BayObLG, Beschluss v. 05.12.2022 – 207 StRR 335/22

Titel:

Versuchsbeginn beim versuchten Erwerb von Betäubungsmitteln

Normenketten:

BtMG § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Alt. 9, Abs. 2

StGB § 22

Leitsätze:

1. Im Fall des versuchten Erwerbes von Betäubungsmitteln ist eine unmittelbare Gefährdung des geschützten Rechtsguts und damit der Versuchsbeginn iSd § 22 StGB gegeben, wenn der Drogenverkäufer vereinbarungsgemäß die Ware bei der Post aufgibt. Nicht ausreichend ist hingegen die Übergabe an die "Versandabteilung" des Verkäufers, weil die Betäubungsmittel damit dessen alleinigen Einflussbereich noch nicht verlassen haben. (Rn. 9 – 17) (red. LS Alexander Kalomiris)

2. Kein strafbarer Versuch des Erwerbs von Betäubungsmitteln, sondern eine bloße Vorbereitungshandlung liegt vor, wenn bei einer Bestellung im Darknet nicht feststellbar ist, dass der Verkäufer die bestellte Ware bei der Post aufgegeben hat. (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Versuch, Versuchsbeginn, versuchter Erwerb von Betäubungsmitteln, Aufgabe zur Post, Versandabteilung, Einflussbereich des Verkäufers

Vorinstanz:

AG Freising, Urteil vom 21.07.2022 – 5 Ds 502 Js 4456/21

Fundstellen:

JR 2023, 449

StV Spezial 2023, 49

LSK 2022, 37871

BeckRS 2022, 37871

Tenor

I. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Amtsgerichts Freising vom 21. Juli 2022 samt den ihm zugrunde liegenden Feststellungen

1. soweit der Angeklagte wegen versuchten Erwerbs von Betäubungsmitteln hinsichtlich der Taten vom 10. Oktober 2019 (Urteilsgründe Ziff. II, 1), 18. Februar 2020 (Ziff. II, 2), 03. Februar 2020 (Ziff. II, 3) und 06. Februar 2020 (Ziff. II, 4) verurteilt wurde

2. im Gesamtstrafenausspruch.

aufgehoben.

Im Übrigen wird die Revision des Angeklagten als unbegründet verworfen.

II. Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur erneuten Verhandlung und Entscheidung auch über die Kosten des Revisionsverfahrens an einen anderen Strafrichter des Amtsgerichts Freising zurückverwiesen.

Gründe

I.

1

Das Amtsgericht Freising hat den Angeklagten mit Urteil vom 21. Juli 2022 wegen vorsätzlichen unerlaubten Erwerbs von Betäubungsmitteln in Tatmehrheit mit versuchtem vorsätzlichen Erwerb von Betäubungsmitteln in 11 tatmehrheitlichen Fällen zu einer Gesamtgeldstrafe von 180 Tagessätzen zu je 15 € verurteilt.

2

Gegen dieses Urteil legte der Angeklagte zunächst mit am 28. Juli 2022 eingegangenem Verteidigerschriftsatz Berufung ein, die er nach am 13. August 2022 erfolgter Urteilszustellung mit am gleichen Tage eingegangenem Verteidigerschriftsatz vom 03. September 2022 als Sprungrevision bezeichnete. Er beantragt, das Urteil des Amtsgerichts aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an eine andere Abteilung des Amtsgerichts Freising zurückzuverweisen.

3
Die Generalstaatsanwaltschaft hat unter dem 09. November 2022 beantragt, die Revision im Beschlusswege nach § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet zu verwerfen.

II.

4
1. Die Revision ist als „Sprungrevision“ gegen das Urteil des Amtsgerichts Freising vom 21. Juli 2022 zulässig.

