



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

3 StR 61/02
3 StR 243/02

vom
10. Juli 2003
in den Strafsachen
gegen

1.

2.

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

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Verhandlung vom 24. April 2003, in der Sitzung am 10. Juli 2003, an denen teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Prof. Dr. Tolksdorf,

die Richter am Bundesgerichtshof
Winkler,
Pfister,
von Lienen,
Becker
als beisitzende Richter,

Bundesanwalt in der Verhandlung,
Bundesanwalt bei der Verkündung
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt
als Verteidiger des Angeklagten K.
- in der Verhandlung vom 24. April 2003 - ,

Rechtsanwalt
als Verteidiger des Angeklagten Ko.
- in der Verhandlung vom 24. April 2003 - ,

Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

beschlossen:

Der Senat beabsichtigt zu entscheiden:

Für die Annahme vollendeten Handeltreibens reichen auch ernsthafte Verhandlungen über den Erwerb von zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmten Betäubungsmitteln nicht aus, solange über den Ankauf keine Einigung mit dem Lieferanten erzielt wird.

Er fragt daher bei den anderen Senaten an, ob an entgegenstehender Rechtsprechung festgehalten wird.

Gründe:

I.

Beim Senat sind Revisionsverfahren gegen zwei Urteile anhängig, durch die Fälle erfolgloser Bemühungen um den Erwerb von zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmter Betäubungsmittel als vollendetes Handeltreiben abgeurteilt worden sind. Die Rechtsmittel der Angeklagten geben Anlaß, die Abgrenzung von Vorbereitung, Versuch und Vollendung zu überprüfen. Der Senat hat beide Verfahren für die Durchführung eines Anfrageverfahrens verbunden, um durch die Vielfalt der Fallgestaltungen eine breitere Beurteilungsgrundlage zu schaffen.

1. Das Landgericht Mönchengladbach hat den Angeklagten Ko. am 8. November 2001 u. a. wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in acht Fällen zu einer Jugendstrafe von drei

Jahren und sechs Monaten verurteilt. Vollendetes Handeltreiben wurde auch bei folgenden Sachverhaltsfeststellungen angenommen:

a) Im Fall II. 19. wurde der Angeklagte von einem Freund angerufen, der ihm anbot, 10.000 Ecstasy-Tabletten zum Preis von 9.000 DM zu besorgen. Der Angeklagte erklärte ihm, er solle die Tabletten beschaffen. Dabei hatte der Angeklagte aber Zweifel, ob dieser hierzu in der Lage sein würde. Zu einer Lieferung von Tabletten kam es nicht.

b) Im Fall II. 20. telefonierte der Angeklagte mit einem Freund und beauftragte ihn, die Telefonnummer von einem "A. " herauszufinden. Der Angeklagte wollte feststellen, ob er von "A. " 10.000 Ecstasy-Tabletten erwerben könnte.

2. In einem weiteren Verfahren hat das Landgericht Mönchengladbach den Angeklagten K. am 15. Februar 2002 u. a. wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in fünf Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. Vollendetes Handeltreiben hat es auch bei folgenden Sachverhaltsfeststellungen angenommen:

a) Im Fall II. 1. a) wollte der Angeklagte 50 g Kokain erwerben, um es teilweise gewinnbringend weiterzuverkaufen. Er telefonierte deshalb mit mehreren Betäubungsmittelhändlern in Holland und besuchte auch einige von ihnen, konnte jedoch nirgends Kokain kaufen.

b) Im Fall II. 1. b) wollte der Angeklagte erneut 50 g Kokain erwerben und fuhr deshalb nach Holland. Das Geschäft kam nicht zustande, weil der Angeklagte mit dem Betäubungsmittelhändler nicht handelseinig wurde.

c) Im Fall II. 1. d) wollte der Angeklagte 70 g Kokain mit hohem Wirkstoffgehalt erwerben und fuhr deshalb nach Holland. Weil die Qualität des Angebots nicht ausreichend war, kaufte der Angeklagte statt dessen 40 g Amphetamin mit einem Wirkstoffanteil von weniger als 10 Gramm Amphetaminbase, das er nach Deutschland verbrachte und weiterverkaufte. Obgleich das erworbene Amphetamin die Grenze zur nicht geringen Menge nicht überschritt, hat das Landgericht den Angeklagten wegen vollendeten Handeltreibens mit einer nicht geringen Menge verurteilt, weil er Bemühungen entfaltet hatte, eine nicht geringe Menge von Kokain zu erwerben.

II.

