



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

2 StR 202/13

vom

26. März 2014

in der Strafsache

gegen

1.

2.

3.

4.

5.

wegen Verstoßes gegen das Betäubungsmittelgesetz u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und der Beschwerdeführer am 26. März 2014 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO, § 357 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten X. wird das Urteil des Landgerichts Aachen vom 30. Oktober 2012, soweit es ihn betrifft,
 - a) im Fall II.6 der Urteilsgründe dahingehend berichtigt, dass der Angeklagte wegen unerlaubten Handeltreibens von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit versuchter Anstiftung zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge schuldig ist,
 - b) im Gesamtstrafenausspruch sowie in der Anordnung über den Verfall von Wertersatz mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.
2. Auf die Revision des Angeklagten A. wird vorgenanntes Urteil, soweit es ihn betrifft,
 - a) im Fall II.6 der Urteilsgründe dahingehend berichtigt, dass der Angeklagte wegen unerlaubten Handeltreibens von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit versuchter Anstiftung zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge schuldig ist,
 - b) hinsichtlich der Einzelstrafen in den Fällen II.1, II.2, II.4, II.5 sowie in Bezug auf die Einzelstrafen der Fälle II.7 - II.11 der Urteilsgründe sowie im Gesamtstrafenausspruch, insoweit

auch hinsichtlich des früheren Mitangeklagten V. , mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.

3. Auf die Revision des Angeklagten M. wird vorgenanntes Urteil, soweit es ihn betrifft, hinsichtlich der Einzelstrafaussprüche in den Fällen II.9 und II.10 der Urteilsgründe sowie im Gesamtstrafenausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.
4. Auf die Revision des Angeklagten K. wird vorgenanntes Urteil, soweit es ihn betrifft, hinsichtlich der Einzelstrafaussprüche in den Fällen II.1 und II.9/10 der Urteilsgründe sowie im Gesamtstrafenausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.
5. Auf die Revision des Angeklagten C. wird vorgenanntes Urteil, soweit es ihn betrifft, hinsichtlich der Einzelstrafaussprüche in den Fällen II.4 und II.8 der Urteilsgründe sowie im Gesamtstrafenausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.
6. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
7. Die weitergehenden Revisionen werden verworfen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat die Angeklagten wie folgt verurteilt:
- 2 den Angeklagten **X.** wegen bandenmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen, wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Anstiftung zur versuchten unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge sowie wegen Verabredung eines Verbrechens des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 12 Jahren,
- 3 den Angeklagten **A.** wegen bandenmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in sechs Fällen, wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Anstiftung zur versuchten unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, wegen Verabredung eines Verbrechens des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge sowie wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 11 Jahren,
- 4 den Angeklagten **M.** wegen bandenmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren,
- 5 den Angeklagten **K.** wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren,

6 den Angeklagten **C.** wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäu-
bungsmitteln in nicht geringer Menge, wegen Beihilfe zum unerlaubten Handel-
treiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge sowie wegen versuchter
unerlaubter Einfuhr eines Grundstoffes, der zur Herstellung von Betäubungsmit-
teln bestimmt ist, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren.

7 Außerdem hat es Wertersatzverfallentscheidungen gegen die Angeklag-
ten **X.** , **A.** **und C.** getroffen. Die Revisionen der Angeklagten
haben den aus dem Tenor ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen sind sie offen-
sichtlich unbegründet.

8 I. Die Revision des Angeklagten X.

9 1. Die Verfahrensrügen bleiben aus den vom Generalbundesanwalt in
seiner Zuschrift genannten Gründen ohne Erfolg.

10 2. Die Sachrüge führt hinsichtlich des Schuldspruchs zu einer Berichti-
gung der Verurteilung im Fall II.6; im Übrigen bleibt auch sie ohne Erfolg.

