

Betäubungsmittelstrafrecht

von
Dr. Klaus Malek

4. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de

ISBN 978 3 406 64925 7

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

tung betrieben, die vor dem Neuerwerb die sogenannte nicht geringe Menge erreicht hat, werden die einzelnen Verbrauchsmengen nicht zusammengezählt. Sind die Betäubungsmittel zur Weitergabe bestimmt, so ist maßgebend, ob sie einmal einen einheitlichen Vorrat gebildet haben (Bewertungseinheit) und der Bereich der nicht geringen Menge zu diesem Zeitpunkt erreicht war. War dies bei wiederholten An- und Verkäufen zu keinem Zeitpunkt der Fall, ist der Bereich der nicht geringen Menge nicht erreicht, weil eine Addition der Teilmengen nicht erfolgt.¹¹³³

8. Mittäterschaft und Beihilfe

- 409 Gemäß § 29 StGB wird jeder Tatbeteiligte ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen nach seiner Schuld bestraft. Beim Besitztatbestand kommt eine rechtliche Erstreckung auf Tatbeteiligte, die selbst keine tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit oder faktische Verfügungsmacht über das Betäubungsmittel haben, nicht in Betracht.¹¹³⁴ Die gesamte Rauschgiftmenge ist aber jedem Mittäter ungeteilt zuzurechnen, sofern er bis zur Aufteilung am Besitz teilhatte. Anders ist dies beim gemeinschaftlichen Handeltreiben mit nicht geringen Mengen von Betäubungsmitteln; hier wird die Gesamtmenge unabhängig vom Besitz jedem Mittäter zugerechnet. Auch dann, wenn mehrere Personen eine größere Menge Drogen mit dem Ziel erwerben, mit dem auf jeden anfallenden Teil Handel zu treiben, um so die Transportkosten niedrig zu halten, so wird die Gesamtmenge jedem Mittäter zugerechnet.¹¹³⁵

IV. Der Bandenhandel (§ 30 Abs. 1 Nr. 1)

- 410 Die Tathandlungen (Anbau, Herstellung, Handeltreiben) sind dieselben wie die des Grundtatbestands in § 29 Abs. 1 Nr. 1; auf sie sei verwiesen. Der **Bandenbegriff** ist derselbe wie in § 30a Abs. 1 Nr. 1. Er wird daher bei den dortigen Ausführungen (Rn. 428 ff.) abgehandelt. Die Tatbestände der §§ 30 Abs. 1 Nr. 1 und 30a Abs. 1 unterscheiden sich nur dadurch, dass sich der Bandenhandel im erstgenannten Fall unterhalb der Schwelle zur nicht geringen Menge abspielt und in § 30a Abs. 1 über die in § 30 Abs. 1 Nr. 1 genannten Tathandlungen hinaus erstreckt, nämlich zusätzlich auf die Ein- oder Ausfuhr iSd § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1. Der Bandenhandel mit Betäubungsmitteln in nicht geringen Mengen wurde durch das OrgKG im Jahr 1992 in § 30a gesondert aufgenommen und mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf (bis zu 15) Jahren bedroht. Warum § 30 Abs. 1 Nr. 1 aF beibehalten blieb, geht aus den Materialien zum Gesetzgebungsverfahren nicht hervor. Es dürfte sich bei der Beibehaltung um ein redaktionelles Versehen im Gesetzgebungsverfahren handeln, das eine Streichung der Vorschrift nahelegt.
- 411 Dies gilt umso mehr, als der Zweck solcher Strafschärfungen (Abschreckung anderer, härtere Bestrafung einzelner) gerade bei Handlungen mit geringfügiger Tatbeteiligung durch die dann gebotene Annahme eines minder schweren Falles iSd § 30 Abs. 2 unterlaufen würde. Im Übrigen dürfte auch der Regelstrafrahmen des § 29 ausreichen, um dem Tatumrecht im Einzelfall gerecht zu werden. Schließlich sprechen auch dogmatische Gründe dagegen, die Vorschrift des § 30 als eine für bandenmäßiges Handeln iSd dort genannten Tathandlungen Geltung beanspruchende Norm beizubehalten.¹¹³⁶ Die Vorschrift ist zudem verfassungsrechtlich bedenklich.¹¹³⁷

¹¹³³ Vgl. zum Recht vor Inkrafttreten des OrgKG auch BGH StV 1991, 19.

¹¹³⁴ BGH NStZ 1982, 163.

¹¹³⁵ BGH NStZ-RR 2003, 57.

¹¹³⁶ Vgl. Endriß StV 1999, 445, 446.

¹¹³⁷ Vgl. Endriß StV 1999, 445, 446.

