



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

2 StR 249/02

vom
14. August 2002
in der Strafsache
gegen

1.

2.

wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und der Beschwerdeführer am 14. August 2002 gemäß § 349 Abs. 4 StPO beschlossen:

Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Gera vom 7. März 2002 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

Das Landgericht hat die Angeklagten wegen Einfuhr von Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln jeweils in nicht geringer Menge verurteilt, den Angeklagten T. H. für neun Fälle zu drei Jahren und sechs Monaten Gesamtfreiheitsstrafe, den Angeklagten F. H. für sechs Fälle zu drei Jahren und vier Monaten Gesamtfreiheitsstrafe. Die Revisionen der Angeklagten haben mit der Sachrüge Erfolg. Die Schuldsprüche halten der sachlich-rechtlichen Prüfung nicht stand, weil das Landgericht bei der rechtlichen Bewertung von Einfuhr und Handeltreiben von einem zu großen Schuldumfang ausgegangen und deshalb rechtsfehlerhaft zu dem Ergebnis gelangt ist, die Täterschaft der Angeklagten beziehe sich auf nicht geringe Mengen von Betäubungsmitteln.

1. Die Angeklagten fuhren - teils beide, teils einer von ihnen - mit dem gesondert verfolgten M. und in den Fällen II 1 und 2 mit einem weiteren Interessenten namens Fi. mehrfach zum Einkauf von Haschisch in die Niederlande. Mit dem Kaufgeld der Beteiligten erwarb M. in Maastricht die benötigten Haschischmengen. Für die Angeklagten erwarb er jeweils 100 g, für sich selbst zwischen 100 und 600 g. Das Haschisch hatte einen Wirkstoffgehalt von 5 % THC. Auf der Rückfahrt wurde das Betäubungsmittel im Pkw in die Bundesrepublik gebracht. Die beiden Angeklagten erwarben das Haschisch zum Teil für den Eigenbedarf, im übrigen wurde es von den Beteiligten gewinnbringend weiterverkauft.

Das Landgericht hat den Angeklagten bei allen Einkaufsfahrten, an denen sie teilgenommen haben, jeweils die gesamte Menge des von allen Tatbeteiligten eingeführten und verkauften Haschischs als Mittäter der Einfuhr und des Handeltreibens in nicht geringer Menge zugerechnet.

2. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen ist die Annahme von Mittäterschaft der Angeklagten in Bezug auf die gesamten mitgebrachten Haschischmengen nicht gerechtfertigt. Keine Zweifel an der Täterschaft der Angeklagten bestehen zwar, soweit sie Haschisch für ihre eigenen Zwecke (Konsum und Verkauf) mitgebracht haben. Ob sie für die darüber hinausgehenden Mengen jeweils ebenfalls Täter oder nur Gehilfen der anderen Tatbeteiligten sind, ist auch im Betäubungsmittelstrafrecht nach den allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen (vgl. Franke/Wienroeder, BtMG 2. Aufl. § 29 Rdn. 24 ff., 106 m.w.N.). Die Frage, ob Täterschaft oder Beihilfe vorliegt, ist aufgrund aller Umstände, die von der Vorstellung der Angeklagten umfaßt waren, in wertender Betrachtung zu beantworten. Wesentliche Anhaltspunkte für diese Wertung können das eigene Interesse am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und

die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft sein (vgl. BGHR StGB § 25 Abs. 2 Tatinteresse 5; BGH NStZ 1995, 285; 1985, 165; BGHSt 28, 346, 348 f.; Tröndle/Fischer, StGB 50. Aufl. Vor § 25 Rdn. 2 a jew. m.w.N.). Hierzu enthält das Urteil keine Erörterungen. Es fehlen schon nähere Feststellungen dazu, ob M. den Angeklagten die für sie bestimmten Haschischmengen bereits in den Niederlanden ausgehändigt hat. War dies der Fall, gibt es keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, daß die Angeklagten noch ein eigenes weiteres Interesse an der Einfuhr und dem Verkauf des von M. und Fi. für deren Zwecke erworbenen Haschischs hatten (vgl. hierzu BGH StV 1992, 376 = BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Einfuhr 24; BGH, Urte. vom 3. April 1985 - 2 StR 639/84 - und 5. Juni 1985 - 2 StR 205/85 -; Franke/Wienroeder a.a.O. § 29 Rdn. 106; Körner, BtMG 5. Aufl. § 29 Rdn. 800). Ebensowenig könnte dann ohne weiteres von einem Täterwillen und von Tatherrschaft der Angeklagten hinsichtlich dieser "fremden" Haschischmengen ausgegangen werden. Sollten hierzu keine weiteren Feststellungen möglich sein, ist zugunsten der Angeklagten davon auszugehen, daß sie nur hinsichtlich der für sie selbst zum Konsum und Verkauf erworbenen Mengen als Täter gehandelt haben. Wurden die Gesamtmengen dagegen jeweils ungeteilt eingeführt, sind die Angeklagten Mittäter der Einfuhr der (nicht geringen) Gesamtmenge. Ob sie damit zugleich auch mit dieser Gesamtmenge als Täter Handel getrieben haben, richtet sich nach den vorstehenden Grundsätzen für die Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe.

