



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

3 StR 131/12

vom
17. April 2012
in der Strafsache
gegen

wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln u.a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Beschwerdeführers und des Generalbundesanwalts - zu 2. auf dessen Antrag - am 17. April 2012 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO einstimmig beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Lüneburg vom 8. Dezember 2011, soweit es ihn betrifft,
 - a) im Schuldspruch dahin abgeändert und neu gefasst, dass der Angeklagte schuldig ist
 - des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und mit Erwerb von Betäubungsmitteln,
 - des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Erwerb von Betäubungsmitteln in 5 Fällen,
 - des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Erwerb von Betäubungsmitteln in 18 Fällen,
 - b) aufgehoben in den Aussprüchen über die Einzelstrafen in den Fällen 118, 119, 121, 123, 125, 127, 129, 130, 131 und 137 der Urteilsgründe sowie im Gesamtstrafenausspruch; die zugehörigen Feststellungen bleiben aufrechterhalten.

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.

2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe:

1 Das Landgericht hat den Angeklagten - unter Freisprechung im Übrigen - wegen

- Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und mit Erwerb von Betäubungsmitteln in drei Fällen (Fälle 138, 139, 141 der Urteilsgründe),

- Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Erwerb von Betäubungsmitteln in zwölf Fällen (Fälle 119, 121, 123, 125, 127, 129, 130, 131, 135, 136, 137, 140 der Urteilsgründe),

- Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit "gewerbsmäßigem" Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Fall 118 der Urteilsgründe),

- "gewerbsmäßigen" Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Erwerb von Betäubungsmitteln in acht Fällen (Fälle 97, 103, 114, 115, 116, 117, 132, 134 der Urteilsgründe)

zu der Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sieben Monaten verurteilt und zu seinen Lasten 11.700 € für verfallen erklärt. Die Revision des Angeklagten rügt die Verletzung materiellen Rechts und beanstandet das Verfahren. Das Rechtsmittel hat mit der Sachrüge den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

- 2 1. Die Schuldsprüche wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Erwerb von Betäubungsmitteln (§ 29a Abs. 1 Nr. 2, § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG) in den Fällen 119, 121, 123, 125, 127, 129, 130, 131 und 137 der Urteilsgründe haben keinen Bestand; der Angeklagte ist insoweit jeweils lediglich des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Erwerb von Betäubungsmitteln (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG) schuldig.

- 3 a) Der Angeklagte und der Mitangeklagte bezogen von einem Verkäufer in Hamburg in "Einkaufsgemeinschaft" Betäubungsmittel, die sie teils selbst konsumierten, teils weiterveräußerten. In den genannten neun Fällen erwarb - wovon der Senat nach den Feststellungen ausgeht - der Mitangeklagte auf diese Weise jeweils 200 g Amphetamin, Wirkstoffgehalt 7,3 % Amphetaminbase, das er in seine Wohnung brachte und dort hälftig mit dem Angeklagten teilte. Vorgefasster Absicht entsprechend verwendeten beide jeweils 10 g ihres Anteils für den Eigenkonsum, 90 g hieraus veräußerten sie - jeder für sich - gewinnbringend weiter. In zwei der Fälle (Fälle 130 und 131 der Urteilsgründe) beschaffte der Mitangeklagte für den Angeklagten zudem jeweils 5 g Kokain, Wirkstoffgehalt 45 % kHC, wovon dieser wie geplant jeweils 2 g selbst konsumierte und 3 g gewinnbringend veräußerte.

- 4 Damit erreichte die vom Angeklagten zum gewinnbringenden Verkauf bestimmte Betäubungsmittelmenge in keinem der Fälle den Grenzwert der nicht geringen Menge im Sinne von § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG (10 g Amphetaminbase; 5 g KHC). In den Fällen 130 und 131 der Urteilsgründe gilt dies auch dann, wenn man die Wirkstoffanteile des Amphetamins und des gleichzeitig bezogenen Kokains kumuliert (hierzu Weber, BtMG, 3. Aufl., § 29a Rn. 127 mwN).
- 5 b) Soweit das Landgericht in diesen Fällen deshalb zu einem Handeltreiben des Angeklagten mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gelangt ist, weil es ihm auch die Mengen zugerechnet hat, die der Mitangeklagte jeweils aus seinem eigenen Anteil zur Weiterveräußerung bestimmt hatte, hält dies revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand. Allein der Umstand, dass sich Beteiligte durch gemeinsamen Bezug der von ihnen jeweils zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmten Betäubungsmittel günstigere Einkaufsbedingungen verschaffen, macht diese noch nicht im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB zu Mittätern des Handeltreibens des jeweils anderen. Ob ein Beteiligter als Mittäter des anderen handelt, ist vielmehr 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).

