



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

1 StR 409/17

vom
7. September 2017
in der Strafsache
gegen

wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer
Menge

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Beschwerdeführers und des Generalbundesanwalts – zu 1. a) und 2. auf dessen Antrag – am 7. September 2017 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO und entsprechend § 354 Abs. 1 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Würzburg vom 16. Mai 2017
 - a) im Schuldspruch dahingehend abgeändert, dass der Angeklagte des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge schuldig ist,
 - b) im Strafausspruch mit den Feststellungen aufgehoben.
2. Die weitergehende Revision wird als unbegründet verworfen.
3. 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:

1. Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren verurteilt. Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit seiner auf die Verletzung materiellen Rechts gestützten Revision. Das Rechtsmittel

hat in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

2 1. Nach den Feststellungen reiste der Angeklagte am Abend des 23. Oktober 2016 mit der Bahn zunächst von Utrecht (Niederlande) über Duisburg nach Frankfurt am Main und von dort aus weiter nach Würzburg. Jedenfalls kurz nachdem der Zug den Hauptbahnhof von Duisburg verlassen hatte, war der Angeklagte im Besitz einer erheblichen Menge von Betäubungsmitteln, die er in seinem Rucksack verstaut hatte. Der Angeklagte beabsichtigte, durch die Übergabe der Betäubungsmittel an eine unbekannt gebliebene Person im Bahnhofsbereich von Würzburg einen Gewinn von mindestens 2.500 Euro zu erzielen. Noch bevor es zu einer Übergabe kommen konnte, wurde er jedoch im Bereich des Hauptbahnhofs einer Personenkontrolle unterzogen und nach einem erfolglosen Fluchtversuch festgenommen. Hierbei wurden bei ihm große Mengen an Amphetamin, Heroin und Kokain – insgesamt des 59-fache einer nicht geringen Menge an Betäubungsmitteln – sichergestellt.

3 2. Die vom Landgericht getroffenen Feststellungen tragen eine Verurteilung wegen täterschaftlichen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG) nicht. Sie belegen lediglich den Tatbestand des Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG) in Tateinheit mit Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG, § 27 StGB). Der Senat ändert daher den Schuldspruch entsprechend ab. § 265 StPO steht dem nicht entgegen, da sich der geständige Angeklagte nicht anders als geschehen hätte verteidigen können. Hierzu hat der Generalbundesanwalt in seiner Antragsschrift zutreffend ausgeführt:

„Die Annahme täterschaftlichen Handeltreibens, die zu begründen die Strafkammer nicht unternommen hat (UA S. 21), wird durch die Feststellungen nicht getragen.

- a) Die Strafkammer ist der Einlassung des Angeklagten gefolgt, er habe sich in den Niederlanden wegen eigenen Betäubungsmittelkonsums verschuldet und deshalb Drogenfahrten durchführen 'müssen' (UA S. 17, 19f.). So sei er aufgefordert worden, am 23. Oktober 2016 mit einem bestimmten Zug von Utrecht nach Duisburg zu fahren, dort von einer Kontaktperson Drogen zu übernehmen, diese im Zug nach Würzburg zu transportieren und dort einer weiteren Person zu übergeben, von der er als Entlohnung 2.500,- Euro erhalten sollte. Diesen Auftrag habe er ausgeführt bis er in Würzburg in eine Polizeikontrolle geraten und festgenommen worden sei (UA S. 17). Auch insoweit ist die Kammer der Einlassung des Angeklagten gefolgt (UA S. 14 f, 19).
- b) Ob die Beteiligung am Handeltreiben mit Betäubungsmitteln als Mittäterschaft oder Beihilfe zu bewerten ist, folgt nach ständiger Rechtsprechung den allgemeinen Grundsätzen der Abgrenzung zwischen diesen beiden Beteiligungsformen. Mittäter ist, wer nicht nur fremdes Tun fördert, sondern einen eigenen Tatbeitrag derart in eine gemeinschaftliche Tat einfügt, dass sein Tatbeitrag als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung seines eigenen Tatanteils erscheint. Ob ein derart enges Verhältnis des Beteiligten zur Tat besteht, ist nach den gesamten Umständen in wertender Betrachtung zu beurteilen, wobei wesentliche Anhaltspunkte im Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, dem Umfang der Tatbeteiligung, der Tatherrschaft oder jedenfalls dem Willen hierzu liegen können. Bei Rauschgiftkurieren ist vor allem zu prüfen, welche Bedeutung der Tatbeitrag im Rahmen des Gesamtgeschäfts hat. Mittäterschaftliches Handeltreiben wird daher vor allem dann in Betracht kommen, wenn der Beteiligte erhebliche, über den Transport hinausgehende Tätigkeiten entfaltet, insbesondere am An- oder Verkauf der Betäubungsmittel unmittelbar beteiligt ist oder sonst ein eigenes Interesse am Schicksal des Gesamtgeschäfts hat, weil er eine Beteiligung am Umsatz oder dem Gewinn erhalten soll (st.Rspr.; vgl. die Nachweise bei Patzak in Körner/Patzak/Volkmer BtMG 7. Aufl. § 29 Teil 4 Rdnr. 218).

- c) Vorliegend ist keiner der in Betracht kommenden Anhaltspunkte für täterschaftliches Verhalten gegeben. Der Tatbeitrag des Angeklagten beschränkte sich nach den Feststellungen darauf, als Glied einer Lieferkette nach engen Vorgaben Betäubungsmittel von Duisburg nach Würzburg zu transportieren. Dass er mit An- oder Verkauf der Betäubungsmittel zu tun gehabt hätte, ist nicht festgestellt. Bei der Entlohnung handelte es sich um einen zwar hohen, aber der Menge der Betäubungsmittel (UA S. 15) entsprechenden Fixbetrag, der unabhängig vom Schicksal des Gesamtgeschäftes versprochen war. Da auszuschließen ist, dass ein neuer Tatrichter Feststellungen treffen kann, die die Annahme täterschaftlichen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge tragen könnten, ist der Schuldspruch insoweit auf Beihilfe umzustellen.
- d) Mit dem Wegfall der Verurteilung wegen täterschaftlichen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge lebt der gleichfalls verwirklichte Tatbestand des Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge im Sinne des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG wieder auf, da Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln mit täterschaftlichem Besitz derselben gemäß § 52 StGB in Tateinheit steht (st.Rspr., vgl. nur BGH, Beschluss vom 2. Oktober 2008 – 3 StR 352/08, NStZ-RR 2009, 58; Beschluss vom 3. Juli 2014 – 4 StR 240/14, juris).“

4 3. Die Abänderung des Schuldspruchs zieht die Aufhebung des Strafausspruchs nach sich.

5 Zwar bestimmt sich der Strafraum auch für den geänderten Schuldspruch im Hinblick auf den unerlaubten Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nach § 29a Abs. 1 BtMG. Das Landgericht ist jedoch bei der Strafzumessung innerhalb dieses Strafraums von einem zu hohen Schuldgehalt ausgegangen. Der Senat kann daher nicht ausschließen, dass das Landgericht bei zutreffender rechtlicher Würdigung des festgestellten Sachverhalts eine niedrigere Freiheitsstrafe verhängt hätte. Insbesondere liegt kein Fall

