



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

2 StR 46/17

vom

6. Dezember 2017

in der Strafsache

gegen

1.

2.

wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 6. Dezember 2017, an der teilgenommen haben:

Richter am Bundesgerichtshof  
Prof. Dr. Krehl  
als Vorsitzender,

der Richter am Bundesgerichtshof  
Dr. Eschelbach,  
die Richterinnen am Bundesgerichtshof  
Dr. Bartel,  
Wimmer,  
der Richter am Bundesgerichtshof  
Dr. Grube,

Bundesanwältin beim Bundesgerichtshof in der Verhandlung,  
Staatsanwalt bei der Verkündung  
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt in der Verhandlung  
als Verteidiger für den Angeklagten C. ,  
Rechtsanwalt in der Verhandlung  
als Verteidiger für den Angeklagten T. ,

Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Angeklagten T. und C. wird das Urteil des Landgerichts Limburg vom 9. September 2016

a) im Schuldspruch dahingehend geändert,

dass der Angeklagte T. des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und der Angeklagte C. des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit zwei Fällen von tateinheitlicher Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge schuldig sind,

b) in den Strafaussprüchen aufgehoben.

2. 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.

3. Die weiter gehenden Revisionen werden verworfen.

Von Rechts wegen

Gründe:

1 Das Landgericht hat den Angeklagten T. wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und den Angeklagten C. wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in weiterer Tateinheit mit Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und drei Monaten verurteilt. Im Übrigen hat es die Angeklagten freigesprochen und außerdem Verfallsanordnungen getroffen.

2 I. Hinsichtlich des abgeurteilten Tatgeschehens hat das Landgericht folgende Feststellungen getroffen:

3 Einige Zeit vor dem 8. Januar 2015 planten beide Angeklagte den Erwerb von jeweils 5,5 kg Marihuana zum gewinnbringenden Weiterverkauf. Das Rauschgift sollte nach der Absprache der Angeklagten gemeinsam bestellt und zusammen geliefert werden. Dementsprechend orderte der Angeklagte T. bei einem unbekannt gebliebenen Lieferanten insgesamt 11 kg zu einem Einkaufspreis zwischen 6 und 6,50 Euro. Der genaue Einkaufspreis sollte im Anschluss an die Lieferung zwischen den Beteiligten festgelegt werden. Von den 11 kg sollten beide Angeklagte jeweils etwa 5,5 kg erhalten. Nach vorangegangener telefonischer Absprache verabredete sich der Angeklagte C. mit einem unbekanntem Kurierfahrer des Lieferanten am 8. Januar 2015 in H. , nahm die gesamte Rauschgiftmenge, insgesamt 11,54 kg mit einem Wirkstoffgehalt von 1.222,84 Gramm THC, entgegen und verbrachte sie in seine ebenfalls in H. gelegene Wohnung. Am darauffolgenden Tag veräußerte der Angeklagte aus einer in einer blauen Kühlbox befindlichen Teil-

menge 307 Gramm an einen Abnehmer, der ihn in seiner Wohnung aufgesucht hatte. Am gleichen Tag erschien nach vorangegangener Vereinbarung der Angeklagte T. in der Wohnung des Angeklagten C. . Dort wurde das Rauschgift in etwa hälftig aufgeteilt. Beide verließen anschließend die Wohnung, wobei der Angeklagte T. das ihm zustehende Rauschgift (5.624,3 Gramm) in einer blauen Sporttasche und der Angeklagte C. in einer Plastiktüte zwei Kilogramm aus seinem Vorrat bei sich führte. Die Angeklagten setzten sich in ein Auto und wurden kurze Zeit später von den sie schon länger observierenden Polizeikräften gestellt. Das Marihuana, zudem 334,7 Gramm Amphetamin aus der Wohnung des Angeklagten C. , wurden sichergestellt, ebenso größere Geldbeträge, die die Angeklagten mit sich führten bzw. in den Wohnungen des Angeklagten C. und seiner Mutter aufgefunden wurden.

