

Bearbeiter: Rocco Beck

Zitiervorschlag: BGH 4 StR 708/94, Urteil v. 24.02.1994, HRRS-Datenbank, Rn. X

BGH 4 StR 708/94 - Urteil vom 24. Februar 1994 (LG Frankenthal)

BGHSt 40, 73; Tateinheit von unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge auch nach der Neuregelung durch das OrgKG; Bedeutung der Wirkstoffkonzentration und Wirkstoffmenge für die Bestimmung des Schuldumfangs.

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; § 52 StGB

Leitsätze

1. Der Verbrechenstatbestand der unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge geht, wenn die Einfuhr ein Teilakt des Handeltreibens ist, nicht in dem durch das OrgKG vom 15. Juli 1992 (BGBl I 1302) ebenfalls als Verbrechen ausgestalteten unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge auf, sondern steht dazu im Verhältnis der Tateinheit (im Anschluss an BGH, 24. November 1982, 3 StR 384/82, BGHSt 31, 163). (BGHSt)

2. Im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechts lassen sich Unrecht und Schuld eines strafbaren Verhaltens ohne Berücksichtigung der Wirkstoffkonzentration und -menge der Betäubungsmittel in aller Regel nicht abschließend beurteilen. (Bearbeiter)

Entscheidungstenor

I. Das Urteil des Landgerichts Frankenthal vom 16. Juli 1993 wird:

1. auf die Revision des Angeklagten O.

im Schuldspruch dahin geändert, daß er der Verabredung der unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge sowie in weiterer Tateinheit mit unerlaubtem Erwerb einer halbautomatischen Selbstladekurzwaffe, mit unerlaubter Ausübung der tatsächlichen Gewalt über sie, unerlaubtem Führen dieser Waffe und mit unerlaubtem Erwerb von Munition schuldig ist

2. auf die Revisionen der drei Angeklagten in den Strafaussprüchen mit den Feststellungen aufgehoben.

II. Die weiter gehenden Revisionen werden verworfen.

III. 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.

Gründe

Das Landgericht hat die Angeklagten jeweils wegen "Verabredung eines Verbrechens (unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge) in Tateinheit mit unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge" je zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und fünf Monaten verurteilt. Gegen den Angeklagten O. hat es darüber hinaus wegen "unerlaubten Erwerbs einer halbautomatischen Selbstladewaffe mit einer Länge von nicht mehr als 60 cm und der unerlaubten Ausübung der tatsächlichen Gewalt über sie, tateinheitlich mit unerlaubtem Führen dieser Waffe, in weiterer Tateinheit mit unerlaubtem Erwerb von Munition" eine Einzelfreiheitsstrafe von sechs Monaten verhängt und aus beiden Einzelstrafen eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und acht Monaten gebildet. Ferner hat es gegen den Angeklagten W. Maßregeln nach §§ 69, 69a StGB angeordnet. 1

Gegen dieses Urteil wenden sich die Angeklagten mit ihren Revisionen, mit denen sie - was sich hinsichtlich des Angeklagten G. allerdings nur aus dem Zusammenhang seiner Revisionsbegründung ergibt - die Verletzung sachlichen Rechts rügen; der Angeklagte W. beanstandet zudem das Verfahren. Die Rechtsmittel haben teilweise Erfolg. 2

1. Anfang Januar 1993 vereinbarten die Angeklagten W. und O. auf eine Anregung von W. hin, nach Holland zu fahren, dort Haschisch zu kaufen, das Rauschgift in die Bundesrepublik Deutschland einzuführen, hier untereinander aufzuteilen und gewinnbringend weiterzuveräußern. O. teilte das Vorhaben dem Angeklagten G. mit, der sich beteiligen wollte. Die Angeklagten wollten durch den gemeinsamen Kauf einer größeren Rauschgiftmenge einen günstigeren Kaufpreis erzielen. Wie verabredet, fuhren die Angeklagten am 18. Januar 1993 im Pkw des Angeklagten W. nach Arnheim (Niederlande). Dabei war O. im Besitz von 9.050 DM, W. hatte insgesamt 3.500 DM aufgebracht; G. hatte 2.300 DM bei sich. O. führte zudem eine Pistole "Baretta 7,65 Millimeter" und ein Magazin mit Munition mit sich. Nachdem W. in Arnheim einen Rucksack zum Transport des Rauschgifts besorgt hatte, kauften O. und W. in einem Coffee-Shop 5.071,5 Gramm Haschisch, während G. sich in der Stadt umsah und anschließend in dem Pkw wartete. Von dem Haschisch sollten O. 3,5 kg, W. 1 kg und G. den Rest erhalten. Ohne Wissen der beiden anderen kaufte der Angeklagte O. noch 16,52 g Kokain sowie 387 g Marihuana. Wegen eines Verkehrsverstößes wurde das Fahrzeug des Angeklagten W. noch in Arnheim angehalten. Bei der anschließenden Durchsuchung wurden das Rauschgift sowie die Waffe und die Munition gefunden. Die Angeklagten wurden festgenommen und am 20. Januar 1993 in die Bundesrepublik Deutschland überstellt. 3

