

HRRS-Nummer: HRRS 2016 Nr. 87

Bearbeiter: Christoph Henckel und Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2016 Nr. 87, Rn. X

BGH 4 StR 407/15 - Beschluss vom 3. November 2015 (LG Essen)

Nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe (Zäsurwirkung: letztes Urteil, in dem eine tatrichterliche Entscheidung zur Schuld- und Straffrage getroffen wurde); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Mittäterschaft).

§ 55 Abs. 1 StGB; § 54 Abs. 1 StGB; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB

Leitsatz des Bearbeiters

Nach § 55 Abs. 1 StGB ist eine nachträgliche Gesamtstrafe zu bilden, wenn ein rechtskräftig Verurteilter, bevor die gegen ihn erkannte Strafe erledigt ist, wegen einer anderen Straftat verurteilt wird, die er vor der früheren Verurteilung begangen hat. Dabei kommt es auf das letzte Urteil des früheren Verfahrens an, in dem noch eine tatrichterliche Entscheidung zur Schuld- und Straffrage getroffen worden ist (vgl. BGH NStZ-RR 2014, 242, 243). Dies kann auch ein Berufungsurteil sein, sofern wenigstens noch über einen Teil der Strafe - zu der auch die Entscheidung über eine Strafaussetzung gehört - zu befinden war (vgl. BGHSt 5, 66, 69 f).

Entscheidungstenor

1. Dem Angeklagten wird auf seinen Antrag gegen die Versäumung der Frist zur Begründung der Revision gegen das Urteil des Landgerichts Essen vom 22. April 2015 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt.

Die Kosten der Wiedereinsetzung trägt der Angeklagte. Damit ist der Beschluss des Landgerichts Essen vom 22. Juli 2015, mit dem die Revision als unzulässig verworfen worden ist, gegenstandslos.

2. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Essen vom 22. April 2015 mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben,

a) soweit der Angeklagte im Fall III.2 der Urteilsgründe verurteilt ist,

b) in den Gesamtstrafenaussprüchen.

3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch hinsichtlich der Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

4. Die weiter gehende Revision wird verworfen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen und Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen unter Einbeziehung der Strafe aus dem Urteil des Amtsgerichts Dorsten vom 27. Mai 2014 in der Fassung des Berufungsurteils des Landgerichts Essen vom 5. September 2014 zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in fünf Fällen sowie wegen Führens, Erwerbs und Besitzes einer halbautomatischen Kurzwaffe in Tateinheit mit unerlaubtem Erwerb und Besitz von Munition zu einer weiteren Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. Dem Angeklagten war aus den Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Begründung der Revision zu gewähren. Seine hiernach zulässige Revision hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen Erfolg.

1. Die Verurteilung wegen eines mittäterschaftlich begangenen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gemäß § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG im Fall III.2 der Urteilsgründe hat keinen Bestand, weil sich aus den Feststellungen nicht ergibt, dass der Angeklagte als Mittäter gehandelt hat.

a) Nach den Feststellungen war der Angeklagte am 29. Oktober 2012 an einem Rauschgiftgeschäft des „A.“ über fünf

Kilogramm Amphetaminzubereitung beteiligt, das in B. stattfand. Der Angeklagte war für die Geldübergabe verantwortlich und sollte die Handlungen des Kuriers G. überwachen, der das Rauschgift zu dem Abnehmer brachte.

G. gab das Rauschgift in B. ab und fuhr wieder zurück. Der Angeklagte nahm von dem Abnehmer das Geld (zwischen 6.500 und 8.000 Euro) entgegen und bekam nach Abschluss des Geschäftes von „A.“ vereinbarungsgemäß 600 Euro für seine Tätigkeit. Die Amphetaminzubereitung hatte einen Amphetaminbaseanteil von mindestens 5%. Nach Auffassung des Landgerichts ist von einem mittäterschaftlichen Handeln des Angeklagten auszugehen, weil er neben der Beteiligung an der Durchführung des Geschäftes und der „damit einhergehenden Ausführungsherrschaft“ einen Anteil des Kaufpreises erhalten und deshalb ein erhebliches eigenes Interesse an der Tatausführung gehabt habe (UA 28).

b) Diese Feststellungen und Wertungen vermögen ein mittäterschaftliches Handeln nicht zu begründen. 5

aa) Für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme gelten auch im Betäubungsmittelrecht die Grundsätze des allgemeinen Strafrechts. Wesentliche Anhaltspunkte für die Beurteilung, ob ein Tatbeteiligter beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln Mittäter oder nur Gehilfe ist, sind insbesondere der Grad des eigenen Interesses am Erfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich auch vom Willen des Tatbeteiligten abhängen (BGH, Urteil vom 5. Mai 2011 - 3 StR 445/10, BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 77; Urteil vom 14. Dezember 2006 - 4 StR 421/06, NStZ 2007, 288). Beschränkt sich die Beteiligung des Täters am Handeltreiben mit Betäubungsmitteln auf einen Teilakt des Umsatzgeschäftes, kommt es darauf an, welche Bedeutung der konkreten Beteiligungshandlung im Rahmen des Gesamtgeschäftes zukommt (BGH, Beschluss vom 1. Oktober 2015 - 3 StR 287/15, Rn. 4 zitiert nach juris; Beschluss vom 22. August 2012 - 4 StR 272/12, NStZ-RR 2012, 375 mwN).

