



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

3 StR 437/12

vom

4. September 2014

in der Strafsache

gegen

wegen Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge u.a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Verhandlung vom
4. September 2014, an der teilgenommen haben:

Richter am Bundesgerichtshof

Dr. Schäfer

als Vorsitzender,

die Richter am Bundesgerichtshof

Pfister,

Mayer,

Gericke,

Richterin am Bundesgerichtshof

Dr. Spaniol

als beisitzende Richter,

Staatsanwalt

als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Justizobersekretärin

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Lüneburg vom 26. Juni 2012

a) aufgehoben,

aa) soweit der Angeklagte wegen unerlaubten Inverkehrbringens von Arzneimitteln verurteilt worden ist;

bb) im Ausspruch über die Gesamtfreiheitsstrafe;

b) dahin geändert, dass der Angeklagte

aa) wegen Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zur Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt wird, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wird;

bb) im Übrigen freigesprochen wird.

2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

3. Soweit der Angeklagte freigesprochen worden ist, fallen die Kosten des Verfahrens und seine notwendigen Auslagen der Staatskasse zur Last.

Der Beschwerdeführer hat die verbleibenden Kosten des Rechtsmittels zu tragen.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge sowie wegen unerlaubten Inverkehrbringens von Arzneimitteln zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und neun Monaten verurteilt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Mit seiner auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützten Revision wendet sich der Beschwerdeführer gegen seine Verurteilung wegen des unerlaubten Inverkehrbringens von Arzneimitteln und begehrt insoweit seinen Freispruch; im Übrigen beanstandet er lediglich den Strafausspruch. Das Rechtsmittel hat den aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Erfolg, im Übrigen ist es unbegründet.

- 2 1. a) Nach den Feststellungen des Landgerichts gestattete der Angeklagte einem Bekannten, einen Beutel mit über 800 Gramm Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von 11,9 %, mithin mit einer Wirkstoffmenge von über 98 Gramm Tetrahydrocannabinol (THC), in einer Regentonne auf seinem Grundstück zu verstecken. Ihm war bewusst, dass der Bekannte das Marihuana gewinnbringend weiterveräußern wollte (Tat 1 der Urteilsgründe).

- 3 Zudem verkaufte der Angeklagte in seinem Geschäft "G.
" unter anderem Tütchen mit bis zu 3 g Kräutermischungen. Diese sogenannten Legal-High-Produkte enthielten synthetische Cannabinoide. Dem Angeklagten war bewusst, dass die Kräutermischungen von seinen Kunden als Ersatz für Marihuana geraucht wurden in der Erwartung, sich dadurch in einen mit dem Konsum von Marihuana vergleichbaren Rauschzustand zu versetzen. Die Kräutermischungen unterfielen zum damaligen Zeitpunkt nicht den Vorschriften des Betäubungsmittelgesetzes (BtMG). Aufgrund eines zuvor gegen

ihn eingeleiteten Ermittlungsverfahrens war ihm bekannt, dass die Kräutermischungen wegen ihrer gesundheitsschädlichen Wirkungen von den Ermittlungsbehörden als bedenkliche Arzneimittel im Sinne des Arzneimittelgesetzes (AMG) eingestuft wurden (Tat 2 der Urteilsgründe).

4 Die Untersuchung der aufgefundenen Kräutermischungen ergab, dass ihnen jeweils unter anderem die synthetischen Cannabinoide JWH-210 und RCS-4 zugesetzt waren. Diesen Verbindungen liegt keine Dibenzopyranbasis wie bei dem in Marihuana enthaltenen Wirkstoff THC zugrunde. Sie gehören zur Gruppe der Aminoalkylindole und wirken - dem THC ähnlich - auf die Cannabinoidrezeptoren im menschlichen Körper ein, wodurch eine physiologische Wirkung hervorgerufen wird. Sie wurden aufgrund von Erkenntnissen, dass THC immunstimulierend wirkt und daher etwa bei Mukoviszidose-Patienten eingesetzt wird, von der pharmazeutischen Industrie in vorexperimentellen Studien getestet. Die Testreihen wurden bereits in der ersten experimentell-pharmakologischen Phase abgebrochen, da die gewünschten gesundheitlichen Effekte nicht erzielt werden konnten und erhebliche Nebenwirkungen aufgrund der psychoaktiven Wirksamkeit zu erwarten waren.