Der Senat möchte in diesen Fällen - unter Aufgabe eigener entgegenstehender Rechtsprechung - den Schuldspruch aufheben. Er ist der Auffassung, daß erfolglose Ankaufbemühungen nicht als vollendetes Handeltreiben bewertet werden können. An der beabsichtigten Entscheidung sieht er sich durch die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gehindert.

Nach der Rechtsprechung aller Senate reichen für die Annahme vollendeten Handeltreibens ernsthafte Verhandlungen über den Ankauf von zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmten Betäubungsmitteln aus, sofern nur das Stadium allgemeiner Anfragen verlassen ist. So unter anderem:

1. Strafsenat: Urt. vom 12. August 1986 - 1 StR 360/86 = BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 4 = NJW 1986, 2896;
2. Strafsenat: Urt. vom 15. März 1995 - 2 StR 15/95 = NStZ-RR 1996, 48;
3. Strafsenat: Urt. vom 12. April 1995 - 3 StR 31/95 = BGHR BtMG § 29 a Abs. 1 Nr. 2 Handeltreiben 1;
4. Strafsenat: Beschl. vom 22. November 1994 - 4 StR 516/94 = NJW 1995, 470;
5. Strafsenat: Urt. vom 15. April 1980 - 5 StR 135/80 = BGHSt 29, 239.

Damit sind die Voraussetzungen einer Divergenzvorlage nach § 132 Abs. 2 GVG gegeben, da der Senat, auch wenn er die entsprechende eigene Rechtsprechung aufgibt, von den Entscheidungen der anderen Strafsenate abweichen würde.

III.

Ob die Taten der Angeklagten in den dargestellten Fällen der Ausgangsverfahren als vollendetes oder versuchtes Handeltreiben oder als - nur nach Maßgabe des § 30 StGB strafbare - Vorbereitungshandlungen zu werten sind, hängt entscheidend davon ab, wie das Tatbestandsmerkmal des "Handeltreibens" in den §§ 29, 29 a, 30, 30 a BtMG auszulegen ist. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs fällt unter diesen Begriff jede eigennützige auf Umsatz gerichtete Tätigkeit. Dabei ist es rechtlich unerheblich, ob es zu eigenen Umsatzgeschäften oder auch nur zur Anbahnung bestimmter Geschäfte gekommen ist; auch der Besitz an dem zum Umsatz vorgesehenen Rauschgift ist nicht vorausgesetzt. Es reicht selbst eine einmalige, gelegentliche oder vermittelnde Tätigkeit aus (st. Rspr., vgl. BGHSt 29, 239 f.;

30, 359, 361; BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 28, 29, 31, 41, 50; BGH NStZ 2000, 207 f.).

1. Diese Rechtsprechung ist das Ergebnis einer langen Entwicklung.

Bereits das Reichsgericht hatte sich mit dem Rechtsbegriff des Handels und des Handeltreibens, freilich zu anderen Rechtsgebieten, zu befassen. Es hat ihn in "weitestem" Sinne ausgelegt und darunter jede eigennützige, auf den Güterumsatz gerichtete Tätigkeit verstanden. Ergänzend hat es betont, es sei nicht erforderlich, daß das Ziel, Waren umzusetzen, erreicht werde; es genügen vielmehr auch das Aufsuchen von Kunden, das Anbieten von Waren, die Tätigkeit eines Vermittlers und der Erwerb von zum Umsatz bestimmten Waren (vgl. RGSt 51, 379, 380; 53, 310, 313, 316; 58, 159 ff.). Anliegen dieser weiten Auslegung, die zum Ende des Ersten Weltkriegs und in der anschließenden Zeit wirtschaftlicher Not zur Kriegsverordnung über den Handel mit Lebens- und Futtermitteln sowie zur Verordnung über Handelsbeschränkungen entwickelt wurde, war es, durch eine extensive Interpretation des Begriffs (bezeichnend ist der Superlativ "weitest") eine möglichst effektive Umsetzung dieser Vorschriften zu gewährleisten.

Für den Bereich des Opiumgesetzes von 1920 hatte die Kommentarliteratur den Handel mit Betäubungsmitteln als jede eigensüchtige auf den Umsatz gerichtete Tätigkeit, auch die nur gelegentliche und die einmalige, auch die des Vermittlers definiert (Stenglein, Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reiches Bd. I 5. Aufl. 1928 § 2 OpiumG Anm. 9). Eine strafrechtliche Rechtsprechung zu diesem Begriff konnte sich damals noch nicht bilden, da in § 2 dieses Gesetzes für den Handel nur eine Erlaubnispflicht normiert, eine Zuwiderhandlung gegen diese Vorschrift aber nicht unter Straf-