11 Die Feststellungen zu Fall II.6 tragen - wie der Generalbundesanwalt im
Einzelnen ausgeführt hat - nicht den Schuldspruch wegen zum Handeltreiben
mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge tateinheitlich hinzutretender An-
stiftung zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge.
Insoweit fehlt es an der erforderlichen Haupttat der Zeugen L. und G. ,
die 20 km von P. entfernt auf dem Weg nach Deutschland angehalten wur-
den und daher noch nicht zur Einfuhr unmittelbar angesetzt hatten. Das festge-
stellte Verhalten des Angeklagten erfüllt jedoch die Voraussetzungen der ver-
suchten Anstiftung gemäß § 30 Abs. 1 StGB zu einem Verbrechen der Einfuhr
von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nach § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG,

das in Tateinheit zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge steht. Der Senat stellt den Schuldspruch um. § 265 StPO steht nicht entgegen, da sich der Angeklagte nicht anders hätte verteidigen können.

12 3. Der Rechtsfolgenausspruch weist Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten lediglich bei der Gesamtstrafenbildung und bei der Verfallsanordnung auf; im Übrigen ergeben sich keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

13 a) Die Änderung des Schuldspruchs im Fall II.6 erfordert keine Aufhebung des hierfür erfolgten Strafausspruchs. Die Strafkammer hat die Strafe dem Strafraumen des § 29a Abs. 1 BtMG entnommen und die Erfüllung eines weiteren Tatbestands lediglich strafscharfend berücksichtigt. Dies bleibt von der Änderung des Schuldspruchs unberührt; im Übrigen schließt der Senat aus, dass die Strafkammer unter Zugrundelegung des richtigen Schuldspruchs eine niedrigere Einzelstrafe verhängt hätte.

14 b) Die Einzelstrafaussprüche erweisen sich auch ansonsten nicht als rechtsfehlerhaft. Insbesondere hat die Strafkammer hinsichtlich der Taten im Zusammenhang mit der Herstellung von Amphetamin nicht - wie bei den anderen Angeklagten - berücksichtigt, dass es sich insoweit um "gefährliche und harte" Drogen handelte. Zutreffend ist sie hinsichtlich des Angeklagten X. vielmehr davon ausgegangen, dass es sich um eine Droge mittlerer Gefährlichkeit handelt (UA S. 141).

15 c) Der Gesamtstrafausspruch begegnet hingegen durchgreifenden Bedenken, weil die Verurteilung des Angeklagten vom 4. Januar 2011 durch ein belgisches Gericht in den Strafzumessungserwägungen eine unzureichende Würdigung erfahren hat. Ausländische Strafen sind wegen des damit verbundenen Eingriffs in deren Vollstreckbarkeit zwar nicht gesamtstrafenfähig (BGHR StGB § 55 Abs. 1 Satz 1 - Härteausgleich 8); liegen aber ansonsten die

Voraussetzungen einer Gesamtstrafenbildung vor, muss der Tatrichter regelmäßig einen Härteausgleich vornehmen, dies insbesondere dann, wenn es in der Addition beider Strafen zu einer Überschreitung der gesetzlichen Höchstgrenzen kommt (vgl. BGH StV 2000, 196). Zwar berücksichtigt die Strafkammer, dass die in Belgien verhängte Freiheitsstrafe von sechs Jahren als ausländische Verurteilung nicht gesamtstrafenfähig ist, und nimmt auch einen nicht näher ausgeführten Härteausgleich vor. Der Senat besorgt jedoch, dass die Strafkammer dem im vorliegenden Fall nicht das erforderliche Gewicht beigegeben hat, vor allem auch deshalb, weil sie nicht ausdrücklich in den Blick nimmt, dass beide Strafen zusammen zu einer Gesamtverbüßungsdauer von insgesamt 18 Jahren führen.

- 16 d) Die Anordnung von Wertersatzverfall in Höhe von 1.000.000 € hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Berechnung der Kammer, die von einer Menge von 90 kg Amphetaminsulfat mit einem Wirkstoffanteil von 66% Amphetaminbase ausgeht, zur Erreichung eines Wirkstoffgehalts von 10% eine Verlängerung mit Streckmitteln auf die 6-fache Menge, 540 kg, für möglich hält und so bei einem Verkaufspreis von 2.000 € pro Kilogramm zu einem Betrag von mindestens 1.000.000 € gelangt, wird von den Feststellungen nicht getragen. Die Feststellungen gehen - wie der Generalbundesanwalt zu Recht hervorhebt - davon aus, dass die ölige Amphetaminbase von 68 kg (und nicht das Amphetaminsulfat von 90 kg) einen Wirkstoffgehalt von 66% reiner Amphetaminbase aufweist, weshalb ein niedrigerer Betrag (von 880.000 €) für den Wertersatzverfall anzunehmen wäre. Der Senat nimmt diesen Widerspruch zum Anlass, die Verfallsanordnung aufzuheben, um dem neuen Tatrichter Gelegenheit zu einer neuen, in sich stimmigen Berechnung zu geben.