V. Die gewerbsmäßige Abgabe an Jugendliche (§§ 30 Abs. 1 Nr. 2 iVm § 29a Abs. 1 Nr. 1)

§ 30 Abs. 1 Nr. 2 qualifiziert § 29a Abs. 1 Nr. 1 durch das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit. Zu § 29a Abs. 1 Nr. 1 sei auf → Rn. 379 ff. verweisen, zur Gewerbsmäßigkeit auf 3. Kap. Rn. 30. Zu beachten ist allerdings, dass der Tatbestand nur gegeben ist, wenn sich der Täter eine fortlaufende Einnahmequelle durch wiederholte Vornahme gerade solcher Handlungen verschaffen will, die einen der Tatbestände des § 29a Abs. 1 Nr. 1 erfüllen, nicht aber wenn er nur die Absicht hat, sich eine fortlaufende Einnahmequelle durch weitere, ohne Beteiligung Jugendlicher zu verübende Betäubungsmitteldelikte zu sichern.¹¹³⁸ Allerdings ist nicht erforderlich, dass der Täter die erstrebten Einnahmen ausschließlich aus Rauschgiftgeschäften mit Minderjährigen erzielen will, es reicht vielmehr auch aus, dass er beabsichtigt, sich fortlaufende Einnahmen auch aus derartigen Geschäften zu verschaffen.¹¹³⁹ 412

VI. Die Abgabe, das Verabreichen, das Überlassen von Betäubungsmitteln zum unmittelbaren Verbrauch und die leichtfertige Verursachung des Todes (§ 30 Abs. 1 Nr. 3)

1. Der Zweck der Vorschrift

Die Regelung ist kriminalpolitisch verfehlt, weil sie gerade nicht der Zielvorstellung des Gesetzgebers, die Rauschgifthändler zu erfassen, gerecht wird, sondern vorwiegend den Kleinkäufer oder gar den Konsumenten trifft, der Betäubungsmittel verschenkt.¹¹⁴⁰ Die Bedeutung der Vorschrift liegt allerdings nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in der Bewertung der eigenverantwortlich gewollten und verwirklichten Selbstgefährdung, die nicht dem Tatbestand eines Körperverletzungs- oder Tötungsdeliktes unterworfen werden kann, wenn das mit der Gefährdung bewußt eingegangene Risiko sich realisiert.¹¹⁴¹ In diesen Fällen kann der Tatbestand des § 30 Abs. 1 Nr. 3 gegeben sein, der nicht an den Tatbestand der fahrlässigen Tötung anknüpft. Eine Strafbarkeit nach den Tötungs- und Körperverletzungsstraftatbeständen des StGB kann erst da beginnen, wo der sich Beteiligende kraft überlegenen Sachwissens das Risiko besser erfasst als der sich selbst Gefährdende, oder wo ihn Garantenpflichten für dessen Leib oder Leben treffen.¹¹⁴² 413

Die Vorschrift war bereits im Gesetzgebungsverfahren 1972 umstritten. Als besonders strafwürdig wurde die Tatsache gewertet, dass die Verursachung des Todes eines anderen auf ein Handeln zurückgeht, das in Kenntnis der großen Gefährlichkeit des Tuns unter Hintanstellung aller Bedenken erfolgt. Als weiter strafscharfend wurde die Folgerung aus den rasch ansteigenden Zahlen von Todesfällen im Zusammenhang mit dem Betäubungsmittelmissbrauch angesehen. Eine Ausdehnung des Tatbestands auf alle Handlungen des § 29 Abs. 1 Nr. 1, 6, 7 oder 10, wie sie vom Bundesrat gefordert worden war, wurde jedoch abgelehnt, weil nur beim unmittelbaren Gelangen der Betäubungsmittel an den Empfänger die objektive Zurechenbarkeit einer Todesverursachung vorliege.¹¹⁴³ Die praktische Bedeutung der Vorschrift ist, gemessen an der Gesamtzahl der Betäubungsmittel- 414

¹¹³⁸ BGH NStZ 1996, 285; BGH NStZ 1998, 89.

¹¹³⁹ BGH NStZ 1998, 89; Erbs/Kohlhaas/Pelchen § 30 Rn. 6; Franke/Wienroeder § 30 Rn. 27.

¹¹⁴⁰ Joachimski/Haumer § 30 Rn. 11; krit. auch Körner/Patzak/Volkmer § 30 Rn. 3 und 83.

¹¹⁴¹ BGHSt 32, 262. In diesem Fall hatte der Angeklagte durch Bereitstellung einer Spritze einem Süchtigen Hilfe zur Injektion von Heroin geleistet. An der Injektion war der Süchtige gestorben.

¹¹⁴² BGHSt 32, 262.