androhung gestellt war. Eigennützige Umsatzbetätigungen waren vielmehr nur unter den Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 Nr. 1 OpiumG als Fälle der Veräußerung, des anderweitigen Inverkehrbringens und des Erwerbs strafbar (Stenglein aaO § 8 Anm. 8). Um auch die Bestrafung von Personen zu ermöglichen, die Betäubungsmittel lediglich vermitteln, ohne ein Lager zu unterhalten oder Betäubungsmittel in die Hände zu bekommen (vgl. RTDrucks. IV. 1928 Nr. 1386 S. 10; Anselmino/Hamburger, Kommentar zu dem Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln - Opiumgesetz - 1. Aufl. 1931, S. 75 und 300; Liemersdorf/Miebach MDR 1979, 981, 984; Schwitters, Die Vorverlagerung der Strafbarkeit beim unerlaubten Handeltreiben im Betäubungsmittelstrafrecht, Diss. Konstanz 1998, S. 19 f.), ist durch das Opiumgesetz vom 10. Dezember 1929 (RGBl I 215) das unerlaubte Handeltreiben in § 10 Abs. 1 Nr. 1 unter Strafe gestellt worden. Das Reichsgericht hat diesen Begriff auch hier "weitest" ausgelegt und darunter jede eigensüchtige, auf den Umsatz von Rauschgift gerichtete Tätigkeit verstanden, gleichviel in welcher Form und unter welchem Namen sie ausgeübt werde (RG DJZ 1932, 808).

2. Diese weite Auslegung des Begriffs ist vom Bundesgerichtshof übernommen worden. Sie hat dazu geführt, daß als Handeltreiben auch Handlungen abgeurteilt werden, die weit im Vorfeld der eigentlichen Umsatzgeschäfte liegen, diese nur als Hilfstätigkeiten begleiten oder ihnen im Rahmen des Geldflusses nachfolgen:

Im Vorfeld werden Tätigkeiten wie die Erkundigung nach Lieferquellen (BGHR BtMG § 29 a Abs. 1 Nr. 2 Handeltreiben 1), das Auskundschaften potentieller Abnehmer (BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 20) und so-

gar das Beschaffen von Laborgeräten für die Herstellung von Drogen (BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 40) als vollendetes Handeltreiben erfaßt.

Handlungen, die an sich typische Hilfstätigkeiten darstellen, werden auf der Grundlage dieser Definition des Handeltreibens vielfach als täterschaftliches Handeltreiben angesehen, sofern der jeweilige Beteiligte in Bezug auf diese Hilfstätigkeit Tatherrschaft hat und sich sein Tun nicht nur als völlig untergeordnet erweist. Dies gilt insbesondere für die praktisch besonders zahlreichen Kurierfälle (vgl. Weber, BtMG 2. Aufl. § 29 Rdn. 260 ff.; BGH bei Winkler NStZ 2001, 301; 2002, 191; 2003, 247). Schon das Anwerben eines Kuriers (BGH StV 1995, 641), die bloße Zusage einer Transportleistung (BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 18) und das Überwachen eines Kuriers (BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 54) werden regelmäßig als täterschaftliches Handeltreiben beurteilt. Entsprechendes gilt für das Lagern (BGH StV 1994, 658), Portionieren und Strecken (BGHSt 43, 8, 10) von Betäubungsmitteln.

Weiter werden Handlungen als tatbestandsmäßiges Handeltreiben angesehen, die sich an die Übergabe der Betäubungsmittel anschließen und mit der Zahlung des Kaufpreises in Zusammenhang stehen, wie das Eintreiben des Kaufpreises (BGH NJW 1995, 3264), die Übermittlung des Erlöses vom Abnehmer an den Lieferanten (BGH NJW 1992, 1905), Geldwäschehandlungen (BGHSt 43, 158, 162 f.), der Umtausch des Erlöses in andere Produkte in der Art einer Geldwäsche und unter bestimmten Voraussetzungen auch die Weiterleitung des Erlöses vom Lieferanten an seine Hintermänner (BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 50).

