



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

3 StR 280/09

vom
24. September 2009
in der Strafsache
gegen

1.

2.

wegen zu 1.: Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge u. a.

zu 2.: Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung der Beschwerdeführer und des Generalbundesanwalts - zu 1. a) mit dessen Zustimmung, zu 3. auf dessen Antrag - am 24. September 2009 gemäß § 154 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2, § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten O. gegen das Urteil des Landgerichts Bückeburg vom 18. Februar 2009 wird
 - a) die Strafverfolgung gegen diesen Angeklagten gemäß § 154 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 StPO in den Fällen II. 1 bis 4 der Urteilsgründe jeweils auf den Vorwurf der Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln beschränkt;
 - b) der Schuldspruch in den Fällen II. 1 bis 4 der Urteilsgründe dahin geändert, dass der Angeklagte O. jeweils der Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln schuldig ist.
2. Auf die Revision der Angeklagten L. wird das vorgenannte Urteil, soweit es sie betrifft, im Schuldspruch dahin geändert, dass die Angeklagte
 - a) in den Fällen II. 1 bis 4 der Urteilsgründe jeweils des Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zur Einfuhr von Betäubungsmitteln in

nicht geringer Menge und mit Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln

sowie

- b) im Fall II. 5 der Urteilsgründe der Beihilfe zur Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge

schuldig ist.

3. Die weitergehenden Revisionen werden verworfen.
4. Jeder Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten O. wegen "unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in fünf Fällen" zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt. Gegen die Angeklagte L. hat es wegen "Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in fünf Fällen" auf eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und drei Monaten erkannt. Dagegen wenden sich die Beschwerdeführer mit ihren Revisionen, mit denen beide die Ver-

letzung sachlichen Rechts rügen; der Angeklagte O. beanstandet zudem das Verfahren.

2 Die Rechtsmittel führen - nach teilweiser Beschränkung der Strafverfolgung gegen den Angeklagten O. - zu den aus der Beschlussformel ersichtlichen Schuldspruchänderungen. Darüber hinaus bleiben sie aus den Gründen der Zuschriften des Generalbundesanwalts vom 26. Juni 2009 ohne Erfolg (§ 349 Abs. 2 StPO).

3 I. Das Landgericht hat folgende Feststellungen getroffen: Der Angeklagte O. führte in vier Fällen 38 Gramm (Fall II. 1 der Urteilsgründe) bzw. 30-50 Gramm (Fälle II. 2 bis 4 der Urteilsgründe) einer Heroinzubereitung mit einem Wirkstoffgehalt von jeweils mindestens 1,5 Gramm Heroinhydrochlorid aus den Niederlanden nach Deutschland ein, wo er es der Angeklagten L. übergab. Die Hälfte dieser Betäubungsmittel war für den gewinnbringenden Verkauf bestimmt; diese wog und verpackte die Angeklagte L. zu verkaufsfertigen Portionseinheiten. Anschließend half sie dem Angeklagten O. bei dem Verkauf des Heroins, indem sie Bestellungen von Käufern entgegennahm und an ihn weiterleitete sowie bei russischsprachigen Interessenten dolmetschte. Die andere Hälfte verbrauchte die Angeklagte L. für sich.

4 Im Fall II. 5 der Urteilsgründe führte der Angeklagte O. 50,61 Gramm Heroin mit einem Wirkstoffgehalt von 13,06 Gramm Heroinhydrochlorid nach Deutschland ein. Hierbei fuhr er - wie auch schon bei den vorangegangenen Taten - mit einem geliehenen Pkw, den ihm die Angeklagte L. in Kenntnis des Zwecks der Fahrten vermittelt hatte. Auf der Rückfahrt wurde er in Deutschland vorläufig festgenommen; die Drogen wurden sichergestellt.

5 II. Auf der Grundlage dieser Feststellungen haben die Schuldsprüche
keinen Bestand.

6 1. Dies gilt zunächst, soweit in den Fällen II. 1 bis 4 der Urteilsgründe der
Angeklagte O. wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln
in nicht geringer Menge und die Angeklagte L. jeweils wegen Beihilfe hierzu
verurteilt worden ist.

