

Bearbeiter: Karsten Gaede

Zitiervorschlag: BGH 4 StR 711/98, Beschluss v. 11.02.1999, HRRS-Datenbank, Rn. X

BGH 4 StR - 711/98 - Beschluß v. 11. Februar 1999 (LG Dortmund)

Bande; Mittäterschaft; Durchschnittsmenge; Doppelverwertungsverbot; Eigenkonsum;

§ 30 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 30 a Abs. 1 BtMG; § 46 Abs. 3 StGB;

Leitsätze des Bearbeiters

1. Die Tatbegehung als Bandenmitglied im Sinne der §§ 30 Abs. 1 Nr. 1, 30 a Abs. 1 BtMG liegt nicht schon vor, wenn die Tatbegehung von zwei Mittätern unter Nutzung eines Vertriebssystems mit dem vorwiegenden Zweck des Eigenkonsums erfolgt.
2. Zur Berechnung der Durchschnittsmenge beim unerlaubten Handelreiben mit Betäubungsmitteln, insbes. dem Abzug des Eigenkonsums.
3. Die Begründung einer Strafschärfung allein durch den Verweis auf die Wertung des Handelreibens als verwerflichste der Tatvarianten des 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG verstößt gegen das Verbot der Doppelverwertung nach § 46 III StGB. (siehe auch 4 StR 657/98)

Entscheidungstenor

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Dortmund, auch soweit es den Mitangeklagten Z betrifft,

a) in der Urteilsformel dahin ergänzt, daß die Angeklagten im übrigen freigesprochen werden und insoweit die Staatskasse die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen der Angeklagten trägt,

b) mit den Feststellungen aufgehoben, soweit die Angeklagten verurteilt worden sind.

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 den Angeklagten wegen unerlaubten bandenmäßigen Handelreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit unerlaubtem Erwerb und unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in 25 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und neun Monaten verurteilt sowie Maßregeln nach §§ 69, 69a StGB angeordnet. Den Mitangeklagten Z. der keine Revision eingelegt hat, hat es mit dem Unterschied, daß er nur in zehn Fällen der Tateinheitlich verwirklichten Einfuhr schuldig ist, nach dem im übrigen gleichen Schuldspruch zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt und seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angeordnet. Gegen dieses Urteil wendet sich der Angeklagte mit seiner Revision, von der er die Nichtanordnung der Unterbringung ausgenommen hat. Das auf die Verletzung sachlichen Rechts gestützte Rechtsmittel hat Erfolg und führt gemäß § 357 StPO zur Aufhebung des Urteils auch, soweit es den Mitangeklagten betrifft. 1

1. Soweit das Landgericht es "versehentlich unterlassen (hat), die Angeklagten jeweils bezüglich der weiteren sieben angeklagten Einzeltaten freizusprechen und eine entsprechende Kostenentscheidung zu treffen" (UA 15116), kann der Senat den Teilfreispruch gemäß § 354 Abs. 1 StPO nachholen (Kleinknecht/Meyer-Goßner StPO 43. Aufl. 354 Rdn. 4 m.N.). 2

2. Das Urteil kann, soweit der Angeklagte und der Mitangeklagte verurteilt worden sind, nicht bestehen bleiben, weil der Schuldspruch sachlich-rechtlicher Prüfung nicht Stand hält. 3

a) Die Annahme des Landgerichts, der Angeklagte habe sich mit dem Mitangeklagten zu einer Bande zusammengeschlossen und als deren Mitglied die abgeurteilten Taten begangen, wird - wie die Revision zu Recht rügt - von den Feststellungen nicht getragen. 4

