

**HRRS-Nummer:** HRRS 2016 Nr. 163

**Bearbeiter:** Christoph Henckel und Karsten Gaede

**Zitiervorschlag:** HRRS 2016 Nr. 163, Rn. X

**BGH 2 StR 445/14 - Beschluss vom 15. Oktober 2015 (LG Darmstadt)**

**Beihilfe zum bandenmäßigen unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bandenmitgliedschaft als strafscharfendes besonderes persönliches Merkmal).**

**§ 30 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 27 StGB; § 28 Abs. 2 StGB**

**Entscheidungstenor**

1. Das Verfahren wird mit Zustimmung des Generalbundesanwalts hinsichtlich des Angeklagten S. in den Fällen 45, 49 und 50 der Urteilsgründe und hinsichtlich des Angeklagten M. im Fall 51 der Urteilsgründe dahin beschränkt, dass die Verurteilung wegen tateinheitlich begangenen unerlaubten Erwerbs von Betäubungsmitteln entfällt.

2.

a) Auf die Revision des Angeklagten H. wird das Urteil des Landgerichts Darmstadt vom 18. November 2013 hinsichtlich seiner Verurteilung im Fall 50 der Urteilsgründe und im Ausspruch über die Gesamtfreiheitsstrafe aufgehoben.

b) Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels des Angeklagten H., an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

c) Die weiter gehende Revision des Angeklagten H. wird verworfen.

3. Die Revisionen der Angeklagten S., M., Sc. und R. werden verworfen. Jedoch wird der Schuldspruch nach der Beschränkung der Strafverfolgung dahin geändert, dass der Angeklagte S. des bandenmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in elf Fällen, davon in acht Fällen in Tateinheit mit unerlaubtem Erwerb von Betäubungsmitteln, der Angeklagte M. des bandenmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in sechs Fällen, davon in fünf Fällen in Tateinheit mit unerlaubtem Erwerb von Betäubungsmitteln schuldig ist.

Die Angeklagten S., M., Sc. und R. haben die Kosten ihrer Rechtsmittel zu tragen.

**Gründe**

Das Landgericht hat den Angeklagten S. wegen bandenmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit unerlaubtem Erwerb von Betäubungsmitteln in elf Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt und seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nach Vorwegvollzug von einem Jahr der Gesamtfreiheitsstrafe angeordnet. Den Angeklagten H. hat es wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und Beihilfe zum bandenmäßigen unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Beihilfe zum unerlaubten Erwerb von Betäubungsmitteln zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Gegen den Angeklagten M. hat das Landgericht wegen bandenmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit unerlaubtem Erwerb von Betäubungsmitteln in sechs Fällen eine Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und drei Monaten verhängt und seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angeordnet. Den Angeklagten Sc. hat es wegen Beihilfe zum bandenmäßigen unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Beihilfe zum unerlaubten Erwerb von Betäubungsmitteln in fünf Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren mit Strafaussetzung zur Bewährung verurteilt. Den Angeklagten R. hat es wegen bandenmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit unerlaubtem Erwerb von Betäubungsmitteln in 25 Fällen unter Einbeziehung der Einzelstrafen aus einer früheren Verurteilung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren verurteilt und seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nach Vorwegvollzug von zwei Jahren der Gesamtfreiheitsstrafe angeordnet. Im Übrigen hat es die Angeklagten freigesprochen. Gegen die Verurteilung richten sich die Revisionen der Angeklagten mit der Sachrüge, die Revision des Angeklagten R. auch mit Verfahrensbeanstandungen. Das Rechtsmittel des Angeklagten H. hat in dem aus dem Beschlusstenor ersichtlichen Umfang Erfolg. Seine weitergehende Revision und - nach teilweiser Verfahrensbeschränkung - die Revisionen der anderen Angeklagten

sind unbegründet.