4 Die Strafkammer hat die Angeklagten im Hinblick auf das Marihuana wegen mittäterschaftlichen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge bezogen auf die Gesamtmenge, den Angeklagten C. darüber hinaus hinsichtlich des in seiner Wohnung aufgefundenen Amphetamins wegen tateinheitlichen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in weiterer Tateinheit mit Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verurteilt. Bei der Strafraumenwahl und bei der Strafzumessung hat es jeweils zu Lasten beider Angeklagter die Qualität und die erhebliche Menge an Marihuana berücksichtigt.

5 II. Die Revisionen der Angeklagten führen jeweils zur Schuldspruchberichtigung und zur Aufhebung der jeweiligen Strafaussprüche; im Übrigen sind sie unbegründet.

6           1.a) Die Verurteilung des Angeklagten T.           (allein) wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (bezogen auf die Gesamthandelsmenge) hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Der Angeklagte ist – weil ihm entgegen der Ansicht des Landgerichts täterschaftliches Handeltreiben bezogen auf die Gesamthandelsmenge nicht vorzuwerfen ist – neben der Verurteilung wegen täterschaftlichen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (bezogen auf die eigene Handelsmenge) – zudem wegen tateinheitlicher Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge des Mitangeklagten C.           zu verurteilen.

7           aa) Es ist schon fraglich, ob die Annahme mittäterschaftlichen Handelns des Angeklagten T.           als solche im Hinblick auf die Gesamthandelsmenge tragfähig begründet ist. Ob ein Beteiligter als Mittäter des anderen handelt, ist auch im Betäubungsmittelstrafrecht nach den allgemeinen Grundsätzen zu beantworten. Hierzu bedarf es einer wertenden Betrachtung aller von der Vorstellung des Beteiligten umfassten Umstände; wesentliche Anhaltspunkte für (mit-)täterschaftliches Handeln können das eigene Interesse am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille hierzu sein. Verschaffen sich die Beteiligten die von ihnen jeweils zur Weiterveräußerung bestimmten Betäubungsmittel in Einkaufsgemeinschaft oder im Wege eines Sammeleinkaufs, gilt nichts anderes (BGH, Beschluss vom 14. August 2002 – 2 StR 249/02, NStZ 2003, 90; Beschluss vom 17. April 2012 – 3 StR 131/12, StV 2013, 154; MüKoStGB/Oğlakcioğlu, 3. Aufl., § 29 BtMG Rn. 419).

8           Beide Angeklagte handelten zwar arbeitsteilig bei der Beschaffung der gesamten Handelsmenge zusammen. So bestellte der Angeklagte T.           das Rauschgift, während es von dem Angeklagten C.           entgegengenommen

und anschließend bis zur Aufteilung verwahrt wurde. Allerdings ist bei dieser Gestaltung des Betäubungsmittelgeschäftes noch kein Mitbesitz des Angeklagten T. an der gesamten Handelsmenge entstanden (vgl. zu diesem Kriterium für die Begründung von Mittäterschaft BGH, Beschluss vom 17. April 2012 – 3 StR 131/12, StV 2013, 154 f.; Weber, BtMG, 5. Aufl., § 29, Rn. 670 f.).