Der Angeklagte und der Mitangeklagte, beide heroinabhängig, schlossen sich zusammen, um "gemeinsam preisgünstiger Heroin" (zu) beziehen. Bei diesem Entschluß ging es den beiden Angeklagten zwar vorrangig um ihren Eigenkonsum, gleichzeitig aber auch um dessen Finanzierung" (UA 6). Die von ihnen hierzu vereinbarte Aufgabenteilung sah vor, daß jeweils der Angeklagte das Heroin nebst Streckmitteln von den Lieferanten beziehen und der Mitangeklagte den über den Eigenbedarf hinausgehenden Teil des Heroins an Abnehmer verkaufen sollte: "Der so erzielte Verkaufserlös sollte sodann von beiden Angeklagten wiederum zum Ankauf neuen Heroins nebst Streckmittel verwendet werden" (UA 6). Nach dieser. »Arbeits- und Warenteilung" (UA 7) gingen die Angeklagten in der Folgezeit bis zu ihrer Festnahme vor, wobei der Mitangeklagte den Angeklagten bei dessen 25 Einkaufsfahrten in die Niederlande in zehn Fällen begleitete. 5

Diese Feststellungen belegen zwar die Beteiligung des Angeklagten und des Mitangeklagten als Mittäter, nicht aber eine bandenmäßige Begehung. Die Tatbegehung als Bandenmitglied im Sinne der §§ 30 Abs. 1 Nr. 1, 30 a Abs. 1 BtMG stellt eine gegenüber der Mittäterschaft gesteigerte Zusammenarbeit dar. Dazu genügt nicht bereits ein Handeln im Rahmen eines eingespielten Bezugs- und Vertriebsystems. Erforderlich ist vielmehr, daß die Mittäter ein gemeinsames übergeordnetes (Banden-) Interesse verfolgen (st. Rspr.; BGHSt 42, 255, 259; BGH NSTZ 1998, 255, 256). Davon geht das Landgericht zwar aus (UA 10111), doch entbehrt diese Annahme einer tragfähigen Tatsachengrundlage. Gerade bei einer Verbindung von nur zwei Personen sind höhere Anforderungen an das, Gewicht der Indizien für die Annahme eine r über bloße Mittäterschaft hinausgehenden kriminellen Zusammenarbeit zu stellen (BGH StV 1998) 599). Dem wird die Wertung der Strafkammer nicht gerecht. Dem Angeklagten ging es ebenso wie dem Mitangeklagten um die Sicherung des Eigenkonsums und dessen Finanzierung. Dies belegt zwar, daß der Angeklagte und der Mitangeklagte ihr je individuelles Interesse am Bezug des Heroins und am Erzielen von Verkaufserlösen verwirklichten, ergibt aber nicht, daß sie auch ein darüber hinausreichendes, übergeordnetes Bandeninteresse verfolgten (BGH aaO und Beschlüsse vom 29. September 1998 - 4 StR 48 1198 - und vom 6. Oktober 1998 - 1 StR 485/98). Dies liegt, beim Zusammenschluß von Mittätern, die in erster Linie zur Befriedigung ihrer Sucht handeln, auch, eher fern. Daran ändert. das von dem Angeklagten und dem Mitangeklagten praktizierte "Ankaufs- und Vertriebsmodell" (UA 6) nichts. Anders könnte es sich verhalten, wenn die Beteiligten in einem solchen Fall durch die Rauschgiftgeschäfte aus einem übergeordneten Interesse heraus Gewinne erstreben, die in nennenswertem Umfang über das hinausgehen, was der Finanzierung des Eigenkonsums dient. Daß es sich so verhält, kann dem Urteil nicht entnommen werden. Ob der Angeklagte und der Mitangeklagte - wovon der Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift vom 23. Dezember 1998 ausgeht - eine gemeinsame Kasse für den Heroinerwerb und -vertrieb gehabt haben, ist bei dieser Sachlage ohne Belang. 6

b) Der Angeklagte hat sich hiernach in allen 25 Fällen jeweils des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit (den Eigenkonsumanteil betreffendem) unerlaubtem Erwerb schuldig gemacht; die jeweils weiter verwirklichte unerlaubte Einfuhr wird durch das Handeltreiben verdrängt (BGHSt 30, 28, 30; 31, 163, 165; BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Konkurrenzen 1). Auch wenn nicht zu erwarten ist, daß sich weitere Feststellungen treffen lassen, die eine bandenmäßige Begehung ergeben, kann der Senat den Schuldspruch nicht von sich aus entsprechend ändern; denn der Schuldspruch begegnet auch im übrigen Bedenken: 7