5 Die von dem Angeklagten zum Kauf angebotenen Tütchen enthielten weder festgelegte Wirkstoffmengen noch Hinweise auf den Wirkstoff oder Dosierungsanleitungen. In der Regel waren sie mit dem Aufdruck versehen, es handele sich um Raumerfrischer, der Inhalt sei nicht zum menschlichen Verzehr geeignet. Die Konsumenten brachten die Kräutermischungen zumeist auf Tabak auf und rauchten diese Kombination.

6 Typische Wirkung nach dem Konsum solcher Kräutermischungen ist eine gehobene Stimmung bis hin zur Euphorie mit subjektiv gesteigerter Sinneswahrnehmung. Phasen gesteigerten Antriebs können mit Schläfrigkeit, Apathie

und Lethargie abwechseln. Bei hohen Konsumdosen, Anwendung durch Personen mit psychischen Störungen und bei wiederholtem Konsum kommt es häufiger zu atypischen Rauscherlebnissen, bei denen Wahnvorstellungen, Angst, Halluzinationen und Depersonalisierungserlebnisse, akute Panikreaktionen, Desorientierung, Verwirrtheitszustände und Gedächtnisverlust auftreten. Die Rauscherlebnisse können sich bis zu sogenannten bad trips mit Suizidimpulsen steigern. Aufgrund der nicht standardisierten Zumischung der synthetischen Cannabinoide und der daraus folgenden sehr ungleichmäßigen Verteilung besteht die Gefahr der Überdosierung. Die von der Strafkammer vernommenen Zeugen haben zudem als weitere Nebenwirkungen Herzrasen, Schwindelgefühle und Übelkeit geschildert.

7 Nach Auffassung des Landgerichts hat sich der Angeklagte durch den Verkauf der Kräutermischungen nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 AMG strafbar gemacht, indem er im Sinne des § 5 Abs. 1 AMG in Verbindung mit § 4 Abs. 17 AMG bedenkliche Arzneimittel in Verkehr brachte.

8 b) Der Senat hat in dieser Sache dem Gerichtshof der Europäischen Union mit Beschluss vom 28. Mai 2013 folgende Frage vorgelegt:

"Ist Art. 1 Nr. 2 Buchstabe b) der Richtlinie 2001/83/EG vom 6. November 2001 in der durch die Richtlinie 2004/27/EG vom 31. März 2004 geänderten Fassung dahin auszulegen, dass Stoffe oder Stoffzusammensetzungen im Sinne dieser Vorschrift, die die menschlichen physiologischen Funktionen lediglich beeinflussen - also nicht wiederherstellen oder korrigieren -, nur dann als Arzneimittel anzusehen sind, wenn sie einen therapeutischen Nutzen haben oder jedenfalls eine Beeinflussung der körperlichen Funktionen zum Positiven hin bewirken? Fallen mithin Stoffe oder Stoffzusammensetzungen, die allein wegen ihrer - einen Rauschzustand hervorrufenden - psychoaktiven Wirkungen konsumiert werden und dabei einen jedenfalls gesundheitsgefährdenden Effekt haben, nicht unter den Arzneimittelbegriff der Richtlinie?"

9 Der Gerichtshof der Europäischen Union hat die Vorlagefrage mit Urteil vom 10. Juli 2014 wie folgt beantwortet:

"Art. 1 Nr. 2 Buchst. b der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel in der durch die Richtlinie 2004/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass davon Stoffe wie die in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden nicht erfasst werden, deren Wirkungen sich auf eine schlichte Beeinflussung der physiologischen Funktionen beschränken, ohne dass sie geeignet wären, der menschlichen Gesundheit unmittelbar oder mittelbar zuträglich zu sein, die nur konsumiert werden, um einen Rauschzustand hervorzurufen, und die dabei gesundheitsschädlich sind."

