

**HRRS-Nummer:** HRRS 2008 Nr. 803

**Bearbeiter:** Karsten Gaede

**Zitiervorschlag:** BGH HRRS 2008 Nr. 803, Rn. X

**BGH 5 StR 191/08 - Beschluss vom 10. Juni 2008 (LG Potsdam)**

**Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln und Anforderungen an die Beihilfefeststellung bei Eigenverbrauch; unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln.**

**§ 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 29 BtMG**

**Entscheidungstenor**

Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Potsdam vom 22. November 2007 wird mit der Maßgabe (§ 349 Abs. 4 StPO) gemäß § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet verworfen, dass der Angeklagte in den Fällen III 1 a bis c der Urteilsgründe jeweils wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG) verurteilt ist.

Der Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

**Gründe**

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in neun Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und vier Monaten verurteilt. Der Angeklagte hat sein Rechtsmittel auf die Verurteilung wegen der Taten III 1 a bis c der Urteilsgründe beschränkt. Die Revision führt lediglich zu einer Korrektur des Schuldspruchs. 1

1. Das Landgericht hat sich davon überzeugt, dass der Angeklagte am 8. Juli, 14. September und 30. November 2005 je 100 g ihm zuvor anonym zugesandtes Haschisch gegen Belohnung in die JVA Brandenburg eingeschmuggelt und seinem ehemaligen Zellengenossen R. übergeben hat. 2

Die Strafkammer hat die von R. gestützte Einlassung des Angeklagten, er habe geglaubt, er hätte lediglich verpackte Mobiltelefone übergeben, nach Auswertung von Indizien als widerlegt angesehen und bedingten Vorsatz hinsichtlich des Besitzes von Haschisch angenommen. Dies begegnet keinen Bedenken (vgl. BGHSt 36, 1, 14). 3

2. Indes belegen die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen weder ein täterschaftliches unerlaubtes Handeltreiben des Angeklagten noch eine Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben. 4

Zu Recht hat der Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift darauf hingewiesen, dass der Angeklagte keine über den bloßen Transport des Rauschgifts hinausgehende Tätigkeiten entfaltet hat und am eigentlichen Rauschgifthandel unbeteiligt war. Dies verbietet die Annahme eines täterschaftlichen Handeltreibens (vgl. BGHSt 51, 219, 223). 5

Entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts belegen die Feststellungen aber auch keine Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben. Soweit das Landgericht einen Betäubungsmittelhandel des R. in der JVA damit begründet hat, dieser habe bei einem Eigenkonsum von 50 g Haschisch monatlich mit jeweils weiteren 50 g Handel getrieben, weil der Angeklagte durchschnittlich im Monat 100 g geliefert habe (UA S. 21), trifft dies für die ersten drei Taten nicht zu. Die Abstände zwischen diesen Taten sind so groß, dass nicht mehr als die angeblich von R. selbst monatlich verbrauchte Menge geliefert worden ist. Eine Haupttat des unerlaubten Handeltreibens durch R. scheidet demnach aus. 6

Soweit ein Verkauf der Betäubungsmittel an R. durch diejenigen unbekannt gebliebenen Personen, die das Rauschgift dem Angeklagten anonym zugesandt haben, als Haupttat in Frage steht, fehlen indes jegliche Anhaltspunkte zum Vorstellungsbild des Angeklagten hierzu. Der Senat schließt - insbesondere im Blick auf das den Angeklagten entlastende Aussageverhalten des R. - aus, dass in einer neuen Hauptverhandlung hierzu noch Erkenntnisse gewonnen werden können und stellt den Schuldspruch auf den fehlerfrei festgestellten unerlaubten Besitz von Betäubungsmitteln (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG) um (vgl. Meyer-Goßner, StPO 50. Aufl. § 354 Rdn. 13 ff. mit zahlr. 7

Rspr.-Nachw.). Die Vorschrift des § 265 StPO steht dem nicht entgegen. Der Senat schließt aus, dass der lediglich den Vorsatz bestreitende Angeklagte sich wirksamer als geschehen hätte verteidigen können.

3. Die Strafaussprüche haben trotz der vorgenommenen Änderung des Schuldspruchs Bestand (§ 354 Abs. 1 StPO analog). Der Senat schließt aus, dass ein neuer Tatrichter auf noch mildere als die bisher festgesetzten Einzelfreiheitsstrafen von jeweils drei Monaten und eine geringere Gesamtfreiheitsstrafe erkennen könnte. Er hätte die Einzelstrafen aus dem durch § 29 Abs. 1 BtMG vorgegebenen Rahmen zu bestimmen und dürfte nicht - wie es das Landgericht getan hat - zugunsten des insoweit bestreitenden Angeklagten vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 31 BtMG ausgehen und den Strafraum darüber hinaus zugunsten des Angeklagten gemäß § 49 Abs. 1 StGB mildern. Zudem spräche selbst bei Annahme - vom Landgericht indes nicht festgestellter - schlechter Qualität des Rauschgifts (vgl. Weber, BtMG 2. Aufl. S. 1621) angesichts der Gesamtumstände der Taten eine nicht zu vernachlässigende Menge von jeweils zwei Gramm THC für ein gewisses Gewicht der Taten des Angeklagten. 8

4. Die Versagung von Strafaussetzung zur Bewährung erweist sich bei den festgestellten neun Lieferungen von Betäubungsmitteln in eine Vollzugsanstalt als zwingend (§ 56 Abs. 3 StGB). 9