¹¹⁴³ Vgl. Hügel/Junge/Lander/Winkler § 30 Rn. 4.1; BT-Drs. 8/3551 S. 37.

delikte, als gering einzustufen. Für das Jahr 2010 weist die Polizeiliche Kriminalstatistik bei 231.007 Drogendelikten insgesamt 34 Verstöße gegen § 30 Abs. 1 Nr. 3 aus.¹¹⁴⁴

2. Die Tat und die Ursächlichkeit für den Todeseintritt

a) Die Tathandlungen

- 415 Für die unter Strafe gestellten Tathandlungen – die Abgabe, die Verabreichung und die Überlassung zum Gebrauch – gilt gegenüber dem Grundtatbestand nichts Besonderes. Auf die dortigen Ausführungen sei verwiesen.

b) Die Leichtfertigkeit

- 416 Mit **Leichtfertigkeit** umschreibt das Gesetz ein Verhalten, das einen **hohen Grad von Fahrlässigkeit** aufweist. Damit decken sich auch der Begriff der gehobenen Fahrlässigkeit und der im bürgerlichen Recht verwandte Begriff der groben Fahrlässigkeit. Leichtfertig handelt, wer sich die ihm aufdrängende Möglichkeit eines tödlichen Verlaufs aus besonderem Leichtsinn und aus besonderer Gleichgültigkeit außer Acht lässt.¹¹⁴⁵ Der Vorwurf der Leichtfertigkeit, die den Tod des Opfers verursacht, muss sich auf die Tathandlung, nicht auf ein danach liegendes Verhalten beziehen. Der Tatbestand des § 30 Abs. 1 Nr. 3 unterscheidet sich insoweit nicht von jenen Qualifizierungstatbeständen und gesetzlichen Regelbeispielen besonders schwerer Fälle, bei denen ausdrücklich vorausgesetzt ist, dass durch die Tat leichtfertig der Tod eines Menschen verursacht wird.¹¹⁴⁶

c) Die Kausalität

- 417 Bei § 30 Abs. 1 Nr. 3 handelt es sich um ein sogenanntes **erfolgsqualifiziertes Delikt**, bei dem das Gesetz an eine besondere Folge der Tat eine schwerere Strafe anknüpft. Diese Wirkung trifft den Täter aber nur, wenn ihm **hinsichtlich der Folge wenigstens Fahrlässigkeit** – im hier gegebenen Fall Leichtfertigkeit – zur Last fällt (§ 18 StGB). Die Annahme eines Ursachenzusammenhangs wird nach Meinung der Rechtsprechung nicht dadurch in Frage gestellt, dass sich der Verstorbene die zum Tode führende Heroininjektion selbst verabreicht und hierdurch seinen eigenen Tod fahrlässig herbeigeführt hat. Dass in derartigen Fällen verbotener Heroinabgabe mit tödlichem Ausgang der Gesichtspunkt der bewußten Selbstgefährdung der Anwendung des § 222 StGB nicht entgegenstehe, wurde wiederholt entschieden.¹¹⁴⁷ Für die Bejahung des Ursachenzusammenhangs ist es unerheblich, ob der Verstorbene wegen einer anderen Erkrankung womöglich ohnehin verstorben wäre, da es genügt, dass der Tod früher eintritt, als er ohne das pflichtwidrige Verhalten eingetreten wäre.¹¹⁴⁸

d) Vorhersehbarkeit und Pflichtwidrigkeit

- 418 Verursacht ein Heroinhändler den Tod eines Heroinabhängigen durch Verkauf und Übergabe von Heroin, so reichte es nach früherer Rechtsprechung für die Annahme von Fahrlässigkeit iSd § 222 StGB idR aus, wenn ihm bekannt war oder er damit rechnen musste, dass der Käufer das Rauschgift injizieren werde, und wenn er von der Gefährlichkeit des überlassenen Stoffes wußte oder dies – zB durch die eingehenden Darstellungen

¹¹⁴⁴ Hierzu Körner/Patzak/Volkmer § 30 Rn. 84.

¹¹⁴⁵ BGHSt 46, 279 = StV 2001, 684 mAnm Duttge; Weber § 30 Rn. 178.

¹¹⁴⁶ BGHSt 33, 66.

¹¹⁴⁷ BGH NStZ 1983, 72; BGH NStZ 1981, 350; a. A. Hirsch JR 1979, 429; Schünemann NStZ 1982, 60; Loos JR 1982, 342; Sonnen JA 1981, 696, alle mit beachtlichen Argumenten.

¹¹⁴⁸ BGH NStZ 1981, 218 mAnm Wolfslast.

und Berichte in Presse, Rundfunk und Fernsehen – hätte wissen können.¹¹⁴⁹ Dies galt insbesondere dann, wenn der Angeklagte die hohe Konzentration des Betäubungsmittels kannte. Dann war für ihn nach dieser Rechtsprechung vorhersehbar, dass der Abhängige, der in Gier nach dem Stoff rasch und unvorsichtig dosiert, sich – keineswegs in freier Selbstbestimmung, sondern unter dem Zwang seiner Sucht handelnd – eine todbringende Injektion setzte.¹¹⁵⁰ Zu beachten war aber, dass sich die Frage, ob für den Täter der tödliche Erfolg und der zu ihm führende Kausalverlauf vorhersehbar waren, nicht abstrakt beurteilen ließ, sondern vielmehr auch berücksichtigt werden musste, was sich im Einzelfall wirklich zugetragen hatte und ob dieser tatsächliche Verlauf noch im Rahmen der dem Täter bekannten Lebenserfahrung lag.¹¹⁵¹

