

HRRS-Nummer: HRRS 2020 Nr. 37

Bearbeiter: Karsten Gaede/Marc-Philipp Bittner

Zitiervorschlag: HRRS 2020 Nr. 37, Rn. X

BGH 2 StR 384/19 - Beschluss vom 16. Oktober 2019 (LG Bonn)

Unerlaubte Veräußerung von Betäubungsmitteln (Begriff der Veräußerung); unerlaubter Erwerb von Betäubungsmitteln zum Eigenkonsum und unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zum Eigenkonsum (geringere Gefährlichkeit für die Allgemeinheit: Grundsatz und Ausnahme)

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG

Leitsätze des Bearbeiters

1. Veräußerung im Sinne des § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG ist das Abgeben von Betäubungsmitteln gegen Entgelt aufgrund rechtsgeschäftlicher Vereinbarung, wobei der Veräußerer jedoch nicht eigennützig handeln darf. In Abgrenzung hierzu setzt das Handeltreiben mit Betäubungsmitteln eigennütziges Handeln voraus. Eigennützig ist eine Tätigkeit, wenn das Tun des Täters vom Streben nach Gewinn geleitet wird, oder wenn er sich irgendeinen anderen persönlichen Vorteil davon verspricht, durch den er materiell oder - objektiv messbar - immateriell bessergestellt wird.

2. Der tateinheitliche unerlaubte Erwerb zum Eigenkonsum weist, ebenso wie der unerlaubte Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zum Eigenkonsum, wegen der damit verbundenen Selbstgefährdung eine geringere Gefährlichkeit für die Allgemeinheit auf als das Handeltreiben. Dies gilt indes nicht, wenn die Strafkammer zur Ermittlung des Schuldumfangs des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nicht die gesamte Ankaufsmenge, sondern lediglich die zum Weiterverkauf bestimmte Handelsmenge und zur Ermittlung des Schuldumfangs des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge bzw. des unerlaubten Erwerbs von Betäubungsmitteln lediglich die Eigenkonsummenge in den Blick genommen hat. Denn in diesem Fall ist ausgeschlossen, dass sie dem jeweils verwirklichten Delikt einen zu großen Schuldumfang beigemessen hat.

Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten W. wird das Urteil des Landgerichts Bonn vom 10. April 2019, soweit es ihn betrifft, im Schuldspruch dahin abgeändert, dass der Angeklagte des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 14 Fällen, davon in drei Fällen in Tateinheit mit unerlaubtem Handeltreiben von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, schuldig ist; der Schuldspruch wegen tateinheitlicher unerlaubter Veräußerung von Betäubungsmitteln in den Fällen II.4, II.6 und II.8 der Urteilsgründe entfällt.

2. Die weitergehende Revision des Angeklagten W. sowie die Revisionen der Angeklagten D. und B. werden verworfen.

3. Die Beschwerdeführer haben die Kosten ihrer Rechtsmittel zu tragen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten D. wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 14 Fällen, in acht Fällen in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und in sechs Fällen in Tateinheit mit unerlaubtem Erwerb von Betäubungsmitteln unter Einbeziehung einer Vorverurteilung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren und sechs Monaten, die Angeklagte B. wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 14 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten, den Angeklagten W. wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 14 Fällen, davon in drei Fällen in Tateinheit mit unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und unerlaubter Veräußerung von Betäubungsmitteln zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt und bei allen drei Angeklagten jeweils einen Monat der verhängten Gesamtfreiheitsstrafe aufgrund einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung für vollstreckt erklärt. Es hat ferner gegen die Angeklagten D. und W. eine Einziehungsentscheidung getroffen und die Unterbringung der Angeklagten B. in einer Entziehungsanstalt bei einem

Vorwegvollzug von drei Monaten angeordnet.

Von den dagegen gerichteten, auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützten Revisionen der Angeklagten hat lediglich das Rechtsmittel des Angeklagten W. in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang Erfolg. Im Übrigen sind die Rechtsmittel unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. 2