3. Gegen diese weite Auslegung sind in der Literatur vielfältige Bedenken erhoben worden. Diese gehen im wesentlichen dahin, die Auslegung durch die Rechtsprechung überschreite aus kriminalpolitischen Erwägungen die Grenzen des Wortlauts der Vorschrift, begrenze den Kreis tatbestandsmäßiger Handlungen unzureichend und behandle den Tatbestand des Handeltreibens zu Unrecht als unechtes Unternehmensdelikt, wodurch die an sich vom Gesetz vorgesehene Differenzierung von Vorbereitung, Versuch und Vollendung verschwimme und die Möglichkeit eines Rücktritts für den Täter beseitigt werde (vgl. unter anderen Nestler in Kreuzer, Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts § 11 Rdn. 357; Strate ZRP 1987, 314, 316; Roxin StV 1992, 517, 518; Krack JuS 1995, 585, 586; Harzer StV 1996, 336; Paul StV 1998, 623, 625; Endriß/Kinzig NJW 2001, 3217, 3219; Paeffgen in FS 50 Jahre BGH Bd. 4 S. 726; ausführlich zum Meinungsstand Ebert, Das Handeltreiben mit Betäubungsmitteln im Sinne von § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG, Diss. Aachen 1997; Schwitters, Die Vorverlagerung der Strafbarkeit beim unerlaubten Handeltreiben im Betäubungsmittelstrafrecht, Diss. Konstanz 1998).

Soweit die Rechtsprechung Zustimmung erfährt, wird betont, daß ihre weite Auslegung eine lückenlose Erfassung aller Handlungen ermögliche, die geeignet seien, Betäubungsmittel unkontrolliert in den Verkehr gelangen zu lassen. Sie sei auch deswegen geboten, weil der Drogenmarkt durch international operierende Organisationen beherrscht und durch ein hohes Maß an Arbeitsteilung und Tarnung geprägt werde, bei dem es die führenden Täter verstünden, den Absatz von Betäubungsmitteln allein durch die Erteilung von Aufträgen aus dem Hintergrund zu steuern, ohne selbst mit den Drogen in Kontakt zu kommen (vgl. Weber aaO Rdn. 144 ff.).

IV.

Die Kritik an der Rechtsprechung erscheint berechtigt, soweit sie sich dagegen wendet, daß nach dem Wortlaut der von ihr entwickelten Definition jede eigennützige, auf Umsatz gerichtete Tätigkeit für die Annahme des Tatbestandsmerkmals des Handeltreibens genügen soll.

1. Bereits der Wortlaut des Begriffs "Handeltreiben" spricht für eine engere Auslegung.

Allerdings trifft die Auffassung nicht zu, daß die bisherige Definition mit dem Wortlaut des § 3 Abs. 1 Nr. 1, § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG von vorneherein unvereinbar ist; insbesondere erfordert der Wortlaut keine Beschränkung auf solche Tätigkeiten, die "die Sache dem Erwerber näherbringen" (so Harzer StV 1996, 336, 337). Denn weder nach allgemeinem noch nach juristischem Sprachgebrauch ist ein solches "Näherbringen" oder auch nur eine irgendwie geartete Weitergabe oder Bewegung der Ware, die Objekt des Handels ist, begrifflich Voraussetzung für die Bezeichnung eines Vorgangs als Handeltreiben. So ist es, ohne daß der Begriff überdehnt würde, ohne weiteres möglich und entspricht der Übung, auch den Abschluß eines Vertrags über den Verkauf einer Ware, die noch nicht produziert ist oder die der Verkäufer sich erst noch beschaffen will, was nach den Beobachtungen des Senats auch im Betäubungsmittelbereich zunehmend zu beobachten ist, als Handel oder Handeltreiben zu bezeichnen.

Schließt danach zwar der Wortlaut des Begriffs "Handeltreiben" die weite Auslegung durch die Rechtsprechung nicht aus, so ist doch umgekehrt

auch nicht zu verkennen, daß eine Auslegung, die nicht jegliche, sondern nur handelsspezifische Tätigkeiten als Handeltreiben erfaßt, dem Wortsinn des Begriffs besser gerecht wird. Dementsprechend hat der Senat bereits in einem Beschluß vom 4. Dezember 1981 (BGHSt 30, 277, 279) nur solche Tätigkeiten als Handeltreiben angesehen, die bei natürlicher Betrachtungsweise solche eines Händlers sind, und es daher abgelehnt, den Diebstahl von Betäubungsmitteln, die später veräußert werden sollten, als vollendetes Handeltreiben zu qualifizieren. Diese Auffassung hat sich indes damals nicht durchgesetzt (vgl. BGHSt 30, 359 f.; BGHSt 43, 252, 258; BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 35).