5
Wenn ein Urteil sowohl mit der Berufung als auch mit der (Sprung-) Revision angefochten werden kann (§ 335 StPO), ist der Übergang vom Rechtsmittel der Berufung zum Rechtsmittel der Revision grundsätzlich auch dann noch zulässig, wenn der Rechtsmittelführer sein Rechtsmittel - wie hier - bereits ausdrücklich als Berufung bezeichnet hat, vorausgesetzt, die für den Übergang erforderliche Erklärung erfolgt innerhalb der Revisionsbegründungsfrist des § 345 Abs. 1 StPO. Dies ist der Fall, nachdem die Revisionsbegründungsfrist am 13. September 2022 endete und die Sprungrevision am 03. September 2022 beim Amtsgericht einging. Die Erklärung des Übergangs ist eine Rechtsmitteleinlegung und wie diese zu behandeln. Sie ist ebenso wie die Revisionsbegründung grundsätzlich bei dem Gericht anzubringen, das das angegriffene Urteil erlassen hat (BGH, Beschluss vom 25. Januar 1995, 2 StR 456/94, BGHSt 40, 395, Rn. 14 - juris).

6
Das mithin zulässig als Revision bezeichnete Rechtsmittel ist als unbeschränkt eingelegt zu verstehen, da sich der Revisionsantrag auf die Aufhebung des amtsgerichtlichen Urteils insgesamt richtet.

7
2. Die Revision erweist sich hinsichtlich der Verurteilung des Angeklagten wegen versuchten Erwerbs von Betäubungsmitteln (§§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Alt. 9, Abs. 2 BtMG, 22, 23 StGB) hinsichtlich der Taten vom 10. Oktober 2019 (Urteilsgründe Ziff. II, 1.), 18. Februar 2020 (Ziff. II, 2), 03. Februar 2020 (Ziff. II, 3) und 06. Februar 2020 (Ziff. II, 4) als begründet. Die Sache war insoweit im Beschlusswege an einen anderen Strafrichter des Amtsgerichts Freising zurückzuverweisen, §§ 349 Abs. 4, 354 Abs. 2 S. 1 StPO.

8
Die Urteilsgründe tragen den Schuldspruch im vorstehenden Umfang nicht, da danach nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Erwerb der Rauschmittel durch den Angeklagten jeweils im Vorbereitungsstadium steckengeblieben ist.

9
Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar ansetzt (§ 22 StGB). Ein unmittelbares Ansetzen besteht in einem Verhalten des Täters, das nach seinem Tatplan in ungestörtem Fortgang ohne weitere Zwischenschritte zur Tatbestandsverwirklichung führen oder in einem unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr stehen soll; dies kann schon gegeben sein, bevor der Täter eine der Beschreibung des gesetzlichen Tatbestands entsprechende Handlung vornimmt (vgl. BGH, Beschluss vom 28. April 2020 - 5 StR 15/20 - NJW 2020, 2570, mwN).

10
Das von dem Täter zur Verwirklichung seines Vorhabens Unternommene muss zu dem in Betracht kommenden Straftatbestand in Beziehung gesetzt werden. Ob er zu der in diesem Sinne „entscheidenden“ Rechtsverletzung angesetzt hat oder sich noch im Stadium der Vorbereitung befindet, hängt von seiner Vorstellung über das „unmittelbare Einmünden“ seiner Handlungen in die Erfolgsverwirklichung ab. Gegen ein Überschreiten der Schwelle zum Versuch spricht es im Allgemeinen, wenn es zur Herbeiführung des tatbestandlichen Erfolges noch eines neuen Willensimpulses bedarf. Wesentliches Kriterium für die

Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Versuchsstadium ist, inwieweit das geschützte Rechtsgut aus Sicht des Täters konkret gefährdet ist (ständige Rechtsprechung, z.B. BGH, Beschluss vom 19. Mai 2021 - 6 StR 28/21 -, juris, mwN).

