



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

1 StR 72/17

vom

19. September 2017

in der Strafsache

gegen

1.

2.

wegen Beihilfe zum vorsätzlichen unerlaubten Inverkehrbringen von  
Arzneimitteln zu Dopingzwecken im Sport u.a.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 19. September 2017, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof  
Dr. Raum,

die Richter am Bundesgerichtshof  
Prof. Dr. Jäger,  
Prof. Dr. Radtke,  
die Richterin am Bundesgerichtshof  
Dr. Fischer  
und der Richter am Bundesgerichtshof  
Dr. Bär,

Richterin am Landgericht  
als Vertreterin der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt – in der Verhandlung –  
als Verteidiger für den Angeklagten M. ,

der Angeklagte N. persönlich – in der Verhandlung –,

Rechtsanwalt – in der Verhandlung – und  
Rechtsanwalt – in der Verhandlung –  
als Verteidiger für den Angeklagten N. ,

Justizangestellte – in der Verhandlung –,  
Justizobersekretärin – bei der Verkündung –  
als Urkundsbeamtinnen der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Die Revisionen der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten N. gegen das Urteil des Landgerichts Landshut vom 13. Juli 2016 werden verworfen.
  
2. Die Staatskasse trägt die Kosten der Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft und die den Angeklagten M. und N. hierdurch entstandenen notwendigen Auslagen. Der Angeklagte N. trägt die Kosten seines Rechtsmittels.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat die Angeklagten M. und N. jeweils wegen Beihilfe zum vorsätzlichen unerlaubten gewerbsmäßigen Inverkehrbringen von Arzneimitteln zu Dopingzwecken im Sport in Tateinheit mit Beihilfe zum vorsätzlichen Inverkehrbringen von bedenklichen Arzneimitteln u.a. verurteilt, den Angeklagten M. zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und zehn Monaten, den Angeklagten N. zu einer solchen von drei Jahren. Darüber hinaus hat das Landgericht beim Angeklagten M. den Verfall von Wertersatz in Höhe von 36.857,10 € und beim Angeklagten N. von 7.448 € angeordnet.
  
- 2 Die Verurteilung des Haupttäters S. ist rechtskräftig.

3 Die Staatsanwaltschaft beanstandet mit ihren zuungunsten der Angeklagten M. und N. eingelegten Revisionen – die vom Generalbundesanwalt nicht vertreten werden – insbesondere, dass das Landgericht die Angeklagten nicht wegen Mittäterschaft verurteilt und die Gewerbsmäßigkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 2a, Abs. 3 Satz 2 Nr. 2b AMG (Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln in der Fassung vom 7. August 2013) verneint hat.

4 Der Angeklagte N. rügt mit seiner Revision die Verletzung formellen und materiellen Rechts.

5 Die Revisionen haben keinen Erfolg.

#### I.

6 1. Nach den Feststellungen des Landgerichts betrieb S. ab Mai 2013 in Berlin ein Untergrundlabor zur Herstellung von anabolen Steroiden und verkaufte diese sodann unter dem Namen „Gencimed“ über das Internet.

7 a) Der Angeklagte M., ein ehrgeiziger Bodybuilder, konsumierte seit Jahren verbotene anabole Steroide in erheblichem Umfang und bezog diese über S.. Um seinen Eigenkonsum aus dieser Bezugsquelle zu sichern, arbeitete er für S. als Paketkurier gegen ein festes Entgelt von 1.500 € in bar oder anabole Steroide in diesem Wert; darüber hinaus war er drei Monate für 3.000 € pro Monat oder anabole Steroide in diesem Wert mit dem Verpacken der auszuliefernden Pakete befasst. Insgesamt erzielte er so

an Geld und ersparten Aufwendungen für den Eigenkonsum mindestens 36.857,10 €.

8 Er half dem Haupttäter bei insgesamt 66 Lieferungen hinsichtlich derer die nicht geringe Menge im Sinne der Dopingmittelmengenverordnung (DmMV) in erheblichem Umfang überschritten war.

9 b) Der Angeklagte N. , der keine anabolen Steroide konsumierte, unterstützte S. mit IT-Dienstleistungen beim Akquirieren von Lieferanten und Kunden. Er war Mitbetreiber einer Internetseite, auf der sich die Nutzer über Einnahme und Beschaffung von leistungssteigernden illegalen Arzneimitteln austauschen konnten. Einigen Nutzern erteilte er gegen Entgelt die Berechtigung, über dieses Forum solche Arzneimittel zu verkaufen. Auch S. verkaufte von ihm hergestellte Dopingmittel über dieses Forum. Außerdem veranlasste der Angeklagte N. die Erstellung eines Bewertungsthreads zu „Gencimedprodukten“ und löste dadurch weitere Bestellungen aus. Darüber hinaus optimierte er den Internetauftritt für „Gencimed“, half S. bei der Verwaltung der Homepage, bei der Bearbeitung der Bestellungen und bei der Bezahlung mit „bitcoins“. Für diese Tätigkeiten erhielt der Angeklagte N. insgesamt 1.900 €.