7 Von dem Heroin, das der Angeklagte O. in diesen Fällen in den
Niederlanden erwarb und nach Deutschland einfuhrte, war der Anteil, den die
Angeklagte L. für ihren Eigenverbrauch erhielt, nicht zum gewinnbringenden
Weiterverkauf bestimmt. Die Strafkammer hat nicht festgestellt, dass der Ange-
klagte O. ihr die Drogen gewinnbringend verkaufte, sie überhaupt an sie
veräußerte oder beim Erwerb in den Niederlanden noch beabsichtigt hatte, mit
der Gesamtmenge Handel zu treiben. Wird aber eine nicht geringe Menge ei-
nes Betäubungsmittels erworben, die sodann - wie von vornherein beabsich-
tigt - aufgeteilt und unterschiedlichen Verwendungen zugeführt wird, so richtet
sich die rechtliche Bewertung dieses Vorgangs nach der unterschiedlichen
Zweckbestimmung der jeweiligen Teilmenge (BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1
Konkurrenzen 5).

8 a) Danach hat der Angeklagte O. tateinheitlich zur unerlaubten Ein-
fuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gemäß § 30 Abs. 1 Nr. 4
BtMG nur mit der dazu bestimmten Hälfte des eingeführten Heroins Handel ge-
trieben; weil dieser Anteil nach den Feststellungen einen Wirkstoffgehalt von
0,75 Gramm Heroinhydrochlorid enthielt und damit unterhalb des Grenzwerts
der nicht geringen Menge lag, hat der Angeklagte insoweit lediglich den Verge-
henstatbestand des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln gemäß
§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG verwirklicht.

9 Hinsichtlich der anderen Hälfte des in den Niederlanden angekauften und der Angeklagten L. in Deutschland ausgehändigten Heroins gilt Folgendes:

10 aa) Bei dem Erwerb dieser Teilmenge durch den Angeklagten O. mit dem Ziel, sie der Mitangeklagten L. ohne Gegenleistung zu überlassen, handelt es sich wegen der serbischen Staatsangehörigkeit des Angeklagten O. um die Auslandstat eines Ausländers, für die das deutsche Strafrecht nicht gilt; denn der Vertrieb von Betäubungsmitteln im Sinne des § 6 Nr. 5 StGB umfasst den Erwerb von Rauschgift im Ausland nur dann, wenn sich dieser als unselbständiger Teilakt eines Handeltreibens mit Betäubungsmitteln, also eines eigennützigen Tätigwerdens darstellt (vgl. BGHSt 34, 1; BGH StV 1992, 65, 66 jew. für den Erwerb zum Eigenverbrauch).

11 Außerdem träte das Vergehen des Erwerbs von Betäubungsmitteln gemäß § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG ohnehin hinter dem Verbrechenstatbestand des Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nach § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG zurück (vgl. BGH NStZ 1994, 548; BGHR BtMG § 29 a Abs. 1 Nr. 2 Besitz 3; OLG Düsseldorf OLGSt BtMG § 29 a Nr. 2; Weber, BtMG 3. Aufl. § 29 a Rdn. 170; Rahlf in MünchKomm-StGB § 29 a BtMG Rdn. 91). Dieser wiederum ginge wegen seines grundsätzlichen Charakters als Auffangtatbestand in dem mit einer höheren Mindestfreiheitsstrafe bedrohten Verbrechenstatbestand der unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gemäß § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG auf (vgl. BGHSt 25, 385; 42, 162, 165 f.; Weber aaO § 29 Rdn. 1250; Kotz in MünchKomm-StGB § 29 BtMG Rdn. 562), so dass die Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge deren vorangegangenen Erwerb verdrängt (BGH NStZ 2008, 471; aA Winkler NStZ 2009, 433, 435).

12 bb) Soweit der Angeklagte O. sich in diesen Fällen durch die Weitergabe der Hälfte des Heroins an die Angeklagte L. zu deren Eigenkonsum gleichzeitig auch der unerlaubten Abgabe von Betäubungsmitteln gemäß § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG schuldig gemacht haben könnte, hat der Senat die Strafverfolgung mit Zustimmung des Generalbundesanwalts jeweils auf den Vorwurf der Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln beschränkt.