Der BGH hat diese Grundsätze dahingehend eingeschränkt, dass bei einer **eigenverantwortlich gewollten und verwirklichten Selbstgefährdung**¹¹⁵² der Tatbestand eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts nicht gegeben ist, wenn sich lediglich das mit der Gefährdung bewußt eingegangene und in Kauf genommene Risiko realisiert. Wer lediglich eine solche Selbstgefährdung veranlaßt, ermöglicht oder fördert, macht sich daher nicht wegen eines Körperverletzungs- oder Tötungsdeliktes strafbar.¹¹⁵³ Eine Strafbarkeit könne vielmehr erst dort beginnen, wo der sich Beteiligende kraft überlegenen Sachwissens das Risiko besser erfasse als der sich selbst Gefährdende, oder wo ihn Garantenpflichten für dessen Leib oder Leben treffen. Damit ergeben sich für den Bereich des Betäubungsmittelmissbrauchs kaum noch Sachverhalte, in denen eine Verurteilung wegen Tötungs- oder Körperverletzungsdelikten des StGB in Betracht gezogen werden kann,¹¹⁵⁴ mit Ausnahme der Fälle des überlegenen Sachwissens, die in der Regel im Arzt-Patient-Verhältnis vorliegen dürften. Nach Eintritt einer eigenverantwortlich gewollten und verwirklichten und deswegen straflosen Selbstgefährdung trifft den Täter auch eine Pflicht zum Handeln, deren Unterlassen unter dem Gesichtspunkt eines Tötungsdelikts zu prüfen ist, wenn durch Herbeirufen eines Arztes der Todesgefahr wirksam hätte begegnet werden können.¹¹⁵⁵

Für die Beurteilung der Pflichtwidrigkeit kann auch von Bedeutung sein, ob der Todeserfolg durch aktives Tun oder durch Unterlassen herbeigeführt wurde. Wer einem anderen Betäubungsmittel zum Selbstkonsum überlässt, haftet – wenn für den Überlassenden die Abgabe des Heroins an das Opfer vorhersehbar war – freilich für aktives Tun und nicht nach den Regeln der Ingerenz.¹¹⁵⁶ War dagegen der Todeseintritt nicht vorhersehbar, kann die Handlungspflicht nach § 13 StGB jedoch dadurch entstehen, dass der Täter durch das pflichtwidrige, gemäß § 29 Abs. 1 strafbare Überlassen des Heroins die dann mit der Bewußtlosigkeit des Opfers eingetretene Gefahrenlage tatsächlich herbeigeführt hat. Unterlässt der Täter es dann, die den Todeseintritt abwehrenden Maßnahmen zu ergreifen, handelt er pflichtwidrig. Das Unterlassen entspricht dann der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun.¹¹⁵⁷ Der gemeinschaftliche Erwerb oder Konsum von Betäubungsmitteln begründet dagegen für sich allein, dh also ohne Abgabe von Betäubungsmitteln an einen Mitkonsumenten, noch keine Garantenpflicht zur Abwendung der

¹¹⁴⁹ BGH Urt. v. 3.6.1980 – 1 StR 20/80 = bei Holtz MDR 1980, 985; BGH NStZ 1981, 350 mAnm Schünemann NStZ 1982, 60; dazu waren in den Urteilsgründen allerdings ausreichende Feststellungen zu treffen.

¹¹⁵⁰ BGH NStZ 1983, 72.

¹¹⁵¹ BayObLG StV 1982, 73: In diesem Fall stand nicht fest, ob der Tod allein durch Heroinabgabe oder erst im Zusammenhang von Heroin-, Alkohol- und Tabletteneinnahme eintrat.

¹¹⁵² BGHSt 53, 288; BGH NStZ 2011, 67 mAnm Lange/Wagner.

¹¹⁵³ BGHSt 32, 262; BGHSt 46, 279.

¹¹⁵⁴ Franke/Wienroeder § 30 Rn. 13 a. E.

¹¹⁵⁵ BGH StV 1985, 56.

¹¹⁵⁶ BGH NStZ 1983, 72.