1. Die auf die Sachrüge veranlasste umfassende Überprüfung des Urteils hat zum Schuldspruch keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten D. und B. ergeben. Hinsichtlich der Verurteilung des Angeklagten W. hält lediglich der Schuldspruch in den Fällen II.4, II.6 und II.8 der Urteilsgründe wegen tateinheitlicher Veräußerung von Betäubungsmitteln der rechtlichen Prüfung nicht stand. 3

a) Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Landgerichts erwarb der Angeklagte D. im Januar und Februar 2016 viermal 500 g Marihuana (Fälle II.1 bis II.4), im März und April 2016 viermal 1.000 g Marihuana (Fälle II.5 bis II.8) und im Mai sechsmal 1.000 g Marihuana (Fälle II.9 bis II.14) mit einem Wirkstoffgehalt von jeweils mindestens 10 %, wobei er in allen Fällen von dem Angeklagten W. unterstützt wurde. Die neuerliche Beschaffung erfolgte erst, nachdem die alten Bestände aufgebraucht waren. Die Drogen wurden von den Angeklagten D., W. und B. in deren Wohnung portioniert und anschließend von B. aus ihrer Wohnung, in der sich auch die übrigen Angeklagten regelmäßig aufhielten, in Einheiten von 0,9 g an die Konsumenten veräußert. Während der überwiegende Teil der Drogen für den Verkauf bestimmt war, diente ein kleinerer Teil, maximal 10 g pro Tag, dem Eigenkonsum der Gruppe, die ab März 2016 durch den Nichtrevidenten R. ergänzt wurde. Jedes der Gruppenmitglieder besaß die Verfügungsgewalt über die Betäubungsmittel. 4

Da die Abnehmer des Marihuanas auch andere Drogen nachfragten, nutzte W. im Februar, März und April 2016 die Möglichkeit, jeweils 200 g Amphetaminpaste zu erwerben, die er mit B. auf 285 g streckte, so dass diese einen Wirkstoffgehalt von 13 % aufwies (Fälle II.15 bis II.17). Er portionierte mit B. die jeweilige Menge in Einheiten von 0,9 g. Anschließend verkaufte B. aus jeder Lieferung 231 g an Konsumenten für 10 Euro pro Einheit. Weitere 27 g erwarb sie zu diesem Preis selbst. Die verbleibenden 27 g erhielt sie als Entlohnung bzw. Gegenleistung für ihre Dienste bei der Portionierung, Verpackung und dem Verkauf sowie der Lagerung der Drogen in ihrer Wohnung. Die zweite und dritte Lieferung erhielt W. erst, nachdem die zuvor erworbene Menge verbraucht war. 5

Die Strafkammer hat diese drei Taten bei dem Angeklagten W. als unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (jeweils 258 g Amphetamin) gemäß § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG, in Tateinheit mit unerlaubter Veräußerung von Betäubungsmitteln gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG (unentgeltliche Überlassung von 27 g Amphetamin an B.) bewertet und sie tateinheitlich dem Besitz von Marihuana in nicht geringer Menge in den Fällen II.4, II.6 und II.8 der Urteilsgründe zugeordnet. 6

b) Die Annahme einer tateinheitlichen unerlaubten Veräußerung von Betäubungsmitteln gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG erweist sich als rechtsfehlerhaft, denn der Schuldspruch wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gemäß § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG umfasst hier auch die an B. unentgeltlich überlassene Menge von 27 g Amphetamin. 7

(1) Veräußerung im Sinne des § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG ist das Abgeben (vgl. hierzu Weber, BtMG, 5. Aufl., § 29 Rn. 1113) von Betäubungsmitteln gegen Entgelt aufgrund rechtsgeschäftlicher Vereinbarung, wobei der Veräußerer jedoch nicht eigennützig handeln darf (Weber, aaO, Rn. 1068 f.). In Abgrenzung hierzu setzt das Handeltreiben mit Betäubungsmitteln eigennütziges Handeln voraus (BGH, Beschluss vom 26. Oktober 2005 - GSSt 1/05, BGHSt 50, 252, 256). Eigennützig ist eine Tätigkeit, wenn das Tun des Täters vom Streben nach Gewinn geleitet wird, oder wenn er sich irgendeinen anderen persönlichen Vorteil davon verspricht, durch den er materiell oder - objektiv messbar - immateriell bessergestellt wird (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Beschluss vom 10. Oktober 2018 - 4 StR 247/18, juris Rn. 4 mwN). 8

(2) Nach diesen Maßstäben hat W. auch mit den 27 g Amphetamin Handel getrieben, die er B. unentgeltlich überließ. Denn er erhielt von dieser im Gegenzug deren Unterstützung bei seinem gewinnbringenden Amphetaminhandel. Entgegen der Ansicht des Landgerichts ist für die Annahme der Eigennützigkeit keine Entlohnung in Geld erforderlich (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 1980 - 3 StR 471/79, NJW 1980, 1344, 1345). Der Schuldspruch wegen tateinheitlicher unerlaubter Veräußerung von Betäubungsmitteln hatte daher in den Fällen II.4, II.6 und II.8 der Urteilsgründe zu entfallen. 9

