



5 StR 404/07

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

vom 4. Dezember 2007
in der Strafsache
gegen

wegen Beihilfe zum bandenmäßigen unerlaubten Handeltreiben mit
Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 4. Dezember 2007, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter Basdorf,

Richter Dr. Raum,

Richter Dr. Brause,

Richter Schaal,

Richter Prof. Dr. Jäger

als beisitzende Richter,

Richterin

als Vertreterin der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt

als Verteidiger,

Justizhauptsekretärin ,

Justizangestellte

als Urkundsbeamtinnen der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Potsdam vom 16. März 2007 im Schuldspruch dahingehend geändert, dass der Angeklagte wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verurteilt ist, und im gesamten Strafausspruch aufgehoben.
2. Die weitergehende Revision wird 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.

– Von Rechts wegen –

Gründe

1. Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und neun Monaten verurteilt und unter Einbeziehung der am 23. November 2004 vom Amtsgericht Tiergarten in Berlin verhängten Freiheitsstrafen (ein Jahr zwei Monate und neun Monate) nach Auflösung der dort gebildeten Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten auf eine Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten erkannt. Hinsichtlich eines weiteren Tatvorwurfs des bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge hat es

den Angeklagten freigesprochen. Die gegen die Verurteilung mit einer Verfahrens- und der Sachrüge geführte Revision des Angeklagten führt zur Änderung des Schuldspruchs und Aufhebung des gesamten Strafausspruchs.

2 1. Das Landgericht hat sich auf der Grundlage der überwiegend geständigen Angaben des Angeklagten und der Aussage des Zeugen N.

H. von dem folgenden Tatgeschehen überzeugt:

3 a) N. H. , ein entfernter Verwandter des Angeklagten und spätestens ab 2003 Mitglied einer in Brandenburg mit Drogen handelnden Bande um die gesondert Verfolgten R. und A. , wandte sich im Frühjahr 2003 an den Angeklagten. Der Zeuge hoffte, dass der Angeklagte, der damals einen Club in Göttingen betrieb, ihm jemanden benennen könne, der in den Niederlanden zur Beschaffung von Drogen in der Lage sei. N.

H. wollte seine Stellung in der Bande verbessern, indem er einen von R. und A. gewünschten Ankauf von Amphetamintabletten in großer Menge aus den Niederlanden zu vermitteln versuchte. Dies gelang ihm mit Hilfe des Angeklagten. Dieser erklärte sich schließlich bereit, ihm zu helfen, weil N. H. ihn einerseits permanent anrief oder aufsuchte und ihn bedrängte, andererseits aber auch, weil N. H. ihm Geld in Höhe von 3.000 Euro schuldete und ihm gesagt hatte, dass er die Schulden bei Gelingen des beabsichtigten Drogengeschäfts tilgen könne. Ein im kriminellen Milieu Göttingens einflussreicher Bosnier übergab dem Angeklagten die Mobiltelefonnummer des in den Niederlanden lebenden N. . Der Angeklagte reichte diese Telefonnummer an N. H. weiter. Auf dessen Bitten trat der Angeklagte später gegenüber R. , A. und N. H. in einem Göttinger Cafe als scheinbar souveräner und professioneller Drogenboss auf.

4 Nachdem am 19. Juni 2003 zwischen R. und A. auf der einen und N. auf der anderen Seite die Lieferung von 5.000 Ecstasy-tabletten zu je einem Euro verabredet worden war, rief der Angeklagte am

23. oder 24. Juni 2003 bei N. H. an und teilte mit, dass N. ihn davon unterrichtet hätte, dass die bestellten Drogen (Wirkstoffgehalt 250 g MDMA Base) in Leipzig abgeholt werden könnten. Wenige Tage nach deren Übernahme durch N. H. rief N. den Angeklagten erneut an und forderte von ihm die Zahlung des restlichen Kaufpreises, falls R. und A. nicht alsbald zahlen würden. Der Angeklagte fuhr so dann nach Brandenburg an der Havel, um die Angelegenheit direkt mit R. und A. zu klären. R. teilte dem Angeklagten mit, N. H. und A. hätten den Restkaufpreis in einem Casino verspielt, und sicherte zu, die restliche Schuld dem N. überweisen zu lassen. Dieser teilte dem Angeklagten schließlich den Eingang von 2.250 Euro telefonisch mit.

