



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

1 StR 366/16

vom
13. Oktober 2016

BGHSt:	nein
BGHR:	ja
Nachschlagewerk:	ja
Veröffentlichung:	ja

BtMG § 29a Abs. 1 Nr. 2

Zur Bestimmung des Grenzwerts der nicht geringen Menge bei Pentedron.

BGH, Beschluss vom 13. Oktober 2016 - 1 StR 366/16 - LG Nürnberg-Fürth

in der Strafsache
gegen

- 1.
- 2.
- 3.

wegen zu 1. und 2.: unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge u.a.

zu 3.: unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge u.a.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung der Beschwerdeführer und des Generalbundesanwalts am 13. Oktober 2016 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten S. wird das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 2. März 2016, soweit es diesen Angeklagten betrifft, aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels dieses Angeklagten, an eine allgemeine Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

2. Die Revisionen der Angeklagten J. und H. gegen das vorbezeichnete Urteil sowie die weitergehende Revision des Angeklagten S. werden verworfen.
3. Die Angeklagten J. und H. haben die Kosten ihres jeweiligen Rechtsmittels zu tragen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat die Angeklagten J. und S. wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen, jeweils in Tateinheit mit unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, zu Gesamtfreiheitsstrafen von je fünf Jahren und sechs Monaten verurteilt. Darüber hinaus ist gegen beide Angeklagte Verfall des Wertersatzes angeordnet worden. Der Angeklagte H. ist wegen unerlaubten Erwerbs von Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Beihilfe zur unerlaub-

ten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu der Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt sowie seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angeordnet worden.

- 2 Die jeweils auf sachlich-rechtliche Beanstandungen gestützten Revisionen der Angeklagten J. und H. sind unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO. Dagegen führt das Rechtsmittel des Angeklagten S. bereits auf die Sachrüge hin zu dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Erfolg (§ 349 Abs. 4 StPO). Die gegen die Feststellungen des Landgerichts gerichteten Angriffe seines weitergehenden Rechtsmittels dringen dagegen ebenso wenig durch wie eine von ihm geltend gemachte, die Ablehnung seiner Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) betreffende Verfahrensbeanstandung.

I.

Revision des Angeklagten J.

- 3 1. Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen tragen die Verurteilung des Angeklagten J. wegen drei Fällen der jeweils tateinheitlich mit unerlaubtem Handeltreiben von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verwirklichten unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge.

- 4 Insbesondere ist es rechtlich nicht zu beanstanden, dass das Landgericht in allen drei verfahrensgegenständlichen Fällen jeweils von Handeltreiben

mit und Einfuhr von Betäubungsmitteln in einer nicht geringen Menge i.S.v. von § 29a Abs. 1 Nr. 2 bzw. § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG ausgegangen ist.

5 a) Nach den insoweit getroffenen Feststellungen verabredete der Angeklagte J. mit dem Angeklagten S. zu drei näher bezeichneten Zeitpunkten die Verbringung des in Anlage II zum Betäubungsmittelgesetz verzeichneten Cathinon-Derivats Pentedron von Ungarn aus jeweils nach N.

, dem damaligen Wohnort des Angeklagten S. . Es war vereinbart, die eingeführten Betäubungsmittel bei Einbehalt eines Anteils von jeweils 10 % für den Eigenkonsum im Inland gewinnbringend weiterzuveräußern und die Erträge hälftig untereinander aufzuteilen. In Umsetzung dessen brachte der Angeklagte J. im Fall C.I. der Urteilsgründe 80 g Pentedron mit einer Wirkstoffmenge von 54,84 g Pentedronbase sowie im Fall C.II. der Urteilsgründe 40 g Pentedron mit einer Wirkstoffmenge von mindestens 24 g Pentedronbase von Ungarn aus nach Deutschland. Im Fall C.III. führte der Angeklagte J. in seinem Fahrzeug 45 g des genannten Betäubungsmittels mit 37,4 g Pentedronbase von Ungarn aus kommend mit sich. Das Rauschgift wurde in diesem Fall bei einer Polizeikontrolle nach Verbringen ins Inland aufgefunden und sichergestellt.

6 b) Das sachverständig beratene Landgericht hat angenommen, der Grenzwert der nicht geringen Menge Pentedron liege bei 15 g Pentedronbase (UA S. 43 f.). Dagegen ist rechtlich nichts zu erinnern.