13 Der Senat neigt insoweit entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung (vgl. zum Veräußern: BGHR BtMG § 29 a Abs. 1 Nr. 2 Besitz 3) der Auffassung zu, dass in Fällen, wie sie hier zu beurteilen sind, die Abgabe der unterhalb des Grenzwerts zur nicht geringen Menge liegenden Betäubungsmittel - wie das Handeltreiben - zu dem Delikt der Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit steht. Das beruht auf folgenden Erwägungen:

14 Zunächst besteht zwischen dem Handeltreiben und der Abgabe hier keine Bewertungseinheit (vgl. dazu etwa BGHSt 30, 28, 31), weil das für die Angeklagte L. bestimmte Heroin zu keiner Zeit zur gewinnbringenden Veräußerung vorgesehen war. Aus diesem Grund kann auch der gemeinsame Erwerb der Betäubungsmittel das Handeltreiben mit der einen Hälfte und die Abgabe der anderen nicht zu einer einheitlichen Tat des Handeltreibens verbinden.

15 Die Abgabe der Betäubungsmittel gemäß § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG wird - anders als der Erwerb - auch nicht von dem Verbrechenstatbestand der Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gemäß § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG verdrängt. Mit der Einstufung des Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge als Verbrechen nach § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG durch das Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität (OrgKG) vom 9. September 1992

(BGBl I 1302, 1305) sollte der abstrakten Gefahr der Weitergabe von Betäubungsmitteln an Dritte Rechnung getragen werden, die insbesondere von einer nicht geringen Menge ausgeht (BGHSt 42, 162, 165; BGHR BtMG § 29 a Abs. 1 Nr. 2 Besitz 3). Dies mag es nach allgemeinen Grundsätzen rechtfertigen, Vergehen nach § 29 BtMG, die im Vorfeld der Besitzbegründung liegen oder dazu führen, in dem Verbrechenstatbestand nach § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG aufgehen zu lassen. Der Bereich der abstrakten Gefährdung, der den Grund für die Verbrechensstrafbarkeit des Besitzes einer nicht geringen Rauschgiftmenge bildet, ist jedoch verlassen, wenn durch die Weitergabe der Betäubungsmittel an Dritte eine konkrete Gefahr begründet wird (vgl. BGHSt 42, 162, 166). Deshalb kann in diesen Fällen der Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge auch den Grundtatbestand des § 29 Abs. 1 BtMG nicht verdrängen; die Delikte stehen vielmehr in Tateinheit zueinander. Dieses Konkurrenzverhältnis ist für den Fall, dass zum Besitz der Betäubungsmittel in nicht geringer Menge das Handeltreiben mit einer unterhalb dem Grenzwert liegenden Menge hinzutritt, anerkannt (BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Konkurrenzen 5; BGH, Beschl. vom 2. Dezember 1997 - 1 StR 698/97; Weber aaO Rdn. 163; Zschockelt NSTz 1998, 238, 240). Nichts anderes darf dann für die sonstigen Delikte gelten, durch die der Kreis der Personen, die auf das Rauschgift zugreifen können, erweitert wird (vgl. auch BGHSt aaO).

- 16 Wird aber die Abgabe von Betäubungsmitteln nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG nicht vom Besitz nach § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG verdrängt, ergibt sich auch aus dem Verhältnis zwischen Einfuhr und Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge kein Zurücktreten des im Anschluss an die Einfuhr verwirklichten Vergehens der Abgabe von Betäubungsmitteln. Dies gebietet nicht zuletzt die Klarstellungsfunktion des § 52 Abs. 1 StGB, weil nur so deutlich

wird, dass die gesamte nicht geringe Menge nicht nur in das Bundesgebiet eingeführt worden, sondern hier auch in den Verkehr gelangt ist.