¹¹⁵⁷ BGH StV 1985, 56.

einem Mittäter durch den Genuß des Rauschgifts drohenden Lebensgefahr. Dies gilt grundsätzlich auch bei einem Wohnungsinhaber, dessen Gäste Betäubungsmittel zu sich nehmen.¹¹⁵⁸

- 421 Ob der anders geartete Schutzzweck der Vorschriften des BtMG allerdings prinzipiell eine Einschränkung des Prinzips der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung im Betäubungsmittelstrafrecht erfordert, wie teilweise angenommen wird,¹¹⁵⁹ ist fraglich. Auch wenn als Schutzgut der betäubungsmittelrechtlichen Strafnormen nicht allein das Leben und die Gesundheit des einzelnen, sondern die „Volksgesundheit“ angesehen wird, erscheint es völlig ausreichend, den Begriff der Eigenverantwortlichkeit im Einzelfall kritisch zu prüfen. Damit entfallen bereits alle Fälle, in denen der Betroffene auf Grund seiner Betäubungsmittelabhängigkeit die von seinem Konsum ausgehenden Gefahren nicht mehr richtig einschätzen kann.¹¹⁶⁰

3. Konkurrenzen

- 422 Mit fahrlässiger Tötung besteht bei der leichtfertigen Todesverursachung Tateinheit und nicht Gesetzeskonkurrenz, da die der leichtfertigen Todesverursachung vorausgehenden Tathandlungen vorsätzlich begangen werden, der Schuldgehalt des § 30 Abs. 1 Nr. 3 also ein weit über den Fahrlässigkeitsanteil hinausgehender ist, und dies auch in der unterschiedlichen Bewertung gegenüber dem als Vergehen ausgestatteten Tatbestand der fahrlässigen Tötung in § 30 Abs. 1 Nr. 3 zum Ausdruck kommt, der Verbrechenstatbestand ist.¹¹⁶¹

VII. Die Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 30 Abs. 1 Nr. 4)

1. Der Tatbestand

- 423 Die Tathandlung der Einfuhr weist gegenüber der des § 29 Abs. 1 Nr. 1 keine Besonderheiten auf, so dass auf die Ausführungen dazu verwiesen werden kann (vgl. oben Rn. 171 ff.). Nichts anderes gilt für das Tatbestandsmerkmal der nicht geringen Menge. Da die Mengen des § 29a Abs. 1 Nr. 2 durch dieselben Worte festgelegt sind, besteht kein Anlass, sie in § 30 Abs. 1 Nr. 4 unterschiedlich zu bestimmen.¹¹⁶² Das Bundesverfassungsgericht hat einen Vorlagebeschluss des AG Düren¹¹⁶³ gegen die Verfassungsmäßigkeit der Strafandrohung von mindestens 2 Jahren als unzulässig zurückgewiesen,¹¹⁶⁴ dabei aber deutlich erkennen lassen, dass es gegen die gesetzgeberische Entscheidung keine Bedenken hegt.
- 424 In den Fällen der **gemeinschaftlichen Einfuhr von Betäubungsmitteln** gilt: Allein der gemeinsame Import von Betäubungsmitteln, die beide Täter jeweils für sich erworben haben, begründet auch dann nicht den Vorwurf der mittäterschaftlichen Einfuhr, wenn beide die Drogen gemeinsam in dem benutzten Tatfahrzeug versteckt haben. Eine Zusammenrechnung der jeweils mitgeführten Betäubungsmittelmengen erfolgt dann nicht.

¹¹⁵⁸ OLG Stuttgart MDR 1981, 157.

¹¹⁵⁹ So etwa Weber § 30 Rn. 156 ff.; BGHSt 37, 179.

¹¹⁶⁰ Vgl. dazu auch Weber § 30 Rn. 210.

¹¹⁶¹ BGH Urt. v. 20.7.1983 – 2 StR 178/83 = bei Schmidt MDR 1985, 2; a. A. Hügel/Junge/Lander/Winkler § 30 Rn. 4.4; Joachimski/Haumer § 30 Rn. 20.

¹¹⁶² BGH StV 1984, 155; Endriß StV 1984, 155; Körner NStZ 1984, 223.

¹¹⁶³ AG Düren B.v. 8.9.2011 – 13 Ls-102 Js 39/11 – 64/11; das Gericht weist darauf hin, dass in einem zusammengewachsenen Europa die Überschreitung einer nationalen Grenze die Erhöhung der Mindeststrafe auf 2 Jahre verfassungsrechtlich nicht haltbar sei.

¹¹⁶⁴ BVerfG Beschl. v. 15.3.2012 – 2 BvL 8/11 und 9/11 – BeckRS 2012, 51055.