7 aa) Der Tatrichter hat für die Bestimmung des Grenzwerts die durch den Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung verwendete Methode (siehe etwa BGH, Urteile vom 14. Januar 2015 – 1 StR 302/13, BGHSt 60, 134 ff. Rn. 35 und vom 5. November 2015 – 4 StR 124/14, StraFo 2016, 37) herangezogen. Danach ist der Grenzwert der nicht geringen Menge eines Betäu-

bungsmittels stets in Abhängigkeit von dessen konkreter Wirkungsweise und -intensität festzulegen. Maßgeblich ist zunächst die äußerst gefährliche, gar tödliche Dosis des Wirkstoffs (BGH, Urteile vom 22. Dezember 1987 – 1 StR 612/87, BGHSt 35, 179; vom 14. Januar 2015 – 1 StR 302/13, BGHSt 60, 134 ff. Rn. 35 und vom 5. November 2015 – 4 StR 124/14, StraFo 2016, 37). Fehlen hierzu gesicherte Erkenntnisse, so errechnet sich der Grenzwert als ein Vielfaches der durchschnittlichen Konsumeinheit eines nicht an den Genuss dieser Droge gewöhnten Konsumenten. Das Vielfache ist nach Maßgabe der Gefährlichkeit des Stoffes, insbesondere seines Abhängigkeit auslösenden oder sonst die Gesundheit schädigenden Potentials zu bemessen (BGH, Urteil vom 3. Dezember 2008 – 2 StR 86/08, BGHSt 53, 89). Lassen sich auch zum Konsumverhalten keine ausreichenden Erkenntnisse gewinnen, so entscheidet ein Vergleich mit verwandten Wirkstoffen (vgl. BGH, Urteile vom 24. April 2007 – 1 StR 52/07, BGHSt 51, 318, 322; vom 17. November 2011 – 3 StR 315/10, BGHSt 57, 60, 63 f.; vom 14. Januar 2015 – 1 StR 302/13, BGHSt 60, 134 ff. Rn. 35 und vom 5. November 2015 – 4 StR 124/14, StraFo 2016, 37).

- 8 bb) Ausweislich der Urteilsgründe hat der vom Tatgericht beauftragte Sachverständige die stimulierenden und stark euphorisierenden Wirkungsweisen des Pentedron als Cathinon-Derivat zugrunde gelegt, die denen von Amphetamin und Methamphetamin vergleichbar sind. Ebenso wie bei den genannten Stoffen führe auch der Konsum von Pentedron regelmäßig u.a. zu einer Erhöhung der Herzfrequenz, des Blutdrucks und der Körpertemperatur. Von der Vergleichbarkeit in den Wirkungsweisen mit Amphetamin und Methamphetamin ist auch der Verordnungsgeber bei der sukzessive erfolgten Aufnahme zahlreicher Cathinon-Derivate in die Anlage II des Betäubungsmittelgesetzes ausgegangen (vgl. BR-Drucks. 317/12 S. 9 bzgl. der 26. BtMÄndVO vom 20. Juli 2012; siehe auch Patzak in Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 8. Aufl., Stoffe,

Teil 1. Betäubungsmittel Rn. 351 mwN). Bei Bestimmung des Grenzwerts anhand der im vorstehenden Absatz genannten Kriterien hat der Sachverständige ausweislich der Urteilsgründe in den Blick genommen, dass es in Bezug auf Art und Umfang des Konsums von Pentedron keine „nennenswerten Publikationen“, sondern lediglich veröffentlichte Erfahrungsberichte von Konsumenten gibt (vgl. zur Bedeutung solcher Erfahrungsberichte BGH, Urteil vom 14. Januar 2015 – 1 StR 302/13, BGHSt 60, 134 ff. Rn. 51). Angesichts der ausreichend belegten Vergleichbarkeit der Wirkungsweisen mit denen von Amphetamin und Methamphetamin sowie den aus den Erfahrungsberichten gewonnenen Erkenntnissen über das Konsumverhalten sowohl von erfahrenen als auch nicht erfahrenen Konsumenten konnte sich das Landgericht, auch insoweit dem Sachverständigen folgend, bei der Festlegung des Grenzwerts an der bei Amphetamin und Methamphetamin anerkannten Maßzahl von Konsumeinheiten orientieren. Die Bestimmung der sicher wirksamen Konsummenge mit 90 mg Pentedronhydrochlorid ist angesichts der mitgeteilten vorkommenden Konsumgewohnheiten so vorsichtig erfolgt, dass eine dem Angeklagten nachteilige Annahme ausgeschlossen ist. Ausgehend von 200 Konsumeinheiten als Maßzahl und einer sicher wirksamen Konsummenge von 90 mg Pentedronhydrochlorid ist die Festlegung des Grenzwertes bei 18 g Pentedronhydrochlorid und entsprechend 15 g Pentedronbase nicht zu beanstanden.