bb) Diesen Maßstäben wird die rechtliche Würdigung der Strafkammer nicht gerecht. Die Feststellungen ergeben nicht, dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich auch vom Willen des Angeklagten abhingen. Auf die Vereinbarung von Art und Menge des Rauschgiftes, die Preisgestaltung und die Bestimmung der näheren Umstände der Geschäftsabwicklung (Zeit, Ort, Transportmodalitäten etc.) hatte er ersichtlich keinen Einfluss. Seine Tätigkeit war auf den Vollzug (Geldtransfer) und die Überwachung (Übergabe des Rauschgifts durch den Kurier) bereits festgelegter Teilakte beschränkt. Dass der Angeklagte dabei relevante Handlungsspielräume hatte, ist nicht erkennbar. Die Sache bedarf daher insoweit neuer Verhandlung und Entscheidung. 7

2. Die Gesamtstrafen können nicht bestehen bleiben, weil das Landgericht bei der nachträglichen Gesamtstrafenbildung mit der Strafe aus dem Urteil des Amtsgerichts Dorsten vom 27. Mai 2014 in der Fassung des Berufungsurteils des Landgerichts Essen vom 5. September 2014 rechtsfehlerhaft auf den Zeitpunkt des Urteils des Amtsgerichts Dorsten und nicht auf den Zeitpunkt des Urteils des Landgerichts Essen abgestellt hat. 8

a) Nach § 55 Abs. 1 StGB ist eine nachträgliche Gesamtstrafe zu bilden, wenn ein rechtskräftig Verurteilter, bevor die gegen ihn erkannte Strafe erledigt ist, wegen einer anderen Straftat verurteilt wird, die er vor der früheren Verurteilung begangen hat. Dabei kommt es auf das letzte Urteil des früheren Verfahrens an, in dem noch eine tatrichterliche Entscheidung zur Schuld- und Strafrage getroffen worden ist (BGH, Beschluss vom 3. Juni 2015 - 4 StR 176/15; Beschluss vom 19. Februar 2014 - 2 StR 558/13, NStZ-RR 2014, 242, 243; Beschluss vom 1. September 2009 - 3 StR 178/09, NStZ-RR 2010, 41). Dies kann auch ein Berufungsurteil sein, sofern wenigstens noch über einen Teil der Strafe - zu der auch die Entscheidung über eine Strafaussetzung gehört - zu befinden war (BGH, Beschluss vom 30. Juni 1960 - 2 StR 147/60; BGHSt 5, 66, 69 f.; vgl. Beschluss vom 22. Februar 2012 - 4 StR 22/12, NStZ-RR 2013, 7; Beschluss vom 2. April 1985 - 4 StR 116/85, S. 3 f.; Bringewat, Die Bildung der Gesamtstrafe, 1987, Rn. 200; Fischer, StGB, 62. Aufl., § 55 Rn. 6).

b) Danach war für die Bestimmung der Zäsurwirkung von dem Berufungsurteil des Landgerichts Essen vom 5. September 2014 und nicht von dem Urteil des Amtsgerichts Dorsten vom 27. Mai 2014 auszugehen. Denn den hierzu getroffenen Feststellungen ist zu entnehmen, dass die gegen den Angeklagten vom Amtsgericht Dorsten wegen Beleidigung verhängte Freiheitsstrafe von vier Monaten durch das Landgericht Essen im Berufungsrechtszug zur Bewährung ausgesetzt worden ist. Danach ist auch im zweiten Rechtszug noch eine Sachentscheidung getroffen worden. Dies hat zur Folge, dass auch die in den Fällen III.6 (Tatzeit: 30. Juni 2014), III.10 (Tatzeit: 22. August 2014) und III.11 (Tatzeit: 30. August 2014) verhängten Strafen in die mit der Strafe aus dem Urteil des Amtsgerichts Dorsten vom 27. Mai 2014 in der Fassung des Berufungsurteils des Landgerichts Essen vom 5. September 2014 nach § 55 Abs. 1 StGB zu bildende Gesamtstrafe einzubeziehen sind und für die zweite Gesamtstrafe nicht mehr zur Verfügung stehen. Die zu Recht als Erwerb, Besitz und Führen einer halbautomatischen Kurzwaffe sowie unerlaubter Erwerb und Besitz von Munition (jeweils zueinander in Tateinheit stehend) abgeurteilte Tat (vgl. Steindorf, Waffenrecht, 10. Aufl., § 52 WaffG Rn. 75 mwN) war erst nach dem 17. September 2014 beendet und ist damit nicht vor dem zäsurbildenden Urteil des Landgerichts Essen vom 5. September 2014 begangen worden (vgl. BGH, Beschluss vom 11. November 2008 - 5 StR 486/08, NStZ-RR 2009, 74; Fischer, StGB, 62. Aufl., § 55 Rn. 7 mwN). 10

3. Die weitere Nachprüfung des Urteils hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben (§ 349 Abs. 2 11 StPO). Die Ausführungen zu der in den zur Aburteilung gelangten Fällen geleisteten Aufklärungshilfe (§ 31 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 BtMG) sind unter den hier gegebenen Umständen noch ausreichend.