10 Er unterstützte S. bei 138 Abgaben an Abnehmer hinsichtlich derer die nicht geringe Menge im Sinne der DmMV um ein Vielfaches überschritten war, weil er seiner Reputation als IT-Experte und Administrator gerecht werden und sein bestehendes Renommee als IT-Fachmann weiterverbreiten wollte.

11 2. In ihrer rechtlichen Würdigung hat die Strafkammer nach einer umfassenden wertenden Gesamtbetrachtung und Gesamtschau sämtlicher Beweis-

ergebnisse das Verhalten der Angeklagten M. und N. nicht als Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB), sondern als Beihilfe (§ 27 StGB) gewertet.

12            3. Das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit (§ 95 Abs. 1 Nr. 2a, Abs. 3 Satz 2 Nr. 2b AMG in der Fassung vom 7. August 2013) hat die Strafkammer beim Haupttäter für gegeben erachtet, nicht aber bei den Angeklagten M. und N. . Beiden sei es nicht darauf angekommen, sich durch die Hilfsleistungen eine finanzielle Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu verschaffen. Der Angeklagte M. habe selbst über Zuwendungen von monatlich mindestens 2.500 € verfügt. Der Angeklagte N. habe nur seinen Ruf als IT-Fachmann fördern und festigen wollen.

13            Bei beiden Angeklagten hat die Strafkammer allerdings in den Fällen des § 95 Abs. 1 Nr. 2a AMG (Inverkehrbringen von Arzneimitteln zu Dopingzwecken im Sport) einen besonders schweren Fall nach § 95 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1a AMG angenommen, weil sie durch ihre Handlungen die Gesundheit einer großen Zahl von Menschen gefährdet hätten.

## II. Revision des Angeklagten N.

14            1. Die Verfahrensrügen des Angeklagten N. dringen aus den in der Antragsschrift des Generalbundesanwalts genannten Gründen nicht durch. Die Überprüfung des Urteils aufgrund der erhobenen Sachrüge hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben. In Ergänzung zur Antragsschrift des Generalbundesanwalts bemerkt der Senat:

- 15 Bei den vom Haupttäter vertriebenen anabolen Steroiden handelt es sich sämtlich um bedenkliche Arzneimittel im Sinne des § 5 Abs. 2 AMG. Danach sind Arzneimittel bedenklich, bei denen nach dem jeweiligen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis der begründete Verdacht besteht, dass sie bei bestimmungsgemäßem Gebrauch schädliche Wirkungen haben, die über ein nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft vertretbares Maß hinausgehen.
- 16 Der „bestimmungsgemäße Gebrauch“ richtet sich bei eigens für Dopingzwecke im Sport hergestellten Präparaten nach dem üblichen Gebrauch der Konsumenten, und nicht, soweit Präparate mit zugelassenen Arzneimitteln chemisch artverwandt (oder sogar wirkstoffidentisch) sind, nach der für das artverwandte Erzeugnis maßgeblichen Zwecksetzung (vgl. Raum in Kügel/Müller/Hofmann, AMG, 2. Aufl., § 95 Rn. 15; Volkmer in Körner/Patzak/Volkmer, BtmG, 8. Aufl. 2016, AMG § 95 Rn. 23). Die verfahrensgegenständlichen Produkte waren für die „Bodybuilderszene“ als Absatzmarkt bestimmt. Dort wurden die Präparate ohne therapeutische Indikation hochdosiert zum Muskelaufbau verwendet. Nur zu diesem Zweck wurden die Präparate hergestellt und vertrieben. Danach ist der „bestimmungsgemäße Gebrauch“ der Präparate gleichzusetzen mit dem auf diesem Markt vorgesehenen Missbrauch (vgl. hierzu bereits BGH, Urteil vom 10. Juni 1998 – 5 StR 72/98, BGHR AMG § 95 Abs. 1 Nr. 1 Arzneimittel 2 Rn. 25). Diese Voraussetzung hat das Landgericht für die in Betracht kommenden Wirkstoffe rechtsfehlerfrei bejaht.
- 17 Darüber hinaus enthielten – wie die Analyse des Instituts für Dopinganalytik und Sportbiochemie (UA S. 126) ergab – von 63 begutachteten Gencimed-Präparaten nur 17 den in der Deklaration enthaltenen Wirkstoff und den dort angegebenen Wirkstoffgehalt, 22 Präparate waren überdosiert, 17 unterdosiert