2. Für eine einengende Auslegung spricht weiter, daß der Gesetzgeber in Absatz 2 des § 29 BtMG für das Handeltreiben ebenso wie für einige andere der zahlreichen Tatbestandsvarianten des Absatzes 1 dieser Vorschrift die Strafbarkeit des Versuchs bestimmt hat. Nach der bisherigen weiten Auslegung, die beim äußeren Sachverhalt unter Verzicht auf eine weitere Begrenzung "jede Tätigkeit" genügen läßt und die erforderliche Konturierung des Begriffs ausschließlich im Subjektiven (durch die Merkmale "eigennützig" und "auf Umsatz gerichtet") vornimmt, kann die Versuchsstrafbarkeit keine nennenswerte Bedeutung erlangen (vgl. Weber aaO Rdn. 295 f.). Dies ist mit der gesetzlichen Regelung des Absatz 2, die damit praktisch ins Leere läuft, nur schwer vereinbar. Insbesondere wird dem Grundgedanken, Handlungen im Vorfeld, die im Hinblick auf den mit dem Straftatbestand bezweckten Rechtsgüterschutz eine geringere Gefährlichkeit aufweisen, unter eine dementsprechend niedrigere Strafdrohung zu stellen, insbesondere in den Fällen qualifizierten Handeltreibens nach §§ 29 a, 30, 30 a BtMG, nicht ausreichend Rechnung getragen. Nach dem das Strafrecht wesentlich bestimmenden Schuld-

grundsatz sind - gemessen an der Idee der Gerechtigkeit - Tatbestand und Rechtsfolge sachgerecht aufeinander abzustimmen (vgl. BVerfGE 50, 205, 214 f.). Diesem Grundsatz wird eine engere Auslegung besser gerecht, die es erlaubt, unterschiedlich gewichtige Verhaltensweisen durch die Milderungsmöglichkeit für den Versuch nach § 23 Abs. 2 StGB einer abgestuften Strafdrohung zu unterwerfen und im Falle eines strafbefreienden Rücktritts nach § 24 StGB Strafbefreiung zu gewähren. Für Handlungen, die an sich dem Vorbereitungsstadium zuzurechnen wären, würde es eine einengende Auslegung erleichtern, diese nur unter den eingeschränkten Voraussetzungen des § 30 StGB zu verfolgen oder andernfalls straflos zu stellen.

In diesem Zusammenhang ist der Meinungsstreit, ob das Handeltreiben mit Betäubungsmitteln als unechtes Unternehmensdelikt einzuordnen ist, für die Auslegung des Begriffs des Handeltreibens nicht ergiebig. Diese Kategorie ist im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs nicht vorgesehen und von Teilen der Strafrechtsdogmatik zur Erfassung von Tatbeständen mit finalen Handlungsbeschreibungen entwickelt worden, wobei die Auswirkungen im einzelnen umstritten sind (vgl. dazu Eser in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 11 Rdn. 52 ff.). Jedenfalls handelt es sich um eine nachträgliche Einstufung auf Grund des Regelungsinhalts eines Straftatbestandes, wie er nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zu ermitteln ist. Danach richtet sich die Einordnung nach der zunächst vorzunehmenden Auslegung und nicht umgekehrt.

3. Gewicht kommt auch dem Einwand zu, die bisherige Auslegung entspreche dem Grundsatz der Bestimmtheit eines Strafgesetzes nur unzureichend.

Art. 103 Abs. 2 GG verpflichtet seinem unmittelbaren Regelungsinhalt nach den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, daß Anwendungsbereich und Tragweite der Straftatbestände sich aus dem Wortlaut ergeben oder jedenfalls durch Auslegung ermitteln lassen. Die Vorschrift will neben der Bindung der Rechtsprechung an die Gesetze vor allem auch sicherstellen, daß die Normadressaten vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist (vgl. BVerfGE 92, 1, 12). Dieses Anliegen ist nach Möglichkeit auch bei der obergerichtlichen Auslegung von Straftatbeständen zu berücksichtigen. Ihm wird jedoch die bisherige Definition des Handeltreibens nur unzureichend gerecht. Wollte man entsprechend ihrem Wortlaut tatsächlich jede eigennützige, auf Umsatz gerichtete Tätigkeit als Handeltreiben auffassen, so würden vom eigentlichen Rauschgiftgeschäft ganz entfernte Aktivitäten wie die Beschaffung eines Mobiltelefons, eines Transportfahrzeuges oder gar nur von Verpackungsmaterial, das Erkunden von Preisen und Lieferquellen u. ä. ein vollendetes Handeltreiben darstellen. Um eine solche uferlose Ausdehnung des Tatbestandes zu vermeiden, hat sich die Rechtsprechung in vielfältiger Weise um Abgrenzung bemüht (z. B. unverbindliche Lieferanfrage BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 7; ferner der Umgang mit Hilfsstoffen oder Hilfsmitteln, die noch nicht in Bezug zu einem konkreten Umsatzgeschäft stehen, wie die Präparierung eines Schmuggelfahrzeugs BGH NStZ 2001, 323; Vermitteln von Streckmitteln BGHR BtMG § 29 Abs. 6 Handeltreiben 1; Lieferung von Grundstoffen für die Herstellung BGHSt 47, 134). Aber gerade der Umstand, daß eine zu weit gefaßte Definition im Einzelfall nur eingeschränkt angewandt wird, ohne daß hierfür klare Kriterien erkennbar sind, erschwert die Kalkulierbarkeit der Normanwendung aus der Sicht des Normadressaten und begründet Bedenken unter dem Gesichtspunkt

einer an dem Bestimmtheitsgebot strafrechtlicher Normen orientierten Auslegung.