1. Nach den Feststellungen des Landgerichts befanden sich die Angeklagten - mit Ausnahme des Angeklagten H. - in den Jahren 2009 und 2010 zumindest zeitweise in der Justizvollzugsanstalt D. in Haft. Dort bestand eine verfestigte Bandenstruktur unter einer Reihe von Gefangenen, die aus der ehemaligen Sowjetunion stammten. Kennzeichnend dafür waren das Beherrschen der russischen Sprache, das Bestehen eines starken Zusammenhalts der bandenangehörigen Gefangenen, der auch nach der Entlassung aus der Haft fortbestand, und die soziale Abgrenzung gegenüber Nichtmitgliedern der Bande. Die Bande beschaffte durch Mittelsmänner außerhalb der Justizvollzugsanstalt Drogen, die entweder durch Wurf über die Außenmauer der Anstalt oder durch Einschmuggeln bei Besuchen eingebracht, aus einer gemeinsamen Kasse bezahlt und zum Teil zum Eigenkonsum überlassen, im Übrigen mit Gewinn an andere Gefangene verkauft wurden. Es kam zur Tatbegehung im Rahmen der Bandenstruktur in 51 Fällen, an denen die Beschwerdeführer und die nicht revidierenden Angeklagten in unterschiedlichem Umfang beteiligt waren. 2

In einem weiteren Fall wurde der nicht inhaftierte Angeklagte H. am 27. Juni 2010 bei einer Fahrzeugkontrolle im Besitz von 60 Subutextablets angetroffen, die zum gewinnbringenden Verkauf vorgesehen waren. Insoweit ist ein Zusammenhang mit dem Drogenschmuggel in die Justizvollzugsanstalt nicht festgestellt. 3

2. In drei Fällen, an denen der Angeklagte S. beteiligt war (Fälle 45, 49, 50 der Urteilsgründe) und in einem Fall, an dem der Angeklagte M. beteiligt war (Fall 51 der Urteilsgründe), wurde die Drogenlieferung bei dem Versuch sichergestellt, sie durch Wurf über die Mauer oder Einschmuggeln durch einen Besucher in die Justizvollzugsanstalt zu bringen, so dass die Angeklagten S. und M. nicht die Verfügungsgewalt darüber erlangten. Insoweit ist der tateinheitlich angenommene Erwerb von Betäubungsmitteln zum Eigenkonsum nicht vollendet worden. 4

Der Senat hat das Verfahren mit Zustimmung des Generalbundesanwalts gemäß § 154a Abs. 2 StPO dahin beschränkt, dass der Vorwurf des Erwerbs von Betäubungsmitteln in diesen Fällen entfällt. Es ist auszuschließen, dass sich dieser Wegfall des tateinheitlichen Vorwurfs bei der Entscheidung des Landgerichts auf den Strafausspruch ausgewirkt hätte. 5

3. Die Verurteilung des Angeklagten H. wegen tateinheitlich begangener Beihilfe zum bandenmäßigen unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln im Fall 50 der Urteilsgründe begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken. 6

In diesem Fall initiierte der inhaftierte Angeklagte S. nach den Feststellungen die Beschaffung und das Einschmuggeln von 20 Subutextablets durch Mittelspersonen außerhalb der Justizvollzugsanstalt. Der Angeklagte H. begleitete den Mitangeklagten K. bei der Übergabe dieser Tablets an eine Frau, die sie als Besucherin eines Mitgefangenen in die Justizvollzugsanstalt bringen sollte. 7

Den Urteilsgründen ist - auch in ihrem Gesamtzusammenhang - nicht zu entnehmen, dass der Angeklagte H., der nur in diesem Fall wegen Beihilfe zum bandenmäßigen unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln verurteilt wurde, seinerseits in die Bande einbezogen war. Die Bandenmitgliedschaft ist aber ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne von § 28 Abs. 2 StGB, das auch in der Person eines Teilnehmers gegeben sein muss (BGH, Beschluss vom 20. Februar 2013 - 3 StR 24/13, BGHR BtMG § 30a Abs. 1 Bandenmitglied 1). 8

Der Senat kann den Schuldspruch nicht selbst ändern, da nicht auszuschließen ist, dass der neue Tatrichter ergänzende Feststellungen treffen kann, aus denen sich die Bandenmitgliedschaft des Angeklagten H. ergibt. 9