und sieben wichen sogar bezüglich des Inhalts von der Deklaration ab. Dies machte die gesundheitlichen Auswirkungen für die Konsumenten völlig unkalulierbar und zeigt, dass sich bereits aufgrund des Herstellungsverfahrens des Untergrundlabors ohne Überprüfung der chemischen Zusammensetzung, des Reinhalts- und Wirkstoffgehalts der aus China und der Türkei bezogenen Materialien, für den Konsumenten ein erhebliches Gesundheitsrisiko ergab, was jedes dort hergestellte Produkt bereits deshalb für sich bedenklich machte.

18            2. Die Verfallsanordnung ist frei von Rechtsfehlern. Zwar hat das Landgericht § 73c Abs. 1 StGB nicht ausdrücklich erörtert, der auf Grund der nach Artikel 2 Ziffer 2 des Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017 (BGBl. I 2017, 872, 878) geltenden Übergangsvorschrift des Art. 316h EGStGB für das vorliegende Verfahren in der bisherigen Fassung auch weiter anwendbar ist.

19            Die Voraussetzungen dieser Vorschrift sind jedoch nur zu erörtern, wenn naheliegende Anhaltspunkte für deren Vorliegen gegeben sind (BGH, Beschlüsse vom 29. September 2015 – 1 StR 187/15, NStZ 2016, 278, 279; vom 12. März 2015 – 2 StR 322/14, NStZ-RR 2015, 171 f.; vom 17. Juli 2013 – 4 StR 208/13, wistra 2013, 386 und vom 11. April 2013 – 4 StR 39/13, StV 2013, 610). So verhält es sich hier im Hinblick auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Angeklagten N. und die verhältnismäßig geringe Höhe des angeordneten Wertersatzverfalls nicht.



### III. Revisionen der Staatsanwaltschaft

20 Die Revisionen der Staatsanwaltschaft sind unbegründet.

21 Auf der Grundlage der ohne Rechtsfehler getroffenen Feststellungen erweist sich die Verurteilung der beiden Angeklagten als Gehilfen als rechtsfehlerfrei. Zutreffend hat das Landgericht bereits die objektiven Voraussetzungen einer Mittäterschaft – und darüber hinaus auch die subjektiven – verneint. Auch die Ablehnung gewerbsmäßigen Handelns bei dem Angeklagten N. ist rechtsfehlerfrei. Der Angeklagte M. hat zwar entgegen der Rechtsauffassung des Landgerichts das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit erfüllt, jedoch ist ein Beruhen des Urteils auf dieser fehlerhaften Wertung ausgeschlossen.

22 1. Mittäter ist nach ständiger Rechtsprechung, wer nicht nur fremdes Tun fördert, sondern einen eigenen Tatbeitrag derart in eine gemeinschaftliche Tat einfügt, dass sein Beitrag als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung seines eigenen Tatanteils erscheint (st. Rspr.; vgl. zum Maßstab BGH, Urteil vom 13. Juli 2016 – 1 StR 94/16 mwN, NJW-Spezial 2016, 601 Rn. 17).

23 Lässt das angefochtene Urteil – so wie hier – erkennen, dass der Tatrichter diesen Maßstab erkannt und den Sachverhalt vollständig gewürdigt hat, kann das gefundene Ergebnis vom Revisionsgericht selbst dann nicht als rechtsfehlerhaft beanstandet werden, wenn – anders als vorliegend – eine andere tatrichterliche Beurteilung möglich gewesen wäre (BGH, Beschluss vom 25. April 2007 – 1 StR 156/07, NStZ 2007, 531 mwN). Aufgrund der getroffenen Feststellungen lag die Annahme einer Mittäterschaft bei dem Angeklagten M. fern, bei dem Angeklagten N. war sie ausgeschlossen.