5 b) Anfang Juli 2003 lehnte der Angeklagte eine Mitwirkung an einem von N. H. für R. und A. gewünschten Kauf von 1 kg Amphetamin ab. Der dafür zur Verfügung stehende Kaufpreis von 3.000 Euro erschien dem Angeklagten zu gering. Der schließlich von N. H. als 1 kg Amphetamin für 3.000 Euro übernommene Stoff erwies sich als Zucker.

6 2. Das Landgericht hat ein täterschaftliches Handeltreiben des Angeklagten hinsichtlich der 5.000 Ecstasytabletten mangels Bandenzugehörigkeit des Angeklagten und fehlenden Eigeninteresses abgelehnt. Die in Aussicht gestellte Rückzahlung von 3.000 Euro durch N. H. genüge für die Annahme eines eigenen Interesses des Angeklagten am konkreten Drogengeschäft nicht.

7 Das Landgericht hat die gefundene Strafe dem nach § 27 Abs. 2, § 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafraumen des § 30a Abs. 1 BtMG entnommen.

8 Hinsichtlich des zweiten Tatvorwurfs hat es den Angeklagten aus tatsächlichen Gründen freigesprochen.

9 3. Die gemäß § 338 Nr. 6 StPO erhobene Verfahrensrüge ist unzulässig.

10 a) Zwar trägt die Revision vor, dass das Landgericht mit der folgenden Anordnung des Vorsitzenden anstatt durch Gerichtsbeschluss, wie es § 174 Abs. 1 Satz 2 GVG vorsieht, die Öffentlichkeit ungesetzlich beschränkt hat: „Im Einverständnis mit dem Angeklagten und dem Verteidiger wird auf Antrag der Staatsanwaltschaft die Öffentlichkeit ausgeschlossen, da anderenfalls eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit eintreten kann.“ Diese – im Übrigen mit dem Wortlaut der in § 172 GVG genannten Ausschließungsgründe nicht vollständig übereinstimmende – Anordnung begründet nach tradiertem Verständnis (vgl. RGSt 64, 385, 388 m.w.N.) den geltend gemachten absoluten Revisionsgrund (BGH NStZ 1999, 371 [4 StR 585/98]), und zwar sogar bei eigener Antragstellung des Angeklagten auf Ausschluss der Öffentlichkeit (vgl. Meyer-Goßner, StPO 50. Aufl. § 338 Rdn. 46 m.w.N.), daher auch hier, bei erklärtem Einverständnis des Angeklagten.

11 Der Senat braucht nicht näher zu prüfen, ob die in dieser Rechtsauffassung zum Ausdruck kommende Bedeutung des Öffentlichkeitsgrundsatzes in dieser Verfahrenslage heutigen Vorstellungen von Verfahrensgerechtigkeit in unerträglichem Maß widerspricht und Anlass zur Prüfung einer Verwirkung einer darauf gerichteten Verfahrensrüge gegeben ist (vgl. Basdorf StV 1997, 488, 492; Mosbacher JR 2007, 387, 389; vgl. auch BGH NJW 2006, 3579, 3580). Der Senat weist lediglich auf Folgendes hin: Der Angeklagte hat hier nach Prüfung der Sach- und Rechtslage durch seinen Verteidiger ausdrücklich sein Einverständnis mit einer bestimmten verfahrensbezogenen Entscheidung – Ausschluss der Öffentlichkeit – als mit seinen Interessen übereinstimmend erklärt. Warum er dann im Revisionsverfahren berechtigt sein soll, in bewusster Abkehr von seinem in der Hauptverhandlung sachgerecht bekundeten Willen die Aufhebung des Sachurteils – zumal nicht etwa wegen einer sachlich verfehlten Einschränkung der Öffentlichkeit, sondern allein wegen eines formalen Fehlers – zu erlangen, er-

scheint widersprüchlich und erschließt sich weder aus der Interessenlage des Angeklagten noch aus dem Bedürfnis nach Einhaltung wesentlicher unverzichtbarer Verfahrensgrundsätze.