2. Die Strafkammer hat die Angeklagten im Zusammenhang mit dem Rauschgiftgeschäft zu Recht jeweils der Verabredung eines Verbrechens der unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 30 Abs. 2 StGB i.V.m. § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG) in Tateinheit mit - gemeinschaftlich begangenen - unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 29 Abs. 1 Nr. 2 BtMG) für schuldig befunden. 4

a) Zum Nachweis der Voraussetzungen des Tatbestandsmerkmals "nicht geringe Menge" in den Strafbestimmungen der §§ 29a Abs. 1 Nr. 2, 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG ist es allerdings grundsätzlich unerlässlich, die Qualität der Betäubungsmittel durch Angabe des Wirkstoffgehalts genau, notfalls durch Schätzung unter Berücksichtigung des Zweifelssatzes, zu bestimmen (st. Rspr.; BGHR BtMG § 29 Abs. 3 Nr. 1 Schuldumfang 1; § 30 Abs. 1 Nr. 4 nicht geringe Menge 7). Demgegenüber enthalten die Urteilsgründe keine Angaben über den THC-Gehalt des von den Angeklagten in Arnheim erworbenen Haschischs sowie über die Vorstellungen der Angeklagten darüber. Dies ist hier jedoch kein Rechtsfehler, der den Schuldspruch in Frage stellt. Angesichts der Gesamtmenge von über 5 kg hat auch dann, wenn zugunsten der Angeklagten von der schlechtesten Qualität ausgegangen wird, die nach den Umständen in Frage kommt, der THC-Gehalt den Grenzwert der nicht geringen Menge von 7,5 g (BGHSt 33, 8; 34, 372) wesentlich überschritten. 5

b) Auch die Annahme von Tateinheit zwischen den hier verwirklichten Delikten ist nicht zu beanstanden. Die vom Generalbundesanwalt in der Antragschrift vom 23. November 1993 geäußerten Bedenken, ob die Verabredung der unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nicht als subsidiär hinter dem Verbrechenstatbestand des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG zurücktreten müsse, teilt der Senat nicht. 6

Allerdings geht nach ständiger Rechtsprechung die Tathandlung der Einfuhr von Betäubungsmitteln, wenn sie sich als unselbständiger Teilakt des unerlaubten Handeltreibens darstellt, in diesem Tatbestand als Teil des Gesamtgeschehens auf (BGHSt 30, 28). Der Bundesgerichtshof hat hiervon jedoch die unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge ausgenommen und bejaht insoweit Tateinheit zwischen beiden Tatbeständen, seitdem durch das Betäubungsmittelgesetz vom 28. Juli 1981 (BGBl. I 681) die Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG als Verbrechen mit höherer Strafe bedroht und damit als die gegenüber dem unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln schwerere Straftat gewertet ist (BGHSt 31, 163, 165 f). 7

An dieser Rechtsprechung ist auch nach der Einführung von § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG durch das Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität (OrgKG) vom 15. Juli 1992 (BGBl. I 1302) festzuhalten. Zwar ist hiernach das unerlaubte Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nunmehr ebenfalls als Verbrechenstatbestand ausgestaltet. Das ändert jedoch nichts daran, daß diese Begehungsweise - wie die gegenüber § 30 Abs. 1 BtMG niedrigere Mindeststrafandrohung des § 29a Abs. 1 BtMG erkennen läßt - im Vergleich zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge weiterhin als das weniger schwere Delikt erscheint. Von Tateinheit zwischen den Tatbeständen des § 29a Abs. 1 Nr. 2 und des § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG ist auch der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs in seiner Entscheidung vom 5. November 1993 (2 StR 534/93 = StV 1994, 84) ohne weiteres ausgegangen. 8