10 2. Der Schuldspruch wegen unerlaubten Inverkehrbringens von Arzneimitteln (Tat 2 der Urteilsgründe) kann aus Rechtsgründen keinen Bestand haben.

11 Die Würdigung des Landgerichts erweist sich auf der Grundlage des in dieser Sache ergangenen Urteils des Gerichtshofs der Europäischen Union als rechtsfehlerhaft. Bei den Kräutermischungen handelt es sich nicht um Arzneimittel im Sinne von Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie 2001/83/EG vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel (ABl. EG Nr. L 311 vom 28. November 2001, S. 67 ff.) in der durch die Richtlinie 2004/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Änderung der Richtlinie 2001/83/EG (ABl. EG Nr. L 136 vom 30. April 2004, S. 34 ff.) geltenden Fassung (im Folgenden: RL Humanarzneimittel). Damit stellen die vom Angeklagten verkauften Kräutermischungen auch kein Arzneimittel im Sinne des den Arzneimittelbegriff der Richtlinie in deutsches Recht umsetzenden § 2 Abs. 1 AMG dar, was wiederum Voraussetzung einer Straf-

barkeit des Angeklagten nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 AMG gewesen wäre. Dazu im Einzelnen:

- 12 a) Der zur Auslegung des europäischen Rechts berufene Gerichtshof der Europäischen Union hat mit dem vorgenannten Urteil vom 10. Juli 2014 (Rechtssachen C-358/13 und C-181/14, NStZ 2014, 461) Art. 1 Nr. 2 RL Humanarzneimittel dahin ausgelegt, dass davon Stoffe wie synthetische Cannabinoide nicht erfasst werden, deren Wirkungen sich auf eine schlichte Beeinflussung der physiologischen Funktionen beschränken, ohne dass sie geeignet wären, der menschlichen Gesundheit unmittelbar oder mittelbar zuträglich zu sein, die mithin nur konsumiert werden, um einen Rauschzustand hervorzurufen, und die dabei gesundheitsschädlich sind (EuGH, aaO, S. 463).
- 13 Zur Begründung hat der Gerichtshof ausgeführt, dass die RL Humanarzneimittel zwei verschiedene Definitionen des Begriffs "Arzneimittel" enthalte: Nach Art. 1 Nr. 2 Buchst. a RL Humanarzneimittel sind dies alle Stoffe oder Stoffzusammensetzungen, die als Mittel mit Eigenschaften zur Heilung oder zur Verhütung menschlicher Krankheiten bestimmt sind. Art. 1 Nr. 2 Buchst. b RL Humanarzneimittel definiert als Arzneimittel zudem alle Stoffe oder Stoffzusammensetzungen, die im oder am menschlichen Körper verwendet oder einem verabreicht werden können, um entweder die menschlichen physiologischen Funktionen durch eine pharmakologische, immunologische oder metabolische Wirkung wiederherzustellen, zu korrigieren oder zu beeinflussen oder eine medizinische Diagnose zu erstellen. Auch wenn diese Bestimmungen durch das Wort "oder" getrennt seien, müssten beide Varianten in Verbindung miteinander gelesen werden, was voraussetze, dass ihre verschiedenen Kriterien nicht so verstanden werden könnten, dass sie im Gegensatz zueinander stünden (EuGH, aaO, S. 462).