Besonderheiten bestehen in den Fällen II 1, 5 und 12:

Im Fall II 1 ist der Angeklagte T. H. zwar mit M. und Fi. nach Maastricht gefahren, um Haschisch zu beschaffen, das zu Hause gewinnbringend veräußert werden sollte. Der gemeinsame Tatentschluß allein

machte T. H. aber noch nicht zum Mittäter. Er beteiligte sich nicht am Kaufgeld für die von M. erworbenen 200 g Haschisch. Er erhielt - offenbar noch in den Niederlanden - lediglich 10 g Haschisch. Sein einziger erkennbarer Tatbeitrag war, daß er auf der Rückreise zeitweise das Fahrzeug steuerte. Am Verkauf der von M. und Fi. mitgebrachten 190 g war er nicht beteiligt und erhielt deshalb auch keinen Gewinnanteil (vgl. UA S. 11 oben). Ein eigenes Tatinteresse des Angeklagten T. H. an der Einfuhr und Handeltreiben hinsichtlich dieser 190 g ist somit bisher nicht festgestellt und auch sonst nicht erkennbar. Die ihm überlassenen 10 g hat T. H. - falls er sie bereits in den Niederlanden erhalten hat - zwar erworben und eingeführt, er hat mit dieser Menge aber nicht Handel getrieben.

Im Fall II 5 hat der Angeklagte F. H. zusammen mit M. eine Beschaffungsfahrt nach Maastricht unternommen. Er fuhr zwar das Fahrzeug auf dem Hinweg, M. auf dem Rückweg. F. H. erwarb auf dieser Fahrt aber kein Haschisch, nur M. erwarb mindestens 600 g, die er in der Folgezeit ohne Mitwirkung des Angeklagten F. H. gewinnbringend veräußerte. Auch in diesem Fall ist ein eigenes Tatinteresse des Angeklagten F. H. an den 600 g Haschisch nicht erkennbar. Zumindest hätte dies näherer Begründung bedurft.

Im Fall II 12 betraf das täterschaftliche Handeln des Angeklagten F. H. allerdings die von ihm mitgebrachte Gesamtmenge von 120 g. Er hatte nicht nur 20 g zum Eigenverbrauch, sondern - ohne Wissen des Angeklagten T. H. - auch 100 g für den zu Hause gebliebenen M. mitgebracht. Hier hat der Angeklagte F. H. 120 g als Täter erworben und eingeführt.

Geht man von der dargelegten Beschränkung des Schuldumfangs aus, haben sich die Taten der Angeklagten in keinem der Einzelfälle auf eine nicht

geringe Menge Haschisch bezogen. Die Angeklagten haben jeweils 100 oder 120 g Haschisch aus den Niederlanden mitgebracht. Bei der festgestellten Wirkstoffkonzentration von 5 % enthielten die jeweiligen Mengen 5 bzw. 6 g THC. Damit ist die vom Bundesgerichtshof auf 7,5 g THC festgesetzte Grenzmenge (vgl. BGHSt 33, 8; 34, 372) in keinem Fall erreicht worden.

3. In den Fällen II 5 und 12 ist bisher auch nicht hinreichend festgestellt, daß die Angeklagten eigennützig gehandelt haben. Der Tatbestand des Handeltreibens setzt voraus, daß der Täter aus eigennützligen (eigensüchtigen) Gründen den Absatz von Betäubungsmitteln ermöglicht oder fördert (st. Rspr., vgl. BGHSt 31, 145, 147 f. m.w.N.; BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 33). Im Fall II 5 hat der Angeklagte F. H. durch das Mitfahren nach Maastricht - außer der Fahrt selbst - keinen erkennbaren Vorteil gehabt. Am Ein- und Verkauf von Haschisch war er nicht beteiligt, so daß (mit-)täterschaftliches Handeltreiben bisher nicht belegt ist. Dies gilt auch im Fall II 12. Hier hat der Angeklagte 120 g eingeführt, von denen er 100 g für M. mitbrachte, der sie verkaufen wollte. Dafür, daß F. H. aus dem mitgebrachten Haschisch einen Vorteil ziehen konnte oder wollte, hat das Landgericht bisher nichts festgestellt, so daß insoweit täterschaftliches Handeltreiben nicht belegt ist, aber Beihilfe hierzu in Betracht kommt.

4. Soweit die Angeklagten hinsichtlich der von M. und Fi. mitgebrachten Haschischmengen nicht als Täter der Einfuhr und des Handeltreibens jeweils in nicht geringer Menge in Betracht kommen, wird der neue Tatrichter zu prüfen haben, ob sich die Angeklagten wegen Beihilfe zu diesen Taten strafbar gemacht haben.

5. In den Fällen, in denen die Angeklagten für eigene Zwecke Haschisch aus den Niederlanden mitgebracht haben, ist zu unterscheiden zwischen der

Menge für den Eigenkonsum und der zum Verkauf bestimmten Menge. Da diese Mengen nicht die Grenze zur nicht geringen Menge überschreiten, richtet sich die Strafbarkeit nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG, die Strafzumessung gegebenenfalls nach § 29 Abs. 3 Nr. 1 BtMG. Durch die Beschaffung der Teilmengen für den Eigenkonsum haben sich die Angeklagten tateinheitlich wegen Erwerbs und Einfuhr von Betäubungsmitteln strafbar gemacht (vgl. BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 3 Konkurrenzen 3; Franke/Wienroeder a.a.O. § 29 Rdn. 87 m.w.N.), hinsichtlich der Verkaufsmenge in weiterer Tateinheit allein wegen Handeltreibens, weil die anderen Tatformen als Teilstücke des Handeltreibens hierin aufgehen (vgl. BGHSt 31, 163, 165; 30, 28, 30; BGH StV 1989, 202; BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Konkurrenzen 2, Franke/Wienroeder a.a.O. § 29 Rdn. 107 m.w.N.). Soweit die Angeklagten zugleich als Gehilfen der Tatbeteiligten M. und Fi. bei deren Einfuhr und Handeltreiben in nicht geringer Menge anzusehen sind, steht auch diese Beihilfe in Tateinheit mit den vorgenannten Vergehen.

Rissing-van Saan

Detter

Bode

Otten

Fischer