17 II. Die Revision des Angeklagten A.

18 1. Die Überprüfung des Schuldspruchs aufgrund der Sachrüge ergibt mit Ausnahme einer Schuldspruchberichtigung im Fall II.6, hinsichtlich der auf die Revision des Angeklagten X. verwiesen wird, keine Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten.

19 2. Der Rechtsfolgenausspruch weist durchgreifende Rechtsfehler in den Einzelstrafausprüchen II.1, II.2, II.4, II.5, II.7 - II.11 auf, was die Aufhebung des Gesamtstrafenausspruchs nach sich zieht. Im Übrigen bleibt das Rechtsmittel ohne Erfolg.

20 a) Das Landgericht hat zu Lasten des Angeklagten berücksichtigt, dass sich seine Taten auf große Mengen gefährlicher und harter Drogen erstreckten (UA S. 143). Dies erweist sich als fehlerhaft, soweit Fälle betroffen sind, die die Herstellung von Amphetamin betreffen (II.1, II.2, II.4, II.5, II.7 - II.11) bzw. darauf gerichtet sind (Fall II.8). Nach der Rechtsprechung des Senats handelt es sich bei Amphetamin (und Ecstasy) im Vergleich zu Heroin und Kokain nicht um "harte" Drogen (BGH NStZ-RR 2013, 150; StV 1997, 75). Der Senat kann nicht ausschließen, dass die Strafkammer ohne die rechtsfehlerhafte Berücksichtigung dieser Erwägung zu niedrigeren Einzelfreiheitsstrafen gekommen wäre.

21 b) Dieser Rechtsfehler zieht gemäß § 357 StPO die Aufhebung des Strafausspruchs in den Fällen II.7 - II.11 (sowie des Gesamtstrafenausspruchs) hinsichtlich des nicht revidierenden früheren Mitangeklagten V. nach sich; auch insoweit berücksichtigt die Strafkammer, dass dessen Taten sich auf ganz erhebliche Mengen als "gefährlich einzustufender" Drogen bezogen (UA S. 144). Auch wenn die Kammer in diesen auf die Herstellung von Amphetaminbase bezogenen Fällen insoweit nicht von "harten" und gefährlichen Drogen wie bei dem Angeklagten A. spricht, lässt die gleichlautende Bezeichnung

als "gefährlich" einzustufende Droge besorgen, dass der Strafzumessung des Landgerichts auch insoweit eine fehlerhafte Einschätzung zugrunde liegt, die die Höhe der betroffenen Einzelstrafen zu Lasten des Mitangeklagten V. beeinflusst hat (vgl. dazu näher die weitere Begründung im Rahmen der Revision des Angeklagten C.).

22 III. Die Revision des Angeklagten M.

23 Das Rechtsmittel des Angeklagten führt zur Aufhebung der Einzelstraf-
aussprüche sowie des Gesamtstrafenausspruchs; im Übrigen ist es offensicht-
lich unbegründet.

24 Auch hinsichtlich dieses Angeklagten berücksichtigt die Strafkammer zu
seinen Lasten, dass er "als gefährlich einzustufende Drogen in großen Mengen"
hergestellt hat. Der Senat besorgt auch insoweit, dass dem eine unzutreffende
Einschätzung der hergestellten Amphetaminbase zugrunde liegt (s. dazu schon
oben II. a.E.), und hebt die Strafaussprüche auf. Im Übrigen weist die Strafe im
Fall II.10 einen weiteren Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten auf. Das
Landgericht berücksichtigt nicht, dass das Betriebsgrundstück an diesem Tag
von Ermittlungskräften observiert wurde, die die Tatbeteiligten festnahmen und
die Betäubungsmittel sicherstellten. Es liegt nahe, dass es sich bei dieser
Überwachung der Tat um einen bestimmenden Strafzumessungsgrund handelt,
den das Landgericht bei der Strafzumessung ausdrücklich hätte anführen müs-
sen (vgl. zuletzt BGH NStZ 2013, 662). Der Wegfall der Einzelstrafen entzieht
dem Gesamtstrafenausspruch die Grundlage.

