aufl. § 28 Rdn. 8 m.w.N.). Damit kann ein Gehilfe, der nicht selbst Bandenmitglied ist, nur wegen Beteiligung am Grunddelikt, nicht aber aus der Qualifikation der bandenmäßigen Begehung bestraft werden (vgl. BGH, Beschlüsse vom 8. März 2006 – 2 StR 609/05 – und vom 19. Juli 2006 – 2 StR 162/06; BGH NStZ-RR 2007, 279, 280). Der Senat ändert den Schuldspruch entsprechend ab.
  
- 3           2. Die Abänderung des Schuldspruchs hinsichtlich aller neun Taten des Angeklagten zieht die Aufhebung des gesamten Strafausspruchs nach sich. Das Landgericht hat die Strafe dem gemäß § 27 Abs. 2, § 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafraumen des § 30a Abs. 1 BtMG entnommen. Es ist daher von einem unrichtigen Strafraumen mit einer Untergrenze von zwei Jahren Freiheitsstrafe ausgegangen. Ein Fall, in dem eine Doppelmilderung deshalb ausscheidet, weil derselbe Umstand nach verschiedenen Vorschriften eine Milderung zulässt oder vorschreibt (vgl. Fischer aaO § 50 Rdn. 7 m.w.N.), liegt nicht vor. Der Angeklagte ist nicht lediglich deswegen, weil er nicht Bandenmitglied ist, als Gehilfe verurteilt worden, sondern vor allem deshalb, weil er lediglich untergeordnete Unterstützungshandlungen zu einem fremden Drogengeschäft geleistet hat. Er hatte weder maßgeblichen

Einfluss auf die Art und Weise der Kokaingeschäfte noch wurde er anteilig am Erlös aus den Drogengeschäften beteiligt (UA S. 368 f.).

4           Es kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass die Strafe auf der fehlerhaften Strafraumenwahl beruht. Zwar erhöht es den Unrechtsgehalt der Hilfeleistung zu einer Straftat gemäß § 29a BtMG, wenn mit ihr die Tätigkeit einer Bande gefördert wird, die sich zum unerlaubten Rauschgifthandel verbunden hat. Die Untergrenze des gemäß § 27 Abs. 2, § 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafraumens des § 29a BtMG liegt jedoch mit drei Monaten Freiheitsstrafe so erheblich unter derjenigen von zwei Jahren, die das Landgericht seiner Strafzumessung zugrundegelegt hat, dass hier ein Beruhen nicht auszuschließen ist.

5           Einer Aufhebung von Feststellungen bedarf es bei dem hier allein vorliegenden Subsumtionsfehler hingegen nicht. Das Landgericht darf ergänzende Feststellungen treffen, die zu den bisherigen nicht im Widerspruch stehen.

Basdorf           Gerhardt           Raum  
                    Schaal           Jäger