Demzufolge tritt der Tatbestand des § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG auch dann nicht hinter dem des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG zurück, wenn es - wie hier - nur im Sinne des § 30 StGB zur Vorbereitung der Einfuhr kommt. Diese Vorschrift läßt nämlich den Deliktcharakter des Verbrechenstatbestandes, auf den sich die Vorbereitungshandlung bezieht, unberührt; § 30 StGB ist keine selbständige Strafvorschrift (Dreher/Tröndle StGB 46. Aufl. § 30 Rdn. 2). Es würde den Schuldgehalt der Tat nicht ausschöpfen, wenn die nur in der Form der Gefährdung nach § 30 StGB erfüllte schwerere 9

Strafvorschrift im Schuldspruch völlig hinter der in der Form der Verletzung erfüllten schwächeren Rechtsnorm zurückträte (vgl. BGHSt 9, 131, 133).

3. Der den Angeklagten O. betreffende Schuldspruch bedarf jedoch der Änderung, weil die Strafkammer das Konkurrenzverhältnis zwischen den Betäubungsmitteldelikten einerseits und den Vergehen gegen das Waffengesetz unrichtig beurteilt und insoweit Tatmehrheit angenommen hat. Ohne Rechtsfehler ist das Landgericht allerdings davon ausgegangen, daß die Verstöße gegen das Waffengesetz untereinander Tateinheitlich begangen sind. Das trifft aber auch für deren Verhältnis mit den Betäubungsmitteldelikten zu. Denn der gleichzeitige Transport der Schußwaffe nebst Munition und des Rauschgifts - versteckt in demselben Pkw - verbindet sämtliche von dem Angeklagten verwirklichten Straftatbestände zu ein und derselben Handlung im Rechtssinne (BGH NStZ 1982, 512; 1989, 38; Senatsurteil vom 26. August 1993 - 4 StR 326/93; Steindorf in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, § 53 WaffG Anm. 10 b).

Der Senat ändert den Schuldspruch von sich aus. § 265 StPO steht nicht entgegen, da sich der Angeklagte O. gegen den geänderten Schuldvorwurf nicht anders als geschehen hätte verteidigen können.

4. Mit der den Angeklagten O. betreffenden Schuldspruchänderung entfallen auch die von der Strafkammer gegen diesen Angeklagten festgesetzten Einzelstrafen. Dies zieht die Aufhebung auch des Ausspruchs über die gegen den Angeklagten O. verhängte Gesamtstrafe nach sich. Die Gesamtstrafe kann auch nicht als Einzelstrafe bestehenbleiben; denn die gegen diesen Angeklagten ebenso wie gegen die Angeklagten W. und G. wegen der Betäubungsmittelstrafat verhängten Einzelstrafen von jeweils zwei Jahren und fünf Monaten Freiheitsstrafe weisen schon für sich genommen durchgreifende Rechtsfehler auf, die zur Aufhebung sämtlicher Strafaussprüche führen. Diese Rechtsfehler sind bereits aufgrund der erhobenen Sachrügen zu beachten, so daß es auf die Verfahrensbeschwerde des Angeklagten W., die sich allein gegen den Strafausspruch richtet, nicht ankommt.

a) Die Strafkammer ist bei der Strafzumessung einheitlich "vom Strafraumen des § 29a BtMG n.F. (1 Jahr bis 15 Jahre)", mithin vom Normalstrafrahmen des Absatzes 1 der genannten Vorschrift, ausgegangen, ohne zu erörtern, ob möglicherweise minder schwere Fälle des § 29a Abs. 2 BtMG (Strafraumen drei Monate bis fünf Jahre Freiheitsstrafe) gegeben sind. Das Urteil läßt auch nicht erkennen, ob sich das Landgericht dieser Wahlmöglichkeit überhaupt bewußt war.

Zwar hätten im Fall der Annahme minder schwerer Fälle des § 29a Abs. 2 BtMG die Strafen dem gemäß § 30 Abs. 2 i.V.m. §§ 30 Abs. 1 Satz 2, 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafraumen des § 30 Abs. 1 BtMG (sechs Monate bis elf Jahre drei Monate Freiheitsstrafe) entnommen werden können. Die Strafkammer hätte dann aber zu prüfen gehabt, ob sich auch das verabredete Verbrechen der unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge für die Angeklagten jeweils als minder schwerer Fall des § 30 Abs. 2 BtMG darstellt. Hierzu hätte schon deshalb Anlaß bestanden, weil § 30 Abs. 2 i.V.m. § 30 Abs. 1 Satz 2 StGB einen "vertypen" Milderungsgrund bildet, der allein oder zusammen mit anderen Umständen Anlaß geben kann, einen minder schweren Fall anzunehmen (vgl. BGHR StGB vor § 1/mF Strafraumenwahl 8). Im Fall der Annahme minder schwerer Fälle des § 30 Abs. 2 BtMG wäre aber derselbe Strafraumen wie der des § 29a Abs. 2 BtMG eröffnet gewesen.