2. Der Rechtsfolgenausspruch hat bei allen drei Angeklagten Bestand. Der Erörterung bedarf lediglich Folgendes: 10

a) Der Wegfall des Schuldspruchs wegen tateinheitlicher unerlaubter Veräußerung von Betäubungsmitteln lässt die Einzelstrafen für den Angeklagten W. in den drei betroffenen Fällen unberührt. Denn die Strafkammer hätte für seine Person die an B. unentgeltlich überlassene Menge von 27 g Amphetamin der Handelsmenge des 11

Verbrechenstatbestandes (§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG) zuschlagen müssen, so dass sie zur Ermittlung des Schuldumfangs des unerlaubten Handelns mit Amphetamin nicht lediglich - wie von ihr angenommen ? 258 g, sondern 285 g bei einem Wirkstoffgehalt von 13 % zugrunde hätte legen müssen. Der Schuldgehalt des verwirkten Verbrechenstatbestandes übersteigt indes den des Vergehens aus § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG. Der Senat kann daher ausschließen, dass die Strafkammer bei zutreffender rechtlicher Würdigung in den Fällen II.4, II.6 und II.8 gegen den Angeklagten W. geringere Einzelstrafen als geschehen verhängt hätte.

b) Entgegen der Ansicht des Generalbundesanwalts durfte die Strafkammer bei den drei Angeklagten jeweils 12 strafschärfend berücksichtigen, dass diese in allen Fällen zwei Tatbestände tateinheitlich verwirklichten.

(1) Bei den Angeklagten W. und B. rechtfertigt diese Wertung bereits der zusätzliche Schuldspruch wegen Beihilfe 13 zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge neben dem die Handels- und Konsummenge umfassenden täterschaftlichen unerlaubten Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge. Denn das Zusammentreffen mehrerer Tatbestände wirkt regelmäßig strafschärfend (vgl. Weber, aaO, § 29a Rn. 253; Patzak in Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 9. Aufl., § 29a Rn. 138). Die Urteilsgründe lassen im Übrigen auch nicht besorgen, dass die Strafkammer bei der Bestimmung des Schuldumfangs für die Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge durch diese beiden Angeklagten das Verhältnis von Handels- und Konsummenge in deren Person verkannt hat.

(2) Die strafschärfende Berücksichtigung bei dem Angeklagten D. erweist sich ebenfalls als rechtsfehlerfrei. Zwar 14 kann diese Erwägung bei einem tateinheitlichen Zusammentreffen des unerlaubten Erwerbs von Betäubungsmitteln und des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln rechtlich fehlerhaft sein (vgl. Senat, Beschluss vom 9. Mai 1990 - 2 StR 172/90, BGHR BtMG § 29 Strafzumessung 11). Denn der tateinheitliche unerlaubte Erwerb zum Eigenkonsum weist, ebenso wie der unerlaubte Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zum Eigenkonsum (vgl. zur Konkurrenz der beiden Delikte BGH, Beschluss vom 19. September 2001 - 3 StR 268/01, BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Konkurrenzen 5), wegen der damit verbundenen Selbstgefährdung eine geringere Gefährlichkeit für die Allgemeinheit auf, als das Handeltreiben (BGH, Beschluss vom 9. September 1997 - 1 StR 419/97, StV 1998, 599, 600). Dies gilt indes nicht, wenn die Strafkammer ? wie hier ? zur Ermittlung des Schuldumfangs des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nicht die gesamte Ankaufsmenge, sondern lediglich die zum Weiterverkauf bestimmte Handelsmenge und zur Ermittlung des Schuldumfangs des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge bzw. des unerlaubten Erwerbs von Betäubungsmitteln lediglich die Eigenkonsummenge in den Blick genommen hat. Denn in diesem Fall ist ausgeschlossen, dass sie dem jeweils verwirklichten Delikt einen zu großen Schuldumfang beigemessen hat.

3. Die Kostenentscheidung basiert bei den Angeklagten D. und B. auf § 473 Abs. 1 StPO, bei dem Angeklagten W. 15 auf § 473 Abs. 4 Satz 1 StPO. Der nur geringe Teilerfolg der Revision lässt es nicht unbillig erscheinen, auch den Angeklagten W. mit den gesamten Kosten seines Rechtsmittels zu belasten. Franke