9           Zudem fehlt es an einem gemeinsamen Interesse beider Angeklagter im Hinblick auf den Erwerb der aufgrund eines einheitlichen Tatentschlusses erworbenen Gesamtmenge. Es war von vornherein beabsichtigt, dass das Rauschgift hälftig aufgeteilt werden sollte. Eine Beteiligung an den Geschäften des anderen war nicht vorgesehen; die Angeklagten planten jeder für sich, das Marihuana jeweils an einen eigenen festen Abnehmerkreis weiterzuverkaufen (vgl. BGH, Beschluss vom 17. April 2012 – 3 StR 131/12, StV 2013, 154). Eine Reduzierung von Transportkosten, die nach der Rechtsprechung des 1. und des 4. Strafsenats des Bundesgerichtshofs das Interesse am Sammelkauf der Gesamtmenge belegen soll (Beschluss vom 9. Oktober 2002 – 1 StR 137/02, NStZ-RR 2003, 57; siehe auch BGH, Beschluss vom 24. Oktober 2012 – 4 StR 392/12, NStZ-RR 2013, 81; Beschluss vom 13. April 2013 – 4 StR 547/12), ist nicht festgestellt; die Betäubungsmittel wurden den Angeklagten durch einen Kurier des Lieferanten zugestellt. Auch ist den Urteilsgründen – was für ein Interesse am gesamten Geschäft sprechen könnte (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Oktober 2002 – 1 StR 137/02, NStZ-RR 2003, 57; BGH, Beschluss vom 24. Oktober 2012 – 4 StR 392/12, NStZ-RR 2013, 81; Beschluss vom 13. April 2013 – 4 StR 547/12) – nicht zu entnehmen, dass wegen der größeren Menge das Rauschgift günstiger eingekauft worden wäre. Darauf hat sich im Übrigen auch die Strafkammer nicht gestützt.

10           bb) Selbst wenn man davon ausginge, dass tatsächlich ein Mengenrabatt gewährt worden wäre und sich daraus ein gemeinsames Interesse an der Durchführung des auf die Gesamthandelsmenge bezogenen Handelsgeschäfts ergeben sollte, käme im Hinblick auf die von dem Mitangeklagten C. erworbene Handelsmenge eine Verurteilung wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln nicht in Betracht. Denn dafür ist Eigennützigkeit des Handelns erforderlich (vgl. Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 8. Aufl., § 29 Rn. 213), die hier hinsichtlich der für den Mitangeklagten bestimmten Handelsmenge fehlte. Eigennütziges Handeln setzt ein Erstreben von Vorteilen voraus, die sich vor allem aus dem Umsatzgeschäft ergeben (vgl. MüKo-StGB/Oğlakcioğlu, 3. Aufl., § 29 BtMG Rn. 419). Nicht in diesem Sinne umsatzbezogen ist ein Vorteil, der dem Täter aus einem anderen Vorgang, namentlich dem Erwerb, erwächst. Eigennützigkeit ist daher nicht gegeben, wenn der Vorteil allein in günstigeren Konditionen liegt, die mehrere Betäubungsmittelhändler in einer bloßen Einkaufsgemeinschaft aufgrund der bestellten Gesamtmenge erhalten. Der insoweit erstrebte Vorteil erschöpft sich in Umständen, die den eigenen Erwerb betreffen und sich auch nur auf den Umfang des durch das eigene Geschäft beabsichtigten Gewinns auswirken (BGH, Beschluss vom 17. April 2012 – 3 StR 131/12, StV 2013, 154; zur fehlenden Eigennützigkeit, wenn der Vorteil allein in günstigeren Einkaufsbedingungen liegt: BGH, Beschluss vom 27. März 2012 – 3 StR 64/12, NStZ 2012, 516; siehe auch Senat, Beschluss vom 9. Januar 1991 – 2 StR 359/90, StV 1992, 65).

11           Eigennütziges Handeln lässt sich auch nicht auf die Erwägung stützen, arbeitsteiliges Zusammenwirken mit dem Mitangeklagten C. habe das Entdeckungsrisiko für den Angeklagten T. verringert. Zwar reicht es für die Annahme eigennützigem Handeln auch aus, wenn der Täter sich von seinem Tun irgendeinen persönlichen Vorteil verspricht, der auch lediglich immaterieller Art sein kann (st. Rspr.; vgl. Senat, Beschluss vom 6. November 2012

– 2 StR 410/12). Vorteile immaterieller Art begründen Eigennützigkeit aber nur dann, wenn sie nicht nur den Empfänger in irgendeiner Weise besser stellen, sondern auch einen objektiv messbaren Inhalt haben (vgl. BGH, Beschluss vom 16. März 2016 – 4 StR 42/16, NStZ-RR 2016, 212, 213 mwN). Ob dies gegeben ist, ist aufgrund einer restriktiven Auslegung festzustellen (BGH, Beschluss vom 29. Februar 2000 – 1 StR 46/00, NStZ-RR 2000, 234; Beschluss vom 16. November 2001 – 3 StR 371/01, StV 2002, 254 f.). Allein aus einem arbeitsteiligen Vergehen von Tatbeteiligten und einem dadurch möglicherweise verringerten Entdeckungsrisiko ergibt sich kein solcher objektiv messbarer persönlicher Vorteil.