Mittäterschaft setzt nämlich voraus, dass jeder Mittäter seinen Beitrag als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt die Tätigkeit des anderen als Ergänzung seines eigenen Tatanteils will. Einen der wesentlichsten Gesichtspunkte bei der wertenden Betrachtung, ob ein derartiges enges Verhältnis vorliegt, bildet das Interesse des einen Tatbeteiligten am Tatbeitrag des anderen.¹¹⁶⁵ Die Zurechnung der Gesamtmenge im Ausland gemeinsam erworbener Betäubungsmittel erfolgt bei der unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln hinsichtlich beider Täter, wenn diese getrennt ins Bundesgebiet einreisen und einer der Täter anlässlich seiner Festnahme bei der Ankunft die Ankunft des anderen Täters im Besitz von weiteren Betäubungsmitteln ankündigt.¹¹⁶⁶ Dies gilt erst recht, wenn die Betäubungsmittel gemeinsam eingekauft, über die Grenze transportiert und erst in Deutschland aufgeteilt werden,¹¹⁶⁷ und auch für die Fälle, in denen die Täter nur als Kuriere tätig sind und der Schlüssel für die Aufteilung der Belohnung noch nicht feststeht.¹¹⁶⁸ Wenn aber im Ausland gemeinsam Betäubungsmittel erworben, noch an Ort und Stelle geteilt werden und jeder Täter seine Hälfte an besonderen Stellen im Zug versteckt hält, liegt keine mittäterschaftliche Einfuhr vor, so dass die jeweiligen Mengen auch nicht zusammenzurechnen sind.¹¹⁶⁹ Bei gemeinsam in einem PKW ins Inland verbrachten Betäubungsmitteln ist nochmals zu differenzieren: Zunächst gilt, dass derjenige, der Betäubungsmittel selbst – durch Führen des Fahrzeugs – über die Grenze verbringt, grundsätzlich auch dann Täter der unerlaubten Einfuhr aller im PKW befindlicher Betäubungsmittel ist, wenn er nur unter dem Einfluss und in Gegenwart des Mittäters in dessen Interesse handelt.¹¹⁷⁰ Dies gilt erst recht, wenn nur ein Teil der im PKW bestimmten Betäubungsmittelmenge für den Beifahrer bestimmt ist, ein anderer Teil aber für den Fahrer selbst.¹¹⁷¹ Wird das Rauschgift aber geschluckt im Körper über die Grenze befördert, ist grundsätzlich jedem Täter nur die Rauschgiftmenge zuzurechnen, die er sich selbst einverleibt hat.¹¹⁷² Für die Frage der Zurechnung kann schließlich von Bedeutung sein, ob die gemeinsam mit dem PKW Einreisenden im Verhältnis zueinander Mittäter sind oder der eine nur des anderen Gehilfe. Wenn zwei vor der unerlaubten Einfuhr getrennt abgepackte Portionen Rauschgift im gemeinsam benutzten Fahrzeug getrennt beim Grenzübertritt versteckt werden, ist zwar der Fahrer des PKW hinsichtlich der Gesamtmenge Täter der Einfuhr, der Beifahrer womöglich jedoch nur Gehilfe der dem Fahrer zustehenden Portion, wenn sich das auf die Gesamtmenge gerichtete Tatinteresse nicht aus der gemeinsam organisierten und bezahlten Fahrt, bei der jeder seinen Beitrag leistet, ergibt und die Tatherrschaft nicht aus der Teilnahme am Besitz der im Fahrzeug befindlichen gesamten Rauschgiftmenge folgt.¹¹⁷³

2. Konkurrenzen

Nach Auffassung des 3. Strafsenats des BGH¹¹⁷⁴ führt die Annahme, es liege ein minder schwerer Fall iSd § 30 Abs. 2 vor, nicht ohne weiteres auch zur Ablehnung der Anwendung des gegenüber § 30 Abs. 2 anders strukturierten § 29 Abs. 3; allerdings können Gründe, die zur Bejahung des minder schweren Falles iSd § 30 Abs. 2 Anlaß geben, solche sein, die

¹¹⁶⁵ BGH StV 1984, 286; BGH StV 1992, 376 mAnm Zaczyk; kann Mittäterschaft hinsichtlich der von dem anderen mitgeführten Menge nicht festgestellt werden, ist Beihilfe zu prüfen.

¹¹⁶⁶ BGH StV 1992, 376.

¹¹⁶⁷ BGHR BtMG § 30 Abs. 1 Nr. 4 nicht geringe Menge 6.

¹¹⁶⁸ BGH Urt. v. 24.9.1991 – 1 StR 330/91 = bei Schoreit NSTZ 1992, 320, 321.

¹¹⁶⁹ BGH Urt. v. 3.4.1985 – 2 StR 639/84 = bei Schoreit NSTZ 1986, 56.

¹¹⁷⁰ BGHSt 38, 315.

¹¹⁷¹ BGHR BtMG § 30 Abs. 1 Nr. 4 nicht geringe Menge 6.

¹¹⁷² BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Einfuhr 23; BGHSt 38, 315.

¹¹⁷³ BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Einfuhr 6; BGHSt 38, 315.