12 b) Jedenfalls genügt das Revisionsvorbringen nicht dem Erfordernis vollständigen Tatsachenvortrags nach § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO. Wegen der besonderen Fallkonstellation des Teilreispruchs hätte es weiteren Vortrags bedurft, um den Senat in die Lage zu versetzen, zu prüfen, ob § 338 Nr. 6 StPO deshalb unanwendbar ist, weil das Beruhen des Urteils auf dem Fehler denkgesetzlich ausgeschlossen ist (vgl. BGHR StPO § 338 Aufhebungsumfang 1; § 338 Nr. 6 StPO Ausschluss 3; BGH NStZ 1999, 371 [1 StR 636/98]; Meyer-Goßner aaO § 338 Rdn. 50b). Die Revision hätte hierzu ausnahmsweise jedenfalls pauschal den Gegenstand der Aussage des Zeugen Ar. mitteilen müssen (vgl. BGH, Beschluss vom 20. April 2004 – 4 StR 67/04; BGH, Beschluss vom 8. August 2007 – 2 StR 224/07). Nur in dessen Kenntnis könnte in der Sache entschieden werden, ob die unter Verstoß gegen die Vorschriften über die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung erfolgte Zeugenvernehmung überhaupt zur Verurteilung des Angeklagten herangezogen worden ist und nicht etwa allein den der Freisprechung des Angeklagten anheim fallenden Tatkomplex betroffen hat (vgl. dazu UA S. 10 f., 13). Das Verbot einer Rekonstruktion der Hauptverhandlung, das primär Verfahrensrügen grundlegend einschränkt, die auf eine Verletzung des § 261 StPO gestützt sind, wird durch die hier verlangte Vortragspflicht nicht berührt, zumal keine Wiedergabe des Inhalts der Zeugenaussage im Einzelnen verlangt wird, sondern eine eher pauschale Bezeichnung des Vernehmungsgegenstands ausreichen wird.

13 4. Die Sachrüge nötigt zur Änderung des Schuldspruchs und Aufhebung des gesamten Strafausspruchs.

14 a) Das Landgericht hat bei seiner Subsumtion übersehen, dass die bei dem Angeklagten fehlende Bandenzugehörigkeit ein strafschärfendes per-

sönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 2 StGB darstellt (BGH, Beschluss vom 3. April 1992 – 4 StR 131/92, StV 1992, 379 [L]; Weber, BtMG 2. Aufl. § 30 Rdn. 75; Tröndle/Fischer, StGB 54. Aufl. § 28 Rdn. 9; vgl. auch BGHSt [GS] 12, 220, 226; BGHSt 46, 120, 128), was wegen der beim Teilnehmer in einem solchen Fall vorzunehmenden Tatbestandsverschiebung (vgl. BGHSt 6, 308, 310; BGHR StGB § 28 Abs. 2 Merkmal 2; BGH NSTZ-RR 2007, 279, 280) hier eine Anwendung des § 30a Abs. 1 BtMG zum Nachteil des Angeklagten ausschließt. Auf die in der Sache unzutreffenden Einwände der Revision gegen die Annahme des Landgerichts, R. , A. und N. H. hätten sich zu einer Bande von Betäubungsmittelhändlern zusammengeschlossen, kommt es demnach nicht an.

15 b) Der Senat ist indes nicht gehalten, den Schuldspruch – wie es danach folgerichtig geboten wäre – auf Beihilfe zum Grunddelikt, dem unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG), umzustellen. Das Landgericht ist nämlich bei seiner Subsumtion rechtsfehlerhaft zugunsten des Angeklagten von Beihilfe statt von Täterschaft ausgegangen. Dies ist vom Revisionsgericht dahingehend zu korrigieren, dass der Angeklagte wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG) zu verurteilen ist.