17 b) Die Angeklagte L. hat in den Fällen II. 1 bis 4 der Urteilsgründe nur Beihilfe zu dem Vergehen des unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln gemäß § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG, § 27 StGB geleistet, weil nur die einen Wirkstoffgehalt unterhalb des Grenzwerts zur nicht geringen Menge enthaltende Hälfte des Heroin für den gewinnbringenden Verkauf durch den Angeklagten O. vorgesehen war.

18 Die Angeklagte L. hat darüber hinaus in diesen Fällen bezüglich der gesamten Betäubungsmittelmengen, die ihr der Angeklagte O. jeweils übergeben hatte, den Verbrechenstatbestand des unerlaubten Besizes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gemäß § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG verwirklicht. Dass die Taten in der Anklageschrift nicht auch unter diesem Gesichtspunkt gewürdigt worden waren und die Angeklagte L. nicht auch insoweit angeklagt worden war, steht - entgegen der Ansicht des Landgerichts - einer entsprechenden Verurteilung nicht entgegen. Aufgrund der umfassenden Kognitionspflicht des Tatrichters hatte die Strafkammer die angeklagten Taten, so wie sie sich nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung darstellten, ohne Bindung an die dem Eröffnungsbeschluss und der unverändert zugelassenen Anklage zugrunde liegende rechtliche Beurteilung erschöpfend abzuurteilen; dass sie dies unterließ, war rechtsfehlerhaft (BGH NStZ 2008, 471, 472). Aus diesem Grund ist auch der Senat nicht gehindert, den Schuldspruch dahingehend zu ändern.

19 Zugleich hat die Angeklagte L. dem Angeklagten O. aber auch Beihilfe zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG, § 27 StGB) geleistet, indem sie ihm in Kenntnis des

Zwecks der Fahrten die Gelegenheit vermittelte, sich das Fahrzeug für die Einfahrten zu leihen.

20 Das täterschaftlich begangene Delikt des Besitzes ist hier kein unselbständiges, im Handeltreiben aufgehendes Teilstück des Geschehens, weil die Angeklagte L. nicht in Täterschaft mit den Betäubungsmitteln Handel getrieben hat; liegt insoweit nur Beihilfe vor, so ist Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln möglich (BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 3 Konkurrenzen 1). Hier vermag zudem die Beihilfehandlung zu dem Vergehen des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln den täterschaftlich begangenen Verbrechenstatbestand des Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG) wegen der höheren Strafdrohung nicht zu einer Bewertungseinheit zu verbinden. Die Beihilfe zur unerlaubten Einfuhr mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge geht aus den gleichen Gründen ebenfalls nicht in der Beihilfe zum Handeltreiben auf (vgl. BGHSt 31, 163, 165 f.).

21 2. Im Fall II. 5 der Urteilsgründe hat der Schuldspruch hingegen Bestand, soweit die Angeklagten wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge bzw. Beihilfe dazu verurteilt worden sind, weil auch dann, wenn naheliegenderweise erneut die Hälfte des eingeführten Heroins für den Eigenkonsum der Angeklagten L. bestimmt gewesen wäre, der verbleibende Teil oberhalb des Grenzwertes zur nicht geringen Menge lag. Als rechtsfehlerfrei erweist sich auch die Verurteilung des Angeklagten O. wegen tateinheitlich begangener Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge.

22 Hinsichtlich der Angeklagten L. tritt hingegen auch in diesem Fall zu der Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge tateinheitlich die Beihilfe zur Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge hinzu (§ 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG, § 27 StGB). Die Beihilfehandlung liegt

hier einheitlich in der Vermittlung des Fahrzeugs, mit dem der Angeklagte O.

die Betäubungsmittel einführte. Die Annahme einer Bewertungseinheit scheidet aus, weil der Tatbestand des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge angesichts der niedrigeren Mindeststrafdrohung des § 29 a Abs. 1 BtMG als das weniger schwere Delikt erscheint und deshalb zwischen beiden Tateinheit anzunehmen ist (BGHSt 40, 73, 75). Dies gilt wegen ihrer Akzessorietät zur Haupttat auch für die durch eine Handlung begangene Beihilfe zu diesen beiden tateinheitlich verwirkten Delikten (vgl. Weber aaO vor § 29 Rdn. 274 f.).