11
Vorliegend strebte der Angeklagte den Erwerb von Betäubungsmitteln an. Der Erwerb i.S.v. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Alt. 9 BtMG ist ein Erfolgsdelikt. Der Erfolg ist eingetreten, wenn der Erwerber die tatsächliche Verfügungsmacht über das Betäubungsmittel auf abgeleitetem Wege, d.h. im einverständlichen Zusammenwirken mit dem Vorbesitzer erlangt hat und die Verfügungsmacht ausüben kann (BGH, Beschluss vom 11. Januar 2022 - 3 StR 416/21 -, juris; Weber, Kornprobst, Maier, Komm. z. BtMG, 6. Aufl., Rn. 1195 ff, jeweils m.w.N.).

12
Eine unmittelbare Gefährdung des geschützten Rechtsguts in diesem Sinne setzt ein, wenn der Drogenverkäufer vereinbarungsgemäß die Ware bei der Post aufgibt. In diesem Augenblick ist nach der Vorstellung beider Vertragspartner alles geschehen, um die Tatbestandsverwirklichung herbeizuführen. Die Aufgabe der Sendung bei der Post mündet unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung ein. Zwar muss die Sendung noch vom Postzusteller dem Besteller ausgehändigt bzw. in seinen Briefkasten eingeworfen werden. Diese Maßnahme stellt aber keinen wesentlichen Zwischenschritt mehr dar, da bei ungestörtem Fortgang der Eingang der Sendung beim Adressaten eine - hier auch der Vorstellung der Vertragspartner entsprechende - regelmäßige Folge von deren Aufgabe bei der Post ist. Schließlich wäre mit einer natürlichen Betrachtungsweise des Posttransportvorgangs nicht vereinbar, die zahlreichen verschiedenen Stufen der Behandlung einer Sendung aufzugliedern und als selbständige Zwischenschritte anzusehen (Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 25. April 1994, 4 StRR 48/94 - juris; so auch BGH, Beschluss vom 11. Januar 2022 - 3 StR 416/21 -, juris).

13
An einer Aufgabe der bestellten Rauschmittel zur Post - oder einer vergleichbaren Situation - fehlt es jedoch bei den unter Ziff II 1 bis 4 des angegriffenen Urteils bezeichneten Fällen.

14
Das Amtsgericht hat festgestellt, dass der Angeklagte zu den vorgenannten Zeitpunkten auf einer „Darknet-Plattform“ jeweils 2 Gramm Kokain (Ziff. II 1 - 3) bzw. 5 Gramm Haschisch (Ziff. II. 4) bestellte und zugleich per Mausklick bezahlte, woraufhin der anderweitig Verfolgte A. die anderweitig Verfolgten B. und C. mittels E-Mail mit der Versendung des jeweiligen Rauschmittels beauftragte. Dass dieses jeweils zur Post gegeben wurde oder beim Angeklagten ankam, ist in den vorgenannten Fällen nicht festgestellt worden.

15
Das Amtsgericht hat zwar festgestellt, dass die Auftragserteilung „nach dem vom Zeugen D. geschilderten üblichen und ungestörten Fortgang der Dinge nach der Vorstellung beider Vertragspartner zur Verpackung des bereits vorhandenen Betäubungsmittels und Einlieferung bei der Post“ führte (UA S. 9).

16
Nach den gesamten Urteilsfeststellungen kann die Beauftragung der „Versandabteilung“, nämlich der anderweitig Verfolgten B. und C. durch den Haupttäter A., mit der Aufgabe der vom Angeklagten bestellten Betäubungsmittel zur Post - welche wie ausgeführt regelmäßig den Beginn des versuchten Erwerbs darstellt - jedoch gerade nicht gleichgesetzt werden. Dies würde nämlich jedenfalls voraussetzen, dass die jeweiligen Sendungen mit einer der Post vergleichbaren Sicherheit ohne weitere Zwischenschritte den Empfänger erreichten. Eben daran fehlt es: Wie sich den Urteilsfeststellungen entnehmen lässt, konnte gerade nicht festgestellt werden, dass die vier gegenständlichen Sendungen den Angeklagten erreicht haben. Das urteilsgegenständliche Geschehen (Erwerb von Betäubungsmitteln durch „Internet-Bestellungen“ des Angeklagten) setzte sich danach noch bis in den März 2021 - also über ein weiteres Jahr - fort, ohne dass der Zugang der vom Oktober 2019 bis Februar 2020 bestellten Rauschmittel beim Angeklagten feststellbar gewesen wäre. Auch wurden die Rauschmittel - anders als in den anderen entschiedenen Fällen - nicht bei der Post polizeilich sichergestellt. Damit kann auf Grund der bisherigen Feststellungen nicht ausgeschlossen werden, dass die „Versandabteilung“ eben nicht „zuverlässig wie die Post“ arbeitete, sondern - aus welchem Grund auch immer - Sendungen zurückhielt, und dies - wie die vier Fälle beweisen - nicht nur in vereinzelten Ausnahmefällen.