6 Nach diesen Maßstäben begegnet die Annahme mittäterschaftlichen Handeltreibens des Angeklagten und des Mitangeklagten durchgreifenden rechtlichen Bedenken; denn es mangelt an jeglichen Anhaltspunkten dafür, dass der Angeklagte auf die Gestaltung der vom Mitangeklagten hinsichtlich seines Anteils in Aussicht genommenen Umsatzgeschäfte Einfluss hätte nehmen können oder an deren Gelingen überhaupt eigenes Interesse gehabt hätte. Überdies ist, was den Angeklagten betrifft, hinsichtlich der vom Mitangeklagten beabsichtigten Umsatzgeschäfte auch das für täterschaftliches Handeltreiben bestimmende Merkmal der Eigennützigkeit nicht zu erkennen. Eigennütziges Handeln setzt ein Anstreben von Vorteilen voraus, die sich aus dem Umsatzgeschäft selbst ergeben; nicht in diesem Sinne umsatzbezogen ist ein Vorteil, der dem Täter aus einem anderen Umstand, namentlich dem Erwerb, erwächst (Weber aaO § 29 Rn. 317, 320 mwN). Der vom Angeklagten durch den gemeinsamen Einkauf mit dem Mitangeklagten für sich selbst erstrebte Vorteil erschöpfte sich indes in der günstigeren Gestaltung der Einkaufsbedingungen und damit in Umständen, die seinen eigenen Erwerb betreffen.

7 Soweit der Bundesgerichtshof in einem Einzelfall (Urteil vom 9. Oktober 2002 - 1 StR 137/02, NStZ-RR 2003, 57) mittäterschaftliches Handeltreiben von Teilnehmern an einem Sammeleinkauf in Bezug auf die insgesamt zur Weiterveräußerung bestimmte Menge abweichend hiervon damit begründet hat, der Kauf der Gesamtmenge habe im gemeinsamen Interesse aller Beteiligten gelegen, ergibt sich im Ergebnis nichts anderes; denn dem lag jedenfalls zugrunde, dass alle Beteiligten Mitbesitzer der gesamten Einkaufsmenge waren. Für Mitbesitz des Angeklagten an der Gesamtmenge besteht hier indes, wie ausgeführt, kein Anhalt.

8 2. Keinen Bestand hat darüber hinaus der Schuldspruch wegen Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (§ 29a Abs. 1 Nr. 2, § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG) im Fall 118 der Urteilsgründe; auch hier ist der Angeklagte lediglich des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Erwerb von Betäubungsmitteln (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG) schuldig.

9 Auf die beschriebene Weise beschafft - nach den Feststellungen wiederum durch den Mitangeklagten - wurden in diesem Falle 150 g Amphetamin, Wirkstoffgehalt 7,3 % Amphetaminbase, von denen der Angeklagte 100 g erhielt. 10 g hiervon hatte der Angeklagte zum Eigenkonsum bestimmt, 90 g zur gewinnbringenden Weiterveräußerung. Dass er über seinen so verwendeten Anteil hinaus die Verfügungsgewalt über Betäubungsmittel (in nicht geringer Menge) gehabt hätte, hat das Landgericht nicht festgestellt.

10 3. Durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnen schließlich die Schuldsprüche (auch) wegen Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in den Fällen 138 und 139 der Urteilsgründe; insoweit ist der Angeklagte jeweils lediglich des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Erwerb von Betäubungsmitteln schuldig.

11 Der Mitangeklagte besorgte jeweils 200 g Amphetamin, Wirkstoffgehalt 7,3 % Amphetaminbase, und 15 g Kokain, Wirkstoffgehalt 45 % KHC. Für den Angeklagten bestimmt waren das Kokain und die Hälfte des Amphetamins. Wie beabsichtigt, veräußerte der Angeklagte aus jeder Lieferung 90 g Amphetamin und 12 g Kokain; den Rest konsumierte er selbst.

12 Danach überschreiten zwar die vom Angeklagten zur gewinnbringenden Weiterveräußerung bestimmten Mengen in beiden Fällen bereits in Bezug auf das Kokain den Grenzwert der nicht geringen Menge im Sinne von § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG. Eine über die jeweils zum Eigengebrauch und zur Weiterveräußerung bestimmten Mengen hinausgehende Verfügungsgewalt des Angeklagten über Betäubungsmittel (in nicht geringer Menge) hat das Landgericht indes auch hier nicht festgestellt.

13 4. Der Senat ändert die Schuldsprüche entsprechend ab. § 265 StPO steht dem nicht entgegen, da sich der Angeklagte bei zutreffender rechtlicher Bewertung des Tatgeschehens nicht wirksamer hätte verteidigen können.

14 Die Änderungen der Schuldsprüche führen zur Aufhebung des Urteils in den Aussprüchen über die Einzelstrafen in den Fällen 118, 119, 121, 123, 125, 127, 129, 130, 131 und 137 der Urteilsgründe sowie im Gesamtstrafenauspruch. Die jeweils zugehörigen Feststellungen werden von der rechtlich fehlerhaften Bewertung des Tatgeschehens nicht berührt und können aufrechterhalten bleiben.

15 In den Fällen 138 und 139 der Urteilsgründe schließt der Senat demgegenüber aus, dass das Landgericht die Einzelstrafen milder bemessen hätte, wäre es nicht von einem zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und zum Erwerb von Betäubungsmitteln Tateinheitlich hinzutretenden Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge ausgegangen.

16 5. Die Regelbeispiele des § 29 Abs. 3 BtMG - wie hier die vom Landgericht rechtsfehlerfrei begründete Gewerbsmäßigkeit - sind keine qualifizierenden Tatbestände, sondern Strafzumessungsregeln und deshalb nicht in die

Urteilsformel aufzunehmen (Senat, Beschlüsse vom 27. April 2004 - 3 StR 116/04; vom 10. Mai 2005 - 3 StR 133/05, NStZ 2006, 172).

Becker

RiBGH von Lienen befindet sich
im Urlaub und ist daher gehindert
zu unterschreiben.

Schäfer

Becker

Mayer

Menges