V.

Bei der Suche nach einer Definition, die einerseits dem Anliegen einer effektiven Bekämpfung des Rauschgifthandels und andererseits den Anforderungen einer am Bestimmtheitsgebot orientierten Auslegung gerecht wird, sowie der Versuchsstrafbarkeit nach § 29 Abs. 2 BtMG einen praktischen Anwendungsbereich beläßt, hat der Senat neben der von Teilen der Literatur vorgeschlagenen umsatzorientierten Einschränkung weitere Lösungen in Erwägung gezogen. Er neigt zu einer Auslegung unter Heranziehung eines Katalogs von typischen Handelstätigkeiten.

1. Die insbesondere von Roxin und Harzer vorgeschlagenen Einengung auf solche Tätigkeiten, die den tatsächlichen Umsatz der Betäubungsmittel in Richtung des Endverbrauchers fördern (Roxin StV 1992, 517, 518; Harzer StV 1996, 336), würde zwar eine Beschränkung des Begriffs auf die unter dem Gesichtspunkt des zu schützenden Rechtsguts gefährlichsten Handlungen bewirken, dabei aber den strafrechtlichen Schutz zu weit zurücknehmen. Wie oben unter IV. 1. dargelegt, setzt Handeltreiben seinem Wortlaut nach keinen Warenumsatz voraus, es ist vielmehr auf einen solchen nur gerichtet. Auch die Entstehungsgeschichte (vgl. oben III. 1.) belegt, daß der Gesetzgeber mit der Strafbewehrung des unerlaubten Handeltreibens gerade auch Fälle wie die der Vermittlung erfassen wollte, bei denen kein Warenumsatz erfolgt.

2. Eine Beschränkung der Definition dahin, daß Handeltreiben mit Betäubungsmitteln ohne Warenumsatz wenigstens den Abschluß eines schuldrechtlichen Vertrages voraussetzt, würde diesen Nachteil nur zum Teil vermeiden. Typische Handelstätigkeiten wie "Feilhalten" und "Bestellungen aufsuchen oder entgegennehmen" würden nicht unter den Begriff fallen. So würde etwa das einseitige konkrete Verkaufsangebot eines Händlers, der auf einem szenebekanntem Drogenumschlagsplatz Interessenten Drogen anbietet, nicht als vollendetes Handeltreiben verfolgt werden können. Dem Anliegen des Gesetzes, möglichst lückenlos alle Handelsformen zu erfassen, die geeignet sind, Betäubungsmittel unkontrolliert in den Verkehr gelangen zu lassen (Weber aaO Rdn. 144), wäre damit nur unzureichend Rechnung getragen. Die Möglichkeit einer Strafraumenmilderung wegen Versuchs erscheint bei solchen typischen Händlertätigkeiten nicht angebracht. Dabei ist zu berücksichtigen, daß gesetzliche Definitionen bei anderen, vergleichbaren Rechtsgebieten unter unerlaubtem Handel ebenfalls solche einseitige Handelstätigkeiten erfassen (z. B. zum Waffenhandel Anlage 1 Abschnitt 2 zum WaffG nF Nr. 9; zum Verkehr mit explosionsgefährlichen Stoffen § 3 Nr. 5 SprengG). Darüber hinaus müßte die Definition auf Fälle des tatsächlichen Überlassens, etwa zur Anwerbung künftiger Abnehmer, erweitert werden, da auch hier typisches Verhalten eines Händlers vorliegt.