17
Überdies bedurfte es noch der Dosierung und Portionierung der Rauschmittel, ihrer - naturgemäß den Inhalt verschleiernden - Verpackung und schließlich der Aufgabe zur Post, also weiterer Zwischenschritte in der Sphäre des Versenders. Solange aber die Rauschmittel dessen alleinigen Einflussbereich nicht verlassen haben, liegt der Beginn des Versuchs, der zur tatsächlichen Verfügungsmacht des Käufers führen soll, nicht vor. Dies gilt auch, wenn der Versender arbeitsteilig mit Anderen zusammenarbeitet.

18
Das Urteil war daher hinsichtlich der Verurteilung des Angeklagten wegen versuchten Erwerbs von Betäubungsmitteln (§§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Alt. 9, Abs. 2 BtMG, 22, 23 StGB) hinsichtlich der Taten vom 10. Oktober 2019 (Urteilsgründe Ziff. II, 1.), 18. Februar 2020 (Ziff. II, 2), 03. Februar 2020 (Ziff. II, 3) und 06. Februar 2020 (Ziff. II, 4) einschließlich der diesbezüglichen Feststellungen aufzuheben und die Sache an einen anderen Amtsrichter des Amtsgerichts Freising zurückzuverweisen.

19
Ein diesbezüglicher Freispruch durch den Senat kam nicht in Betracht, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass weitere Feststellungen, insbesondere betreffend die Aufgabe der bestellten Rauschmittel zur Post z.B. durch die Einvernahme der anderweitig Verfolgten A., B. und C., doch eine Versuchsstrafbarkeit des Angeklagten belegen. Allerdings liegt eine Einstellung gem. § 154 Abs. 2 StPO nach Auffassung des Senats nicht fern.

20
Obwohl das Amtsgericht die Einzelgeldstrafen, die in ihrer Summe 530 Tagessätze erreichen, sehr straff zu einer Gesamtgeldstrafe von 180 Tagessätzen zusammengezogen hat, konnte der Senat auch nicht völlig ausschließen, dass der Wegfall von Einzelstrafen i.H.v. dreimal 50 und einmal 20 Tagessätzen zu einer niedrigeren Gesamtgeldstrafe geführt hätte, so dass auch die ausgeworfene Gesamtgeldstrafe aufzuheben war.

21
3. Der Schuldspruch wegen vorsätzlichen unerlaubten Erwerbs von Betäubungsmitteln in Tatmehrheit mit (noch) 7 tatmehrheitlichen Fällen des versuchten Erwerbs von Betäubungsmitteln begegnet ebenso wie die Erwägungen des Amtsgerichts zum Strafmaß keinen rechtlichen Bedenken. Hinsichtlich des Beginns der Versuchstaten, bei denen die Betäubungsmittel nach den Urteilsfeststellungen jeweils nach ihrer Aufgabe zur Post sichergestellt wurden, wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

22
Insoweit war daher entsprechend dem Antrag der Generalstaatsanwaltschaft und unter Bezugnahme auf dessen Begründung gem. § 349 Abs. 2 StPO zu verfahren.