¹¹⁷⁴ BGH NSTZ 1983, 174; LG Berlin StV 1993, 199.

trotz Vorliegens der Voraussetzungen eines Regelbeispiels des § 29 Abs. 3 auch dazu führen, einen besonders schweren Fall im Sinne dieser Vorschrift zu verneinen. Auf diese Prüfung kann nach Ansicht des 3. Strafsenats nicht verzichtet werden, wenn das unerlaubte Handeltreiben lediglich in der mit der unerlaubten Einfuhr verknüpften Kuriertätigkeit besteht.¹¹⁷⁵ Nach Auffassung des 2. und 4. Strafsenats des BGH¹¹⁷⁶ ist diese Folgerung zwingend: Wird bei der vom Gesetzgeber mit schwerer Strafe bedrohte Handlung der Einfuhr von Betäubungsmitteln ein minder schwerer Fall festgestellt, kann nicht für die ebenfalls lediglich in der Einfuhr liegende tateinheitliche Tatbestandsverwirklichung des Handeltreibens von einem besonders schweren Fall gemäß § 29 Abs. 3 ausgegangen werden. Eine andere Anwendung dieser Vorschrift wäre widersprüchlich. Diese noch vor Inkrafttreten des OrgKG ergangene Rechtsprechung, insbesondere zum Verhältnis des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, der damals noch als besonders schwerer Fall des § 29 Abs. 1 in § 29 Abs. 3 Nr. 4 aF ausgestalteten Strafzumessungsregel, hat auch heute noch ihre Bedeutung insofern, als bei Vorliegen eines minder schweren Falles der Einfuhr zumeist auch ein minder schwerer Fall des Handeltreibens gemäß § 29a Abs. 2 vorliegen dürfte; liegt dann aber zugleich das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit vor, stellt sich dasselbe Problem wie früher: Allein die Gewerbsmäßigkeit kann nicht dazu führen, dass statt des Strafrahmens des minder schweren Falles der §§ 29a Abs. 2, 30 Abs. 2 nur wegen Vorliegens des Regelbeispiels der Gewerbsmäßigkeit nunmehr der Strafrahm des § 29 Abs. 3, Freiheitsstrafe von einem bis zu 15 Jahren, Geltung beanspruchen könnte.¹¹⁷⁷ Umstände, die den minder schweren Fall beim Tatbestand des § 30 Abs. 2 ausmachen, sind in der Regel auch solche, die den besonders schweren Fall verneinen lassen, weil die den Angeklagten im Einzelfall besonders entlastenden Umstände ihre Wirkung nicht nur bei den besonderen, den Verbrechenstatbestand des § 30 Abs. 1 begründenden Umständen entfalten, sondern ebenso den § 29 Abs. 3 begründenden, zumal diese insofern weniger schwer wiegen, als sie den Charakter des Vergehens im Gegensatz zu § 30 Abs. 1 nicht verändern, bei dem sie zum Verbrechen ausgestaltet sind.

VIII. Bandendelikte mit nicht geringer Menge (§ 30a Abs. 1)

- 426 § 30a wurde durch das OrgKG in das BtMG eingefügt. Die Vorschrift erfasst neben den in § 30 Abs. 1 Nr. 1 genannten Tathandlungen zusätzlich die Tatbestände der Einfuhr und der Ausfuhr.
- 427 Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts¹¹⁷⁸ ist § 30a Abs. 1 mit dem Grundgesetz vereinbar; es seien weder Art. 103 Abs. 2 und Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG, noch Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG iVm dem Übermaßverbot verletzt.
- 428 Für den **Begriff der Bande** iSd § 30 Abs. 1 Nr. 1 gilt nach Auffassung der Rechtsprechung nichts anderes als in den §§ 244 Abs. 1 Nr. 3 (Bandendiebstahl),¹¹⁷⁹ 250 Abs. 1 Nr. 4 StGB (Bandenraub),¹¹⁸⁰ § 260 StGB (Bandenhellerei)¹¹⁸¹ und § 373 Abs. 2 Nr. 3

¹¹⁷⁵ BGH StV 1994, 22.

¹¹⁷⁶ BGH StV 1983, 152; BGH NSStZ 1991, 375, 376; BGH StV 1990, 355.

¹¹⁷⁷ So waren sich der 2. Strafsenat des BGH StV 1984, 471 und der 4. Strafsenat des BGH (BGH Urt. v. 11.7.1991 – 4 StR 302/91 = bei Schmidt MDR 1991, 1111, 1113 f.) auch vor Inkrafttreten des OrgKG einig, dass es nicht zulässig sei, einerseits einen minder schweren Fall der Einfuhr zu bejahen, andererseits aber den bei der Einfuhr inne gehaltenen Besitz als besonders schweren Fall zu bewerten und die Strafe deswegen dem § 29 Abs. 3 Nr. 4 aF zu entnehmen.

¹¹⁷⁸ BVerfG StV 1997, 407.

¹¹⁷⁹ Gem. § 243 Abs. 1 Nr. 6 StGB aF schon RGSt 66, 236; BGH MDR 1967, 369; BGHSt 23, 239 für § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB; BGHR StGB § 244 Abs. 1 Nr. 3 Bande.

¹¹⁸⁰ BGHR § 250 Abs. 1 Nr. 4 Bande 1.

¹¹⁸¹ BGH StV 1995, 254; BGH StV 1996, 547.