3. Dem Senat erscheint bei der Bestimmung des Begriffs des Handeltreibens die Schaffung eines Katalogs von handelstypischen Tätigkeiten, der Handlungen im Vorfeld, ausgesprochene Hilfstätigkeiten und nachfolgende Geldtransaktionen ausspart, am ehesten geeignet, die berechtigten kriminalpolitischen Ziele mit dem Erfordernis einer einschränkenden Auslegung in Einklang zu bringen. Einen derartigen Weg hat der Gesetzgeber bei dem ähnlich

gelagerten Problem der Definition des Begriffs des Waffenhandels gewählt (vgl. Schwitters, Die Vorverlagerung der Strafbarkeit beim unerlaubten Handel-treiben im Betäubungsmittelstrafrecht, Diss. Konstanz 1998, S. 160). Bereits das bis zum 31. März 2003 geltende Waffengesetz hatte in § 7 Abs. 1 Nr. 2 eine gesetzliche Definition des Waffenhandels enthalten, die in der Anlage 1 Abschnitt 2 Nr. 9 zum Waffengesetz vom 11. Oktober 2002 (BGBl I S. 3970) übernommen und nur unwesentlich verändert worden ist. Danach treibt Waf-fenhandel, wer gewerbsmäßig oder selbständig im Rahmen einer wirtschaftli-chen Unternehmung Schußwaffen oder Munition ankauft, feilhält, Bestellungen entgegennimmt oder aufsucht, anderen überläßt oder den Erwerb, den Vertrieb oder das Überlassen vermittelt. Diese Begriffsbestimmung kann zwar - wegen ihrer primär polizeirechtlichen Zielsetzung und wegen ihrer Beschränkung auf gewerbsmäßige Tätigkeiten (anders im Betäubungsmittelrecht, vgl. § 29 Abs. 3 BtMG) - nicht unverändert auf die Betäubungsmittelkriminalität übertragen wer-den. Gleichwohl erscheint die Übernahme der objektiven Einzeltätigkeiten die-ses Katalogs, verbunden mit den subjektiven Voraussetzungen der bisherigen Definition zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (eigennützig und in der Absicht, ihren Umsatz zu ermöglichen oder zu fördern) sachgerecht.

Bei der Fassung des Katalogs ist ferner zu berücksichtigen, daß in § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG nach den Worten "ohne Handel zu treiben" die Aufzählung mehrerer Tätigkeiten, nämlich "einführt, ausführt, veräußert, abgibt, sonst in den Verkehr bringt, erwirbt oder sich in sonstiger Weise verschafft," enthält, mit der nach dem Willen des Gesetzgebers verdeutlicht werden soll, daß diese Begehungsformen im Handeltreiben aufgehen können, daneben aber eine selbständige Bedeutung erhalten (BRDrucks. 546/79 S. 36). Dies könnte dafür sprechen, daß der Gesetzgeber diese Begehungsformen als typische Einzel-

akte des Handeltreibens angesehen hat. Der Senat hält es daher für geboten, auch diese Tätigkeiten in einem solchen Katalog zu berücksichtigen, der dann allerdings gegenüber einem allein am Waffengesetz orientierten Katalog weiter gefaßt wäre. Die Kombination beider Aufzählungen, bei der auf die Erfassung der "Abgabe" verzichtet werden kann, weil sie durch das weiter zu verstehende "Überlassen" umfaßt wird, ergäbe dann eine Definition des Handeltreibens, die wie folgt lauten könnte:

Mit Betäubungsmitteln treibt Handel, wer diese eigennützig und in der Absicht, ihren Umsatz zu ermöglichen oder zu fördern, ankauft, erwirbt, sich in sonstiger Weise verschafft, einführt, ausführt, feilhält, Bestellungen entgegennimmt oder aufsucht, veräußert, anderen überläßt, sonst in den Verkehr bringt oder den Erwerb, den Vertrieb oder das Überlassen vermittelt.

Eine solche Definition könnte sich in mehrfacher Hinsicht als vorteilhaft erweisen:

- Durch eine solche Bezeichnung der einzelnen erfaßten Tätigkeiten wird schon auf der Ebene des objektiven Tatbestands eine ausreichende Bestimmtheit erreicht, zumal auf bereits vorhandene gesetzliche Definitionen zurückgegriffen wird, deren einzelne Elemente in langjähriger Auslegung durch Rechtsprechung und Literatur näher konkretisiert sind. Gleichzeitig erleichtert und vereinheitlicht eine parallele Handhabung dieser Begriffe in verschiedenen strafrechtlichen Nebengesetzen die Rechtsanwendung.

- Die Beschreibung der einzelnen Tätigkeiten erlaubt eine Abgrenzung von Vorbereitung, Versuch und Vollendung nach allgemeinen Grundsätzen,

sowie die Anwendung der Rücktrittsvorschriften. Damit ist dem Gebot verhältnismäßiger Abstufung staatlichen Strafens besser Rechnung getragen. Für die beiden der Anfrage zugrundeliegenden Revisionsverfahren würde dies bedeuten, daß der Schuldspruch in den geschilderten Fällen aufgehoben werden müßte, damit der neue Tatrichter prüfen kann, ob es im Einzelfall zu einer Einigung über den Ankauf gekommen oder dieser wenigstens versucht worden ist. Sollte das Handeln im Vorbereitungsstadium verblieben sein, würde § 30 StGB zu prüfen sein.