- 9 c) Der Angeklagte hat dementsprechend in allen verfahrensgegenständlichen Fällen Betäubungsmittel in nicht geringer Menge eingeführt (§ 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG) und nach Abzug des Eigenkonsumanteils von je 10 % auch mit solchen in nicht geringer Menge Handel getrieben (§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG).

10 2. Im Rechtsfolgenausspruch lässt das Urteil ebenfalls keinen Fehler
zum Nachteil des Angeklagten erkennen.

11 Das Landgericht hat nach den Ergebnissen der Haaranalyse, mit denen
es die Einlassung des Angeklagten über angeblich hohe Konsummengen von
Rauschgiften widerlegt, einen Hang i.S.v. § 64 StGB verneint und deshalb ohne
Rechtsfehler dessen Unterbringung in einer Entziehungsanstalt abgelehnt.

12 3. Auch die Anordnung des Verfalls des Wertersatzes in Höhe von
3.000 Euro enthält keinen durchgreifenden Rechtsfehler. Zwar hat das Tatge-
richt die Höhe des aus der Tat C.II. Erlangten im Rahmen der Verfallsentschei-
dung etwas zu hoch angesetzt, weil es – anders als bei der Tat C.I. – den Ei-
genkonsumanteil (10 %) nicht von den eingeführten 40 g abgezogen hat (vgl.
UA S. 15 und UA S. 51). Das hat sich jedoch im Ergebnis nicht zum Nachteil
des Angeklagten ausgewirkt. Denn das Landgericht hat auf der Grundlage
rechtsfehlerfreier Anwendung von § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB die Höhe des
Wertersatzverfalls auf 3.000 Euro und damit auf einen Betrag unterhalb des bei
zutreffender Berechnung Erlangten beschränkt. Der Senat kann angesichts der
Erwägungen des Tatgerichts im Rahmen der Ermessensausübung bei § 73c
Abs. 1 Satz 2 StGB und der nur geringen Differenz zwischen dem tatsächlich
Erlangten und dem vom Landgericht als erlangt Angenommenen ausschließen,
dass dieses einen niedrigeren Betrag als 3.000 Euro dem Verfall des Werter-
satzes unterworfen hätte.

II.

Revision des Angeklagten H.

- 13 Die Revision des Angeklagten H. bleibt ebenfalls ohne Erfolg.
- 14 1. Soweit sich der Beschwerdeführer gegen die Beweiswürdigung wendet, dringen die Angriffe aus den in der Antragschrift des Generalbundesanwalts vom 5. August 2016 genannten Gründen nicht durch.
- 15 2. Die Feststellungen tragen den Schuldspruch auch hinsichtlich der Verurteilung des Angeklagten wegen Beihilfe zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln und zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln jeweils in nicht geringer Menge.
- 16 a) Aus den zur Revision des Angeklagten J. dargelegten Gründen ist auch im Fall C.II. der Urteilsgründe mit einer Wirkstoffmenge von mindestens 24 g Pentedronbase der Grenzwert der nicht geringen Menge selbst für das Handeltreiben nach Abzug eines Eigenkonsums der Angeklagten J. und S. von (zusammen) 10 % überschritten. Die Unterstützungshandlung des Angeklagten H. hat sowohl die Einfuhr (durch den Angeklagten J.) von als auch das Handeltreiben (durch die Angeklagten J. und S.) mit dieser Menge des Rauschgifts gefördert.
- 17 b) Die Angriffe der Revision gegen die Annahme eines auf die Beihilfe zur Einfuhr von und zum Handeltreiben mit jeweils Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gerichteten Vorsatzes versagen. Entgegen den Rechtsvorstellungen der Revision muss sich selbst der Vorsatz des Täters bezüglich der nicht geringen Menge lediglich auf die tatsächlichen Voraussetzungen nicht

aber auf deren rechtliche Einordnung beziehen (zutreffend Patzak in Körner/Patzak/Volkmer aaO § 29a Rn. 102). Das gilt erst recht für den Vorsatz des Gehilfen, der bezüglich der von ihm geförderten Haupttat ohnehin lediglich deren wesentliche Merkmale kennen muss (siehe nur Fischer, StGB, 63. Aufl., § 27 Rn. 22 mwN).