16 aa) Dieser Eingriff des Revisionsgerichts ist auch bei der hier alleinigen Urteilsanfechtung durch den Angeklagten zulässig und geboten, weil auch dadurch noch eine Beschwer des Angeklagten beseitigt wird (vgl. Meyer-Goßner aaO § 354 Rdn. 17) und ansonsten das Revisionsgericht genötigt wäre, einen Rechtsfehler zugunsten des Angeklagten zu vertiefen, was nicht Gegenstand seines Rechtsmittelangriffs sein kann.

17 Die Beschwer des Angeklagten liegt in Folgendem: Der Angeklagte ist durch die Verurteilung wegen Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge aus einem mit zwei Jahren

Freiheitsstrafe beginnenden Strafraumen verurteilt worden. Bei dem Schuldspruch wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge würde die Strafe dagegen aus einem mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr beginnenden Strafraumen entnommen werden und eröffnete dem Angeklagten die zusätzliche Chance, bei der Anwendung der neu zu prüfenden Vorschrift des § 29a Abs. 2 BtMG eine noch mildere Sanktion zu erreichen. Im Blick auf die bisher noch im untersten Bereich des Strafraumens gefundene Strafe kann dem Umstand, dass der Strafraumen des § 29a Abs. 1 BtMG über den bisher vom Landgericht angewandten hinausreicht, keine Bedeutung zukommen.

18 bb) Der Angeklagte ist auf der Grundlage der fehlerfrei getroffenen Feststellungen des täterschaftlichen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge schuldig.

19 (1) Das Landgericht hat das Merkmal der Eigennützigkeit des Handeltreibens (vgl. BGHSt [GS] 50, 252, 256; Weber, BtMG 2. Aufl. § 29 Rdn. 212 m.w.N.) zu Unrecht verneint. Der Angeklagte hätte eigennützig gehandelt, falls er seine Tatbeiträge auch geleistet hätte, weil er sich einen persönlichen Vorteil versprochen hat, durch den er materiell besser gestellt wird (vgl. BGHSt 34, 124, 126; BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 48).

20 So liegt es hier. Der Angeklagte war Inhaber eines nicht liquiden Zahlungsanspruchs gegen N. H. über 3.000 Euro. Nur eine erfolgreiche Durchführung des Rauschgiftgeschäfts hätte die Zahlungsfähigkeit des Schuldners des Angeklagten hergestellt und zur Begleichung der Schuld geführt. In diesem, dem Angeklagten glaubhaft bekannt gewordenen Geschehensablauf liegt ein Vermögensvorteil für den Angeklagten als Gläubiger, den der Angeklagte durch seine Vermittlungstätigkeit mit verfolgt hat. Er handelte demnach eigennützig.

21 (2) Im Übrigen belegen die Feststellungen eine so wesentliche Förderung des Rauschgiftgeschäfts insgesamt (erfolgreiche Vermittlung des Lieferanten im Ausland; Mitwirkung bei der Übergabe und der Bezahlung des Rauschgifts), dass eine täterschaftliche Begehungsweise auf der Hand liegt (vgl. BGH NJW 2007, 1220; zur Aufnahme in BGHSt bestimmt).

22 (3) An der Schuldspruchänderung ist der Senat durch § 265 Abs. 1 StPO nicht gehindert. Schon die Anklage lautete auf täterschaftliches Handeltreiben.

23 5. Demnach sind die Strafe und die Gesamtstrafe neu zu bestimmen. Der Aufhebung von Feststellungen bedurfte es bei dem hier vorliegenden Wertungsfehler nicht, so dass der neue Tatrichter die Strafe auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen zu bestimmen haben wird, die freilich um solche Feststellungen ergänzt werden dürfen, die den bisher getroffenen nicht widersprechen.

Basdorf Raum Brause

Schaal Jäger