AO (Bandenschmuggel).¹¹⁸² Notwendig und ausreichend ist nach der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen vom 22.3.2001¹¹⁸³ der **Zusammenschluss von mindestens drei Personen**, die sich mit dem Willen zusammengeschlossen haben, **künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbstständige, im einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstyp zu begehen**. Weitere Voraussetzungen sind nicht erforderlich. Daher reicht die Begehung einer einzigen Tat aus,¹¹⁸⁴ wenn nur die Vereinbarung auf eine Mehrzahl von Taten abzielt.¹¹⁸⁵ Die Zusage einer einmaligen Tat, etwa einer Kurierfahrt, reicht dagegen nicht.¹¹⁸⁶ Die frühere Rechtsprechung, wonach der Zusammenschluss von zwei Personen als ausreichend angesehen wurde, wurde damit aufgegeben und der in der Literatur geforderten Änderung der Auslegung des Bandenbegriffs Rechnung getragen.¹¹⁸⁷ Die zunächst für den Bereich des Bandendiebstahls ergangene Entscheidung wurde für das Betäubungsmittelstrafrecht ausdrücklich wiederholt¹¹⁸⁸ und in zahlreichen weiteren Entscheidungen bestätigt.¹¹⁸⁹ Dass der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs es allerdings für denkbar hält, dass eine Strafkammer – des LG Mannheim – auch noch 6 Jahre nach diesen Grundsatzentscheidungen von einer „Zweierbande“ ausging,¹¹⁹⁰ ist indessen erstaunlich.

Die **Motive des Gesetzgebers** für die Strafschärfung bei den Bandendelikten sollen zum einen in der besonderen Gefährlichkeit der Bandenabrede liegen, zum anderen in der konkreten Gefährlichkeit der bandenmäßigen Tatbegehung für das geschützte Rechtsgut.¹¹⁹¹ Die abstrakte Gefährlichkeit soll aus der engen Bindung der Bandenmitglieder untereinander folgen, die einen ständigen Anreiz zur Fortsetzung der kriminellen Tätigkeit bildete.¹¹⁹² Die konkrete Gefährlichkeit hat sich bei Bandendelikten, die – wie in §§ 30 Abs. 1 Nr. 1, 30a Abs. 1 – kein Mitwirkungsmerkmal enthalten, zwar bereits realisiert, wenn nur ein Bandenmitglied handelt;¹¹⁹³ dennoch wird auch hier die Gefährlichkeit im Hinblick auf die Beteiligung von mindestens zwei weiteren Tätern, die gegebenenfalls eingreifen können, als merklich erhöht angesehen.¹¹⁹⁴

Einer ausdrücklichen Abrede bedarf es für die bandenmäßige Begehung nicht, es genügen auch **stillschweigende Absprachen**.¹¹⁹⁵ Ebenso wenig ist es erforderlich, dass sich sämtliche Mitglieder einer Bande persönlich verabredet haben und sich untereinander kennen.¹¹⁹⁶ Eine **bindende Verpflichtung** ist **nicht notwendig**.¹¹⁹⁷ Der Bandenabrede steht auch nicht entgegen, dass die Beteiligten unter einander familiär oder in sonstiger Weise persönlich verbunden sind.¹¹⁹⁸ Obwohl die auch nur stillschweigende Abrede zum Zusammenschluss ernsthaft darauf ausgerichtet sein muss, künftig für eine gewisse Dauer mehrere, im einzelnen noch ungewisse Straftaten der in den §§ 30 Abs. 1 Nr. 1, 30a Abs. 1

¹¹⁸² BGHSt 38, 26.

¹¹⁸³ BGHSt 46, 321 mAnm Endriß/Kinzig NJW 2001, 3217.

¹¹⁸⁴ BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 12

¹¹⁸⁵ BGHR BtMG § 30 Abs. 1 Nr. 1 Bandenmitglied 1.

¹¹⁸⁶ BGH StV 2006, 136.

¹¹⁸⁷ Hierzu ausführlich in der 2. Aufl. Rn. 478 f.

¹¹⁸⁸ BGH StV 2001, 407.

¹¹⁸⁹ Z. B. BGH NStZ 2002, 318; BGH StV 2005, 555; BGH StV 2006, 639.

¹¹⁹⁰ BGH StraFo 2007, 387: „Möglicherweise ist die Strafkammer aber auch davon ausgegangen, dass schon der Angeklagte und W allein eine Bande bilden würden.“

¹¹⁹¹ BGH NStZ 2006, 175; aus diesem Grund scheint die Forderung von Sobota NStZ 2013, 509 nach einer teleologischen Reduktion des Bandenbegriffs beim Anbau zum Eigenkonsum berechtigt.

¹¹⁹² BGH NStZ 2002, 318.

¹¹⁹³ BGH NStZ 2001, 421.

¹¹⁹⁴ BGH NStZ 2006, 174, 175.

¹¹⁹⁵ BGH StV 1995, 624; BGH NStZ 1996, 442; BGH NStZ 2006, 174.

¹¹⁹⁶ BGH NStZ 2006, 174.

¹¹⁹⁷ BGH NStZ 2007, 339.

¹¹⁹⁸ BGH NStZ 2007, 339.