25 IV. Die Revision des Angeklagten K.

26 Während die Überprüfung des Schuldspruchs keine Rechtsfehler zum
Nachteil des Angeklagten ergeben hat (§ 349 Abs. 2 StPO), begegnet der
Strafausspruch durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Die Strafkammer hat
wie schon bei den Mitangeklagten M. und V. die hergestellten Betäu-
bungsmittel als "gefährliche Drogen" eingestuft (s.o.) und nicht berücksichtigt,
dass die Tat II.10, zu der der Angeklagte Beihilfe geleistet hat, überwacht war
(vgl. BGH NSTZ 2013, 662). Dies führt zur Aufhebung der Einzelstrafaussprüche
und des Gesamtstrafenausspruchs.

27 V. Die Revision des Angeklagten C.

28 1. Die Verfahrensrügen bleiben aus vom Generalbundesanwalt in seiner
Zuschrift genannten Gründen ohne Erfolg.

29 2. Der Schuldspruch, der Strafausspruch im Fall II.3 sowie die Verfalls-
anordnung begegnen keinen rechtlichen Bedenken. Dagegen weisen die Ein-
zelstrafaussprüche in den Fällen II.4 und II.8 Rechtsfehler zum Nachteil des
Angeklagten auf.

30 a) Im Rahmen des Strafausspruchs zu Fall II.4 hat die Strafkammer zu
Lasten des Angeklagten berücksichtigt, dass sich die Tat auf die Herstellung
einer "gefährlichen" Droge in einer erheblichen Menge bezog (UA S. 146), und
hat die gleiche Strafe von drei Jahren Freiheitsstrafe verhängt wie gegen den
Angeklagten A. . Bei diesem hat das Landgericht von "harter und gefährli-
cher" Droge gesprochen, weshalb der Senat besorgt, dass der Bezeichnung
"gefährliche" Droge im Rahmen der Strafzumessung für den Angeklagten C.
die gleiche fehlerhafte Wertung zugrunde liegt wie bei dem Angeklagten

A. (s. oben zu II.2 a). Im Übrigen hätte sich in der Strafbemessung niederschlagen müssen, dass der Angeklagte lediglich 5.000 € aus der Tat erlangt hat, während A. 15.000 € daraus verblieben sind.

31 b) Der Strafausspruch im Fall II.8 erweist sich als rechtsfehlerhaft, weil eine Begründung für die Anwendung des Strafrahmens gemäß § 19 Abs. 3 GÜG fehlt. Das Landgericht ist offenbar davon ausgegangen, dass der Angeklagte C. "gewerbsmäßig" gehandelt habe (§ 19 Abs. 3 Nr. 1 GÜG), begründet dies aber nicht. Auch dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe lässt sich nicht entnehmen, dass der Angeklagte C. schon bei und während der hier gescheiterten versuchten Einfuhr von Grundstoffen von einer wiederholten Tatbegehung ausgegangen ist, mit der er sich eine nicht nur vorübergehende, nicht ganz unerhebliche Einnahmequelle verschaffen wollte. An der ursprünglichen Verbrechensabrede war der Angeklagte C., der lediglich einen Auftrag für eine Einfuhr mit einer beabsichtigten Entlohnung über 50.000 € erhalten hatte, nicht beteiligt (UA S. 44). Dass er zum Zeitpunkt seines Tätigwerdens für diesen Auftrag bereits von weiteren Containerlieferungen ausging, ist nicht festgestellt und kann auch nicht daraus entnommen werden, dass nach dem Scheitern des ersten Einfuhrversuchs über erneute Lieferungen gesprochen worden ist. Im Übrigen hätte die Strafkammer bei angenommener

Gewerbsmäßigkeit im Rahmen einer umfassenden Gesamtwürdigung erörtern müssen, ob nicht insbesondere mit Blick auf das Vorliegen des vertypten Milderungsgrundes nach § 23 Abs. 2 StGB die Regelwirkung des besonders schweren Falles gemäß § 19 Abs. 3 GÜG entfallen kann.

Fischer

Appl

Krehl

Ott

Zeng