- 14 Die Vorschrift sei mit Blick auf das Ziel der Gewährung eines hohen Niveaus des Schutzes der menschlichen Gesundheit zu lesen. Dies bringe keine schlichte Neutralität der Auswirkung auf die menschliche Gesundheit zum Ausdruck, sondern impliziere eine gesundheitsfördernde Wirkung. Aus der Bezugnahme der Definition in Art. 1 Nr. 2 Buchst. a RL Humanarzneimittel auf die Eigenschaften zur Heilung oder zur Verhütung menschlicher Krankheiten lasse sich eindeutig das Bestehen einer positiven Wirkung für die menschliche Gesundheit ableiten. Auch die Definition in Buchst. b der Regelung nehme Begriffe in Bezug, die eine gesundheitsfördernde Wirkung implizierten, da am Ende der Bestimmung von einer medizinischen Diagnose die Rede sei und diese der rechtzeitigen Behandlung einer möglicherweise diagnostizierten Krankheit diene. Nichts anderes könne für die Ausdrücke "wiederherstellen" und "korrigieren" gelten, womit die positive Wirkung für die menschliche Gesundheit, auch ohne dass eine Krankheit vorliege, herausgestellt werden solle. Für das Verständnis des diesen Begriffen folgenden Ausdrucks "beeinflussen" könnten im Hinblick auf die Sicherstellung der Kohärenz und der Verhinderung einer widersprüchlichen Auslegung der verschiedenen Kriterien der beiden Definitionen keine anderen teleologischen Erwägungen gelten. Daher erfasse auch der Ausdruck "beeinflussen" nur solche Stoffe, die geeignet seien, dem Funktionieren des menschlichen Organismus und folglich der menschlichen Gesundheit zuträglich zu sein (EuGH, aaO, S. 462 f.).
- 15 b) In Übereinstimmung mit der Auslegung des Gerichtshofes der Europäischen Union, an die der Senat im vorliegenden Verfahren gebunden ist (vgl. Karpstein in GHN, 50. Lfg., Art. 267 AEUV, Rn. 102 mwN), ist folglich auch § 2 Abs. 1 Nr. 2 AMG, der Art. 1 Nr. 2 Buchst. b RL Humanarzneimittel nahezu wortgleich wiedergibt und die Richtlinie so in deutsches Recht umsetzt, dahin auszulegen, dass von dem nationalen Arzneimittelbegriff die verfahrensgegen-

ständlichen synthetischen Cannabinoide nicht erfasst werden: Denn sie sind zwar geeignet, die physiologischen Funktionen zu beeinflussen, sie sind aber dem Funktionieren des menschlichen Organismus und damit der Gesundheit nicht zuträglich. Nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Landgerichts wurden sie vielmehr nur ihrer Rauschwirkung wegen konsumiert und entfalteten lediglich gesundheitsschädliche Wirkungen.

16 Die von dem Angeklagten verkauften Kräutermischungen, die die synthetischen Cannabinoide enthielten, unterfielen damit weder dem Begriff des Funktionsarzneimittels (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 AMG), noch dem des Präsentationsarzneimittels (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 AMG), weil sie nicht als Mittel mit Eigenschaften zur Heilung oder Linderung oder zur Verhütung menschlicher oder tierischer Krankheiten oder krankhafter seelischer Beschwerden bestimmt waren. Da mithin von dem Angeklagten schon kein Arzneimittel vertrieben wurde, kam eine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 AMG nicht in Betracht. Zur Tatzeit waren die synthetischen Cannabinoide noch nicht in die Anlage II zum Betäubungsmittelgesetz aufgenommen, so dass auch eine Strafbarkeit nach den §§ 29 ff. BtMG ausscheidet. Da schließlich im vorliegenden Fall auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass sich der Angeklagte durch den Verkauf der Kräutermischungen in sonstiger Weise, etwa wegen Körperverletzungsdelikten schuldig gemacht haben könnte, war er insoweit freizusprechen.

17 3. Der Schuldspruch wegen Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, hat hingegen Bestand. Auch der - von der Revision insoweit allein bemängelte - Strafausspruch lässt Rechtsfehler zu Ungunsten des Angeklagten nicht erkennen; insbesondere ist die Annahme des Landgerichts, ein minder schwerer Fall liege nicht vor, revisionsrechtlich nicht zu be-

anstanden. Der Beschwerdeführer beschränkt sich insoweit auf die Vornahme einer eigenen Bewertung, mit der er im Revisionsverfahren nicht durchdringen kann.

Schäfer

Pfister

Mayer

Im BGH Dr. Spaniol befindet
sich im Urlaub und ist deshalb
gehindert zu unterschreiben.

Gericke

Schäfer