Nach den Feststellungen erhielt der Angeklagte bei jeder der Einkaufsfahrten Heroin "in der Größenordnung von 6 - 20 g" (UA 7). Hieran anschließend geht das Landgericht "zugunsten" beider Angeklagter "bei sämtlichen 25 Fällen jeweils von einer Durchschnittsmenge Heroin von 10 - 12 g aus" (UA 8). Dies ist mit den Feststellungen insoweit nicht vereinbar, als danach jedenfalls in Einzelfällen auch eine geringere Menge als zehn Gramm bezogen wurde. Im übrigen hat das Landgericht dabei auch nicht bedacht, daß jeder von beiden "durchschnittlich ca. 3 g der eingekauften Ware benötigte" (UA 8). Wenn danach aber beide zusammen 6 g der jeweiligen Einkaufsmengen für sich verbrauchten (was durch die Feststellung gestützt wird, daß der Angeklagte selbst zuletzt "täglich 3 g Heroin" rauchte; UA 5), bleibt in den Fällen, in denen - was zwar nicht nahe liegt, nach dem, was das Urteil hierzu mitteilt, aber `zugunsten" des Angeklagten auch nicht ausgeschlossen werden kann - nur die Mindestmenge von 6 g bezogen wurde, kein Rest, der zum Weiterverkauf zur Verfügung stand. In diesem Fall müßte deshalb insoweit der Tatvorwurf des Handeltreibens entfallen. Ob überhaupt ein solcher Fall - nicht ausschließbar - vorliegt oder das Urteil insoweit nur mißverständlich formuliert ist, kann nur der neue Tatrichter klären. 8

3. Die Aufhebung des Schuldspruchs zieht die Aufhebung des Rechtsfolgenausspruchs nach sich. Davon abgesehen könnte der Strafausspruch gegen den Angeklagten auch aus anderen Gründen nicht bestehen bleiben: 9

a) Das Landgericht hat zwar die Strafen in allen Fällen dem Strafrahmen für minderschwere Fälle des § 30 Abs. 2 10

BtMG entnommen. Bei der Strafzumessung im engeren Sinne hat es jedoch erschwerend jeweils die tateinheitliche Verwirklichung der "drei Varianten des Erwerbs, der Einfuhr und des Handeltreibens" berücksichtigt (UA 13, 14). Abgesehen davon, daß auch bei der vom Landgericht angenommenen bandenmäßigen Begehung das Handeltreiben den Tatbestand der Einfuhr verdrängt und deshalb nur zwei "Tatvarianten" in den Schuldspruch aufzunehmen wären, ist die strafschärfende Berücksichtigung des unerlaubten Erwerbs rechtsfehlerhaft; denn dieser Tatbestand betrifft jeweils nur die Heroinmengen, die der Angeklagte und der Mitangeklagte für ihren Eigenkonsum erworben haben. Dieser Umstand gibt eher zu einer milderer Beurteilung Anlaß, darf aber jedenfalls nicht strafschärfend gewertet werden (BGH StV 1991, 105; 1998, 599 f.).

b) Zudem hat das Landgericht zu Lasten des Angeklagten berücksichtigt, daß die "Varianten ... der Einfuhr und des Handeltreibens" als "besonders verwerflich gelten" (UA 13). Dies läßt besorgen, daß das Landgericht die Verwirklichung dieser Tatbestände als solche strafschärfend gewertet hat. Das wäre - wie der Senat in seinem Urteil vom heutigen Tage (4 StR 657198, zur Veröffentlichung in BGHSt bestimmt zu der Wertung des Handeltreibens als "verwerflichste der Tatvarianten des 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG" mit näherer Begründung, auf die hier verwiesen wird, ausgeführt hat - wegen Verstoßes gegen § 46 Abs. 3 StGB unzulässig. 11

4. Auf den aufgezeigten Rechtsfehlern zum Schuldspruch beruht auch das Urteil gegen den Mitangeklagten Z. auf den deshalb die Aufhebung des Urteils gemäß § 357 StPO zu erstrecken ist. 12