- Entsprechendes gilt für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme. Da typische Hilfstätigkeiten (s. o. III. 2.), die nicht im Katalog aufgeführt sind, nicht mehr für sich allein den Begriff des Handeltreibens erfüllen würden, käme von vorneherein nur Beihilfe in Betracht, sofern nicht ausnahmsweise die Voraussetzungen mittäterschaftlicher Zurechnung nach § 25 Abs. 2 StGB auch im Hinblick auf das Handeltreiben anderer Beteiligten gegeben sind. Allerdings wäre durch die Erfassung des Ein- und Ausführens bei den häufigen Kurierfällen nach wie vor eine Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe erforderlich. Dies erscheint aber auch sachgerecht. Denn zum einen gibt es ohnehin Einführtäter, die so stark in den Rauschgiftumsatz eingebunden sind, daß die Annahme tateinheitlich begangenen mittäterschaftlichen Handeltreibens dem Gewicht ihres Beitrags entspricht. Zum anderen hat die - insbesondere neuere - Rechtsprechung auch auf der Grundlage der bisherigen Definition die Notwendigkeit betont, vor allem in Fällen untergeordneter Tätigkeit eine Abgrenzung von Beihilfe und Täterschaft nach allgemeinen Grundsätzen vorzunehmen (vgl. die Nachweise bei Winkler NStZ 2001, 301; 2002, 191; 2003, 247). Aus diesen Entscheidungen ist ersichtlich, daß bei der Beurteilung, ob eine untergeordnete Tätigkeit vorliegt, auf den Rauschgiftumsatz der fraglichen Drogenmenge ins-

gesamt und nicht allein auf den einzelnen Teilakt, etwa den bloßen Transport, abzustellen ist.

- Die Definition weist darüber hinaus eine dem Schutzzweck des Betäubungsmittelgesetzes entsprechende asymmetrische Differenzierung der Tatvollendung in Fällen des Ankaufs einerseits und des Verkaufs andererseits auf. Während der für das geschützte Rechtsgut weniger gefährliche Ankauf eine Handelseinigkeit voraussetzt, wird die Händlertätigkeit auf der Verkaufsseite in weiterem Umfang erfaßt und es werden insbesondere auch einseitige Verhaltensweisen wie Feilhalten, Bestellungen entgegennehmen und aufsuchen einbezogen.

Da die durch die vorgeschlagene Definition vorgesehenen Einschränkungen soweit ersichtlich nur den Randbereich im Vorfeld und bei den Unterstützungshandlungen betreffen, wird die Verfolgbarkeit der Drahtzieher und Hintermänner des Drogenhandels nicht beeinträchtigt. Soweit diese unter Verwendung von Mittelsleuten arbeiten, wird es nach wie vor darauf ankommen, ihre Mittäterschaft nachzuweisen.

VI.

Auch wenn die anderen Strafsenate dem Senat hinsichtlich der Vorlegungsfrage selbst zustimmen, wird er die Vorlegung an den Großen Senat für Strafsachen in Erwägung zu ziehen haben, dann aber gemäß § 132 Abs. 4 GVG wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache. Die vom Senat angestrebte Änderung der Rechtsprechung zur Bewertung von Ankaufverhandlungen als versuchte oder vollendete Taten bedingt zwar über die Aufgabe der bisherigen Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Handeltreiben" hinaus nicht notwendig

eine Festlegung darauf, welche der vom Senat in Erwägung gezogenen Definitionen (gegebenenfalls mit welchen Modifikationen) - oder welche andere Interpretation - den Vorzug verdient. Wegen der erheblichen Auswirkungen, die jede Änderung der Auslegung von "Handeltreiben" für die Praxis des Betäubungsmittelstrafrechts hat (etwa mit Blick auf die Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung sowie die von Mittäterschaft und Beihilfe) erscheint es aber - auch im Interesse der Rechtssicherheit - sinnvoll, die etwa erforderliche Vereinheitlichung bereits im Rahmen dieser Strafverfahren anzustreben. Zu diesem Zwecke könnte die Herbeiführung einer Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen selbst dann sinnvoll sein, wenn die anderen Strafsenate die

Grundüberlegungen des Senats zu einer Neuorientierung bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals teilen. Es wäre wünschenswert, wenn in den Antworten auf die Anfrage gegebenenfalls auch hierzu Stellung genommen würde.

Tolksdorf

Winkler

Pfister

von Lienen

Becker