- 24            2. Der Begriff der Gewerbsmäßigkeit im Arzneimittelgesetz ist nicht tatbestandsspezifisch auszulegen. Es gelten mithin die allgemeinen Grundsätze. Danach bringt gewerbsmäßig Arzneimittel in Verkehr, wer dies in der Absicht macht, sich daraus durch wiederholte Tatbegehung auf unbestimmte Zeit eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu verschaffen (vgl. Kloesel/Cyran, Arzneimittelrecht Kommentar, AMG, 131. Akt.-Lief. 2016, Band IV, § 43 Rn. 18 mwN; zu gewerbsmäßiger Hehlerei; BGH, Urteile vom 8. November 1951 – 4 StR 563/51, BGHSt 1, 383; zur Gewerbsmäßigkeit im Sinne des § 30 Abs. 1 Nr. 2 BtMG, Urteil vom 24. Juli 1997 – 4 StR 222/97, StV 1997, 636; zu Gewerbsmäßigkeit im Sinne von § 29 Abs. 3 Satz 2 und § 30 Abs. 1 Nr. 2 BtMG, Urteil vom 26. Oktober 2015 – 1 StR 317/15, BGHR BtMG § 29 Abs. 3 Nr. 1 Gewerbsmäßig 6 [Gründe]; zur Gewerbsmäßigkeit auch Raum in Kügel/Müller/Hofmann, AMG, 2. Aufl., § 95 Rn. 55; Patzak in Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 8. Aufl., § 29, Teil 27, Rn. 13 mwN).
- 25            Die Einnahmen müssen nicht die Haupteinnahmequelle des Täters sein. Bloße Nebeneinkünfte reichen aus, wenn sie von einigem Umfang und einigem Gewicht sind (BGH, Urteil vom 26. Oktober 2015 – 1 StR 317/15, BGHR BtMG § 29 Abs. 3 Nr. 1 Gewerbsmäßig 6 [Gründe]; Beschlüsse vom 9. Mai 2012 – 4 StR 67/12, NStZ-RR 2012, 279 und vom 20. März 2008 – 4 StR 63/08, NStZ-RR 2008, 212, 213). Die Gewerbsmäßigkeit setzt nicht voraus, dass Bargeld angestrebt wird. Es genügen auch geldwerte Vermögensvorteile oder die Einsparung von Aufwendungen (BGH, Beschluss vom 24. April 2013 – 5 StR 135/13, NStZ 2013, 549, 550).
- 26            Die Frage, wie hoch die erstrebten bzw. erzielten Gewinne sein müssen, um von einer fortlaufenden Einnahmequelle von einigem Umfang oder einigem

Gewicht ausgehen zu können, unterliegt der tatrichterlichen Beweiswürdigung im Einzelfall (BGH, Urteil vom 9. Dezember 1986, 5 StR 504/86, NStE 1987 Nr. 11 zu § 29 BtMG; Beschluss vom 24. Januar 1986 – 3 StR 2/86, StV 1986, 385). Dabei ist unerheblich, ob der Täter bereits einen Gewinn erzielt bzw. ein Honorar erlangt hat (BGH, Urteil vom 11. Oktober 1994 – 1 StR 522/94, NStZ 1995, 85). Es kommt auf die Gewinnerwartung des Täters an, also in welchem Umfang er Gewinne erzielen wollte (BGH, Beschluss vom 20. März 2008 – 4 StR 63/08, NStZ-RR 2008, 212).

27                    a) Das Landgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass der Angeklagte N. , der als Anlagenbauer durchschnittlich 2.100 € netto verdiente, mit seinen Unterstützungsleistungen von Mai 2013 bis 22. Februar 2014 nur seinen Ruf als IT-Fachmann fördern und festigen wollte und nicht in der Absicht handelte, sich eine zusätzliche Einnahmequelle von einigem Umfang und einiger Dauer zu verschaffen. Kann der Täter, wie vorliegend, nur einen geringen Gewinn aus seinen Dienstleistungen erwarten und handelt nicht aus finanziellen Erwägungen, sondern in dem Bestreben, seinem Ruf als IT-Fachmann gerecht zu werden, spricht dies gegen das Motiv der Erschließung einer nicht ganz unbedeutenden Einnahmequelle und damit – auch mit Rücksicht auf seine im Urteil dargelegten wirtschaftlichen Verhältnisse und dem Umstand, dass er über den langen Tatzeitraum nur eine geringe Vergütung zu erwarten hatte und tatsächlich lediglich 1.900 € erhalten hat – gegen eine nachhaltige Gewinnerzielungsabsicht. Die Wertung des Landgerichts, der Angeklagte N. habe selbst nicht gewerbsmäßig gehandelt, ist daher revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

28                    b) Anders verhält es sich bei dem Angeklagten M. .