18 3. Der den Angeklagten H. betreffende Rechtsfolgenausspruch ist ebenfalls aus den Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts nicht zu beanstanden. Die auf eine vergleichende Strafzumessung gestützten Angriffe der Revision gegen die Höhe der verhängten Strafe versagen schon deshalb, weil diese wesentliche strafschärfende, allein den Angeklagten H. betreffende Strafzumessungsgesichtspunkte nicht in den Blick nimmt.

III.

Revision des Angeklagten S.

19 Die Revision des Angeklagten S. führt auf die Sachrüge hin zur Aufhebung des Urteils, soweit es ihn betrifft, in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang. Die auf der Grundlage einer rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung beruhenden Feststellungen tragen dessen Verurteilung nicht in vollem Umfang.

20 1. Diese belegen nicht die mittäterschaftliche Beteiligung des Angeklagten an der Einfuhr von Pentedron nach Deutschland in den drei verfahrensgenständlichen Fällen.

21

a) Wie das Landgericht im rechtlichen Ausgangspunkt zutreffend erkannt hat, ist es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zwar für eine mit-täterschaftliche Verwirklichung der Einfuhr gemäß § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG nicht erforderlich, dass der Täter der Einfuhr das Rauschgift eigenhändig ins Inland verbringt. Vielmehr kann auch derjenige, der die Betäubungsmittel nicht selbst nach Deutschland transportiert, (Mit-)Täter der Einfuhr des unmittelbar handelnden Täters sein, wenn er einen Tatbeitrag erbringt, der sich bei wertender Betrachtung nicht nur als Förderung fremden Tuns, sondern als Teil der zur Tatbestandsverwirklichung führenden Tätigkeit aller Mitwirkenden darstellt, und der die Tathandlungen der anderen als Ergänzung seines eigenen Tatanteils erscheinen lässt (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 22. Juli 1992 – 3 StR 35/92, BGHSt 38, 315, 319 mwN; Beschlüsse vom 31. März 2015 – 3 StR 630/14, StV 2015, 632 f.; vom 5. April 2016 – 3 StR 554/15, NStZ-RR 2016, 209, 210 und vom 2. Juni 2016 – 1 StR 161/16 Rn. 3; siehe auch BGH, Beschluss vom 8. September 2016 – 1 StR 232/16 Rn. 14). Wesentliche Anhaltspunkte für die Täterschaft sind dabei der Grad seines Tatinteresses, der Umfang der Tatbeteiligung, die Tatherrschaft und der Wille dazu, die in eine wertende Gesamtbe-trachtung einzubeziehen sind (st. Rspr.; BGH, Beschlüsse vom 11. Juli 1991 – 1 StR 357/91, BGHSt 38, 32, 33 mwN; vom 31. März 2015 – 3 StR 630/14, StV 2015, 632 f. und vom 5. April 2016 – 3 StR 554/15, NStZ-RR 2016, 209, 210). Entscheidender Bezugspunkt bei allen vorgenannten Merkmalen ist aber wegen der rechtlich gebotenen tatbestandsspezifischen Bewertung der verwirk-lichten Beteiligungsform der Einfuhrvorgang selbst (siehe bereits BGH, Be-schluss vom 11. Juli 1991 – 1 StR 357/91, BGHSt 38, 32, 33 mwN sowie BGH, Beschlüsse vom 25. Februar 2015 – 4 StR 16/15, NStZ 2015, 346; vom 31. März 2015 – 3 StR 630/14, StraFo 2015, 259, 260; vom 2. Juni 2015 – 4 StR 144/15, NStZ-RR 2016, 316; vom 2. Juni 2016 – 1 StR 161/16 Rn. 4 und vom 8. September 2016 – 1 StR 232/16 Rn. 14).

22 Diesen Grundsätzen entsprechend kann zwar auch der lediglich im Inland aufhältige Empfänger von Betäubungsmitteln wegen (mit)täterschaftlicher Einfuhr strafbar sein, wenn er sie durch Dritte über die Grenze bringen lässt und dabei mit Täterwillen die Tatbestandsverwirklichung fördernde Beiträge leistet (BGH, Beschluss vom 5. April 2016 – 3 StR 554/15, NStZ-RR 2016, 209, 210). Wegen des notwendigen Bezugs der den Täterwillen ausfüllenden Kriterien (Tatinteresse; Umfang der Tatbeteiligung; Tatherrschaft und Wille dazu) zur tatbestandlichen Handlung, der Einfuhr, kommt eine (mit)täterschaftliche Beteiligung daran für den Empfänger der eingeführten Drogen regelmäßig aber nur dann in Betracht, wenn er Einfluss auf den Einfuhrvorgang als solchen hat (vgl. BGH aaO; siehe auch BGH, Beschluss vom 2. Juni 2016 – 1 StR 161/16 Rn. 4).