- 12            Der Senat ändert den Schuldspruch entsprechend. Es ist nicht zu erwarten, dass eine neue Hauptverhandlung Erkenntnisse bringen könnte, die die Annahme eigennützigem Handeln tragen könnten. § 265 Abs. 1 StPO steht dem nicht entgegen, da der insoweit geständige Angeklagte sich nicht anders als geschehen hätte verteidigen können.
- 13            b) Die Änderung des Schuldspruchs führt zur Aufhebung des Strafausspruchs. Dieser beruht auf einer Zurechnung der Gesamthandelsmenge gemäß § 25 Abs. 2 StGB und berücksichtigt ausdrücklich die mehr als 163-fache Überschreitung des Wirkstoffgehalts zu Lasten des Angeklagten sowohl bei der Strafraumenwahl als auch bei der konkreten Strafzumessung. Der Senat kann nicht ausschließen, dass der Angeklagte T.            bei rechtsfehlerfreier Würdigung zu einer niedrigeren Strafe verurteilt worden wäre.
- 14            2. a) Auch die Verurteilung des Angeklagten C.            (allein) wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (bezogen auf die Gesamthandelsmenge an Marihuana) hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Der Angeklagte ist – weil auch ihm entgegen der Ansicht

des Landgerichts die Gesamthandelsmenge nicht zuzurechnen ist – auch neben der rechtsfehlerfreien Verurteilung im Hinblick auf das in seiner Wohnung aufgefundene Amphetamin (wegen unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge) und des täterschaftlichen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (bezogen auf den eigenen Anteil) zudem wegen tateinheitlicher Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (des Mitangeklagten T. ) in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (ebenfalls bezogen auf den Anteil des Angeklagten T. ) zu verurteilen.

15 Auch bei dem Angeklagten C. fehlt es jedenfalls aus den dargelegten Gründen an der Eigennützigkeit. Er ist allerdings im Hinblick auf den Besitz des Anteils des Mitangeklagten, die eine nicht geringe Menge darstellt, zusätzlich zu verurteilen. Insoweit tritt der Besitztatbestand – anders als bei dem zum Verkauf vorgesehenen eigenen Anteil – nicht hinter dem unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zurück. Er verbindet die an sich selbständigen Fälle der Beihilfe zum Handeltreiben mit nicht geringer Menge zur Tateinheit (vgl. BGH NStZ 2011, 163).

16 Der Senat ändert den Schuldspruch. Weitergehende Feststellungen, die eine Verurteilung wegen täterschaftlichen Handeltreibens auch bezogen auf die vom Angeklagten T. bestellte Handelsmenge ermöglichen könnten, sind in einer neuen Hauptverhandlung nicht zu erwarten. § 265 StPO steht dem nicht entgegen, da der geständige Angeklagte sich nicht anders als geschehen hätte verteidigen können.

- 17            b) Die Änderung des Schuldspruchs führt auch bei dem Angeklagten C. zur Aufhebung des Strafausspruchs. Dieser beruht auf einer Zurechnung der Gesamthandelsmenge an Marihuana und berücksichtigt ausdrücklich die mehr als 163-fache Überschreitung des Wirkstoffgehalts zu Lasten des Angeklagten sowohl bei der Strafrahmenwahl als auch bei der konkreten Strafzumessung. Der Senat kann nicht ausschließen, dass der Angeklagte bei rechtsfehlerfreier Würdigung zu einer niedrigeren Strafe verurteilt worden wäre.

Krehl

Eschelbach

Bartel

Wimmer

Grube