b) Im übrigen können die Strafaussprüche auch deshalb keinen Bestand haben, weil das Urteil keinerlei Feststellungen zur Qualität und zur Wirkstoffmenge des in Arnheim erworbenen Haschischs getroffen und damit einen für die Bestimmung des Schuldumfangs wesentlichen Umstand außer Betracht gelassen hat. Im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechts lassen sich Unrecht und Schuld eines strafbaren Verhaltens ohne Berücksichtigung der Wirkstoffkonzentration und -menge in aller Regel nicht abschließend beurteilen (st. Rspr.; BGHR BtMG § 29 Strafzumessung 19 m.w.N.). Zwar kommt, wie der Senat entschieden hat (BGHR BtMG § 29 Strafzumessung 18), auch der Rauschgiftmenge als solcher, ebenso wie der Art des Rauschgifts und seiner Gefährlichkeit, im Rahmen der Strafzumessung eine eigenständige Bedeutung zu. Dies ändert aber nichts daran, daß im Hinblick auf die durch das Betäubungsmittelgesetz geschützte Volksgesundheit die Wirkstoffmenge ein wesentlicher Umstand zur Beurteilung der Schwere der Tat und zur Bestimmung des Schuldumfangs ist (BGHR aaO 18, 19). Lassen sich hierzu keine sicheren Feststellungen treffen, ist nach dem Zweifelssatz von den für die Angeklagten günstigsten Wirkstoffgehalt auszugehen. Die Beachtung dieses Gesichtspunkts wäre bei der vorzunehmenden Gesamtwürdigung von Tat und Täter geeignet gewesen, sich schon bei der Strafraumenwahl, jedenfalls aber bei der Strafzumessung im engeren Sinne zugunsten der nicht einschlägig vorbestraften Angeklagten auszuwirken.

5. Der den Angeklagten W. betreffende Maßregelausspruch gemäß §§ 69, 69a StGB wird von den aufgezeigten Strafzumessungsfehlern nicht berührt. Er kann deshalb bestehenbleiben.

6. Für das weitere Verfahren weist der Senat vorsorglich darauf hin, daß der neue Tatrichter deutlicher, als dies dem

angefochtenen Urteil zu entnehmen ist, den Gesichtspunkt zu beachten haben wird, daß gegen Mittäter verhängte Strafen auch in einem gerechten Verhältnis zueinander stehen sollten (BGH StV 1981, 122 f; 1987, 435 f; 1991, 557). Der Umfang der Tatbeteiligung ist auch bei Mittäterschaft ein für die Beurteilung der Schuld eines Mittäters bedeutsamer Strafzumessungsgesichtspunkt (BGH, Urteil vom 1. Dezember 1993 - 2 StR 101/93). Ein einleuchtender Grund, weshalb das Landgericht gegen den Angeklagten G. wegen des Betäubungsmitteldelikts auf eine gleich hohe Strafe wie gegen die Mitangeklagten O. und W. erkannt hat, obwohl G. zu dem Rauschgiftgeschäft am wenigsten beigetragen hat, er auch den geringsten Anteil an dem erworbenen Haschisch hatte und er - anders als die Mitangeklagten - auch noch nicht zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden war, kann den Urteilsgründen nicht entnommen werden. Erkennt der Tatrichter trotz solcher erheblichen Unterschiede gegen Mittäter auf gleich hohe Strafen, so bedarf dies jedenfalls einer ausdrücklichen Begründung, die dem Revisionsgericht die Prüfung ermöglicht, ob die Strafzumessung auf rechtsfehlerfreien Erwägungen beruht.

Im übrigen wird der neue Tatrichter gemäß § 51 Abs. 4 Satz 2 StGB auch eine Bestimmung über den Maßstab zu treffen haben, nach dem die in den Niederlanden erlittene Freiheitsentziehung auf die gegen die Angeklagten erkannten Freiheitsstrafen anzurechnen ist. 18