23 b) Die Anwendung dieser Grundsätze auf die getroffenen Feststellungen belegt eine Mittäterschaft des Angeklagten S. an den drei Einfuhrvorgängen selbst unter Berücksichtigung eines gewissen, nur eingeschränkter revisionsgerichtlicher Kontrolle unterliegenden Beurteilungsspielraums des Tatrichters (dazu BGH, Beschluss vom 8. Dezember 2015 – 3 StR 439/15, StV 2016, 648 f. mwN) nicht. Der Angeklagte ist nach den bislang getroffenen Feststellungen an keiner der Fahrten zur Verbringung des Pentedrons in das Inland unmittelbar beteiligt gewesen. Die dem angefochtenen Urteil – selbst in seinem Gesamtzusammenhang – zu entnehmenden Umstände beschränken sich auf Absprachen zwischen den genannten Angeklagten darüber, dass der Angeklagte J. das Rauschgift von Ungarn nach N. transportiert. Abreden zwischen beiden, aus denen sich ein gewisser Einfluss des Angeklagten S. auf den Einfuhrvorgang als solchen ableiten ließe, etwa die Festlegung der dabei vom Angeklagten J. einzuhaltenden Fahrtroute o.ä., sind nicht festgestellt; auch keine sonstigen Umstände, die nach den maßgeblich den Tä-

terwillen ausfüllenden Kriterien diesen hinsichtlich der Einfuhren tragfähig begründen. Die Verurteilung wegen der mittäterschaftlichen unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge kann daher in keinem der drei Fälle bestehen bleiben. Angesichts der tateinheitlichen Verwirklichung führt dies zum Wegfall des Schuldspruchs insgesamt, also auch der für sich genommen rechtsfehlerfreien Verurteilung wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge.

24 2. Dies bedingt den Wegfall des Strafausspruchs und der – bei isolierter Betrachtung ebenfalls ohne durchgreifenden Rechtsfehler erfolgten – Anordnung des Verfalls des Wertersatzes.

25 3. Die Aufhebung beruht lediglich auf einem Wertungsfehler des Landgerichts. Auch die den Angeklagten S. betreffenden, rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen bleiben daher bestehen (vgl. § 353 Abs. 2 StPO). Es ist nicht auszuschließen, dass in einer neuen Hauptverhandlung weitere, über die bisherigen Feststellungen hinausgehende Umstände festgestellt werden können, die die Annahme rechtfertigen, der Angeklagte habe sich als Täter, jedenfalls aber als Anstifter oder Gehilfe, an den vom Angeklagten J. als Täter verwirklichten Einfuhrtaten in strafbarer Weise beteiligt. Die Sache bedarf daher insoweit neuer Verhandlung.

26 4. Soweit sich die Revision des Angeklagten gegen die Feststellungen richtet, bleibt sie ohne Erfolg.

27 Das gilt auch hinsichtlich derjenigen Feststellungen, auf deren Grundlage das Landgericht die Unterbringung des Angeklagten S. in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) abgelehnt hat. Die allein darauf bezogene, eine Verletzung von § 246a StPO beanstandende Rüge dringt aus den Gründen der den Angeklagten S. betreffenden Antragsschrift des Generalbundesanwalts nicht durch. Da das Tatgericht das Vorliegen eines Hangs des Angeklagten, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen, ohne Rechtsfehler verneint hat, konnte die Maßregel des § 64 StGB gegen ihn nicht angeordnet werden.

28 5. Nachdem das Verfahren gegen die frühere Mitangeklagte D., deren Beteiligung allein die Zuständigkeit der Jugendstrafkammer begründet hatte, abgetrennt und rechtskräftig abgeschlossen worden ist, verweist der Senat im Umfang der Aufhebung die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine allgemeine Strafkammer des Landgerichts (vgl. Meyer-Goßner in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl., § 355 Rn. 8 mwN).

Graf

Cirener

Radtko

Mosbacher

Bär