- 29            Das Landgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass der Angeklagte M. bei 66 Lieferungen von insgesamt 237 Sendungen mitgewirkt und von September 2013 bis März 2015 einen Verdienst von insgesamt 36.857,10 € erzielt hat. Das entspricht innerhalb des Zeitraums von 31 Monaten etwa 1.189 € je Monat. Die die Annahme von Gewerbsmäßigkeit rechtfertigende Nachhaltigkeit der Absicht, sich eine dauerhafte Einnahmequelle von einigem Gewicht zu verschaffen, ist damit auf Grund der Vielzahl der Taten und der zeitlichen Abfolge ausreichend belegt. Auch die im Urteil näher dargelegten wirtschaftlichen Verhältnisse (Studium der Verfahrens- und Umwelttechnik, monatliche Zuwendungen der Eltern in Höhe von mindestens 2.500 €, mietfreies Wohnen bei der Mutter und Einkünfte aus Nebentätigkeiten als Türsteher und Komparse) und sein erheblicher – und damit auch kostenintensiver – Anabolikakonsum, legen eine nachhaltige Gewinnerzielungsabsicht von einigem Gewicht nahe.
- 30            Auf diesem Rechtsfehler beruht das Urteil jedoch nicht. Die Strafkammer hat bei der Bemessung der Einzelstrafe nach § 95 Abs. 1 Nr. 2a, Abs. 3 AMG unter Berücksichtigung des § 28 Abs. 2 StGB auch in Person des Angeklagten M. als Gehilfen einen besonders schweren Fall nach § 95 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1a AMG (Gefährdung der Gesundheit einer großen Zahl von Menschen) bejaht und damit denselben Strafraum angewendet, der unter Berücksichtigung des § 28 Abs. 2 StGB bei Annahme von Gewerbsmäßigkeit in Person dieses Angeklagten anzuwenden gewesen wäre.
- 31            Es ist auszuschließen, dass die Strafkammer bei fehlerfreier Rechtsanwendung, also bei Anwendung eines weiteren Regelbeispiels, auf eine höhere Einzelstrafe erkannt hätte. Die Strafkammer hat mehrfach betont, dass der Angeklagte M. durch seine Beihilfehandlungen einen wesentlichen Beitrag

zum Betrieb des Untergrundlabors und damit zur Produktion und zum Handel mit besonders gefährlichen Arzneimitteln zweifelhaften Inhalts und zu einem gewerbsmäßigen Internetgroßhandel über einen ganz erheblichen Zeitraum mit hoher Reichweite und Professionalität geleistet hat.

32 Bei der Bemessung der Gesamtstrafe hat die Strafkammer hervorgehoben, dass die Einstufung der Handlungen des Angeklagten M. als „erhebliche(n)“ Beihilfe anstatt „geringfügig zu bewertende(n)“ Mittäterschaft wegen des sehr geringen Unterschieds im materiellen Unrechts- und Schuldgehalt der Taten hierbei keine Rolle gespielt hat.

33 3. Das Urteil enthält – was nach § 301 StPO auch auf die Revision der Staatsanwaltschaft zu beachten ist – auch keine durchgreifenden Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten.

34 Soweit das Landgericht hinsichtlich des Angeklagten M. den Verfall von Wertersatz in Höhe von 36.857,10 € angeordnet hat, ist eine ausdrückliche Erörterung des § 73c Abs. 1 StGB zwar unterblieben (vgl. zur Erörterungsbedürftigkeit, insbesondere bei weitgehender Entreicherung und vermögenslosem Angeklagten, BGH, Beschlüsse vom 29. September 2015 – 1 StR 187/15, NStZ 2016, 278, 279; vom 12. März 2015 – 2 StR 322/14, NStZ-RR 2015, 171 f.; vom 17. Juli 2013 – 4 StR 208/13, wistra 2013, 386 und vom 11. April 2013 – 4 StR 39/13, StV 2013, 610). Dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe ist jedoch zu entnehmen, dass das Landgericht bei der Festsetzung des Verfallsbetrags die persönlichen Verhältnisse des Angeklagten M. im Blick hatte, der über monatliche Einkünfte aus verschiedenen Nebentätigkeiten während

seines Studiums und Zuwendungen seiner Eltern einschließlich einer kostenfreien Unterkunft in Höhe von etwa 2.500 € monatlich verfügte; denn diese Aspekte finden sich nicht nur in der Darstellung der persönlichen Verhältnisse, sondern bilden im Rahmen der Strafzumessung eine tragende Erwägung bei der Erörterung des besonders schweren Falls der „Gewerbsmäßigkeit“.

Raum

Jäger

Radtke

Fischer

Bär