23 3. Die durch die abweichende rechtliche Beurteilung der Taten notwendigen Änderungen der Schuldsprüche hat der Senat vorgenommen. § 265 StPO steht dem nicht entgegen, weil sich die Angeklagten nicht anders als geschehen hätten verteidigen können. Das Verschlechterungsverbot des § 331 StPO hindert die teilweise vorgenommene Verschärfung des Schuldspruchs ebenfalls nicht (Paul in KK 6. Aufl. § 331 Rdn. 2).

24 III. Die Strafaussprüche werden von den Schuldspruchänderungen nicht berührt.

25 1. Dies folgt hinsichtlich des Angeklagten O. bereits daraus, dass die Strafkammer den Strafraumen in den Fällen II. 1 bis 4 der Urteilsgründe zu- treffend der Vorschrift des § 30 Abs. 1 BtMG entnommen hat, der von der Schuldspruchänderung nicht betroffen ist. Bei der Prüfung eines minder schwe- ren Falles und bei der Bemessung der konkreten Strafhöhe hat das Landgericht vorrangig auf die Menge und die Gefährlichkeit der eingeführten Betäubungs- mittel sowie auf deren Weitergabe an einen Abnehmerkreis von mehreren Per- sonen abgestellt. Diese Erwägungen treffen unabhängig von der Weitergabe der Hälfte des Heroins an die Angeklagte L. zu. Der Senat kann deshalb und

auch angesichts der nur geringfügig über der jeweiligen Mindeststrafe liegenden Einzelstrafen ausschließen, dass die Strafkammer bei zutreffender rechtlicher Beurteilung mildere Einzelstrafen verhängt hätte.

26 2. Für die Angeklagte L. gilt Folgendes: Bei zutreffender rechtlicher Beurteilung hätte die Strafkammer wegen des täterschaftlich begangenen Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge die Einzelstrafen in den Fällen II. 1 bis 4 der Urteilsgründe dem Strafraumen des § 29 a Abs. 1 BtMG entnehmen müssen und diesen nicht gemäß § 27 Abs. 2, § 49 Abs. 1 StGB mildern dürfen. Die Mindeststrafe hätte danach in allen Fällen nicht unter einem Jahr Freiheitsstrafe betragen. Selbst wenn das Landgericht insoweit von einem minder schweren Fall ausgegangen wäre - dies liegt indes fern, da es die Annahme eines minder schweren Falles der Beihilfe zum Handeltreiben wegen der einschlägigen Vorstrafen der Angeklagten und der Gefährlichkeit der Betäubungsmittel abgelehnt hat -, wäre es zu der selben Mindeststrafandrohung (§ 29 a Abs. 2 BtMG) gelangt, die es im Urteil zugrunde gelegt hat.

27 Im Fall II. 5 der Urteilsgründe wäre der Strafraumen dem gemäß § 27 Abs. 2, § 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafraumen des § 30 Abs. 1 BtMG zu entnehmen gewesen, was zu einer Mindeststrafe von sechs Monaten Freiheitsstrafe geführt hätte, nicht aber zu der vom Landgericht angenommenen von drei Monaten.

28 Da auch hinsichtlich der Angeklagten L. die Einzelstrafen von jeweils neun Monaten nur geringfügig über den jeweiligen von der Strafkammer angenommenen Mindeststrafen liegen, schließt der Senat auch insoweit aus, dass sie bei richtiger rechtlicher Beurteilung und dementsprechend gegebenenfalls höheren Mindeststrafen zu milderen Einzelstrafen gelangt wäre.

29

IV. Der nur geringfügige Erfolg der Rechtsmittel lässt es nicht unbillig erscheinen, die Beschwerdeführer mit den gesamten dadurch jeweils entstandenen Kosten zu belasten (§ 473 Abs. 4 Satz 1 StPO).

Becker

Pfister

Ri'inBGH Sost-Scheible
befindet sich in Urlaub
und ist daher gehindert
zu unterschreiben.

Becker

RiBGH Hubert befindet sich
in Urlaub und ist daher gehindert
zu unterschreiben.

Becker

Mayer