

**HRRS-Nummer:** HRRS 2008 Nr. 1121

**Bearbeiter:** Karsten Gaede

**Zitiervorschlag:** BGH HRRS 2008 Nr. 1121, Rn. X

---

**BGH 5 StR 345/08 - Beschluss vom 30. Oktober 2008 (LG Hamburg)**

**Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bewertung von Kuriertätigkeiten; Abgrenzung von Beihilfe und Täterschaft; Vereinbarkeit mit europäischem Recht; gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung); Anstiftung zur Beihilfe.**

**§ 29 BtMG; § 26 StGB; § 27 StGB; § 25 Abs. 2 StGB**

**Leitsätze des Bearbeiters**

**1. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln muss für eine zutreffende Einordnung des Tatbeitrags eines Kuriers auf das Umsatzgeschäft insgesamt abgestellt werden. Maßgeblich ist für die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Beihilfe dabei, welche Bedeutung der konkreten Beteiligungshandlung im Rahmen des Gesamtgeschäfts zukommt (BGHSt 51, 219; BGH NJW 2008, 1460 jeweils m.w.N.).**

**2. Diese Rechtsprechung steht nicht im Widerspruch zum Rahmenbeschluss des Rats der Europäischen Union vom 25. Oktober 2004 (ABl. L 335/8 vom 11. November 2004). Die dort verlangte Strafbarkeit des Beförderns von Betäubungsmitteln wird bereits dadurch gewährleistet (vgl. auch BGHSt [GS] 50, 252, 256), dass die Beförderung regelmäßig mit dem Besitz an den Betäubungsmitteln verbunden ist und der Besitz von Betäubungsmitteln eine eigenständige Strafbarkeit auslöst (§ 29 Abs. 1 Nr. 3; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG).**

**3. Die von der Rechtsprechung vertretene weite Auslegung des Begriffs des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln lässt sich nicht ohne weiteres auch auf die Anforderungen an eine Strafbarkeit wegen Beihilfe übertragen, weil diese an eigenständige Voraussetzungen anknüpft (BGH NJW 2008, 1460, 1462). Auch beim Handeltreiben ist nur eine vollendete Beihilfehandlung strafbar (BGH NJW 2008, 1460, 1462).**

**4. Die Anstiftung zur Beihilfe ist nur Beihilfe zur Haupttat.**

**Entscheidungstenor**

1. Auf die Revision der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 14. April 2008 gemäß § 349 Abs. 4 StPO aufgehoben

a) im Fall 6 der Urteilsgründe; insoweit wird die Angeklagte auf Kosten der Staatskasse freigesprochen, die auch die ihr hierdurch entstandenen notwendigen Auslagen zu tragen hat;

b) im gesamten Strafausspruch.

2. Die weitergehende Revision wird nach § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet verworfen.

3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die verbliebenen Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

**Gründe**

Das Landgericht hat die Angeklagte wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in sechs Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt. Die hiergegen gerichtete Revision der Angeklagten hat in dem aus dem Beschlusstenor ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen ist sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. 1

## I.

Nach den Feststellungen des Landgerichts hat die Angeklagte jeweils gegen Entgelt in fünf Fällen entweder selbst oder mit anderen Frauen im Ausland Kokain transportiert oder andere Frauen für Kokaintransporte angeworben, die diese dann durchgeführt haben. Im Fall 6 der Urteilsgründe hat die Angeklagte, der für eine Anwerbung 500 Euro versprochen wurden, Anfang November 2007 in Hamburg die Zeugin S. überredet, mit ihr am 20. November 2007 nach Salamanca/Spanien zu fahren und dort 2 kg Kokain zu übernehmen, um dieses an einen anderen Ort in Spanien zu verbringen. 2

Die Fahrt nach Salamanca fand jedoch nicht statt, weil die Angeklagte nicht mehr nach Spanien fahren wollte, als sie erfuhr, dass ihr Geliebter, der sie in die Kuriertätigkeit verstrickt hatte, eine andere Frau geheiratet hatte. 3

## II.

Während in den Fällen 1 bis 5 der Urteilsgründe die Schuldsprüche wegen Beihilfe zum unerlaubten Handelreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nicht zu beanstanden sind, hält die Verurteilung der Angeklagten im Fall 6 rechtlicher Überprüfung nicht stand. Die Angeklagte ist insoweit freizusprechen. 4

1. Ohne Rechtsverstoß hat das Landgericht die in diesem Fall in Aussicht genommene Tathandlung, nämlich den Transport des Rauschgifts innerhalb Spaniens, als Beihilfe gewertet. 5

a) Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Handelreiben mit Betäubungsmitteln muss für eine zutreffende Einordnung des Tatbeitrags eines Kuriers auf das Umsatzgeschäft insgesamt abgestellt werden. Maßgeblich ist für die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Beihilfe dabei, welche Bedeutung der konkreten Beteiligungshandlung im Rahmen des Gesamtgeschäfts zukommt (BGHSt 51, 219; BGH NJW 2008, 1460 jeweils m.w.N.). Diese Rechtsprechung steht - entgegen der Auffassung von Weber (NStZ 2008, 467) - nicht im Widerspruch zum Rahmenbeschluss des Rats der Europäischen Union vom 25. Oktober 2004 (ABl. L 335/8 vom 11. November 2004). Die dort verlangte Strafbarkeit des Beförderns von Betäubungsmitteln wird bereits dadurch gewährleistet (vgl. auch BGHSt [GS] 50, 252, 256), dass die Beförderung regelmäßig mit dem Besitz an den Betäubungsmitteln verbunden ist und der Besitz von Betäubungsmitteln eine eigenständige Strafbarkeit auslöst (§ 29 Abs. 1 Nr. 3; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG). 6

b) Nach den Kriterien der Rechtsprechung liegt lediglich eine Beihilfehandlung vor. Die Angeklagte sollte in untergeordneter Stellung tätig werden. Auch der Umstand, dass sie die Zeugin S. dafür angeworben hat, sie zu begleiten und mit ihr den Transport durchzuführen, ändert hieran nichts. Insoweit beschränkte sich die Einflussnahme der Angeklagten allein auf denselben Abschnitt der Tathandlung, nämlich auf die Durchführung des Transports, an dem sie auch selbst beteiligt sein sollte. Die ins Auge gefasste Beteiligung der Zeugin S. erschöpfte sich gleichfalls in einem Transport des Kokains innerhalb Spaniens. Ihr in Aussicht genommener Tatbeitrag könnte gleichfalls nur eine Strafbarkeit wegen Beihilfe begründen. Die in der Anwerbung der Zeugin S. liegende Anstiftungshandlung der Angeklagten bezöge sich dann nur auf den Tatbeitrag eines Gehilfen und könnte deshalb nur zu einer Strafbarkeit wegen Beihilfe nach § 27 StGB führen, weil die Anstiftung zur Beihilfe nur Beihilfe zur Haupttat ist (Cramer/Heine in Schönke/ Schröder, StGB 27. Aufl. § 27 Rdn. 18; vgl. auch BGHR StGB § 27 Abs. 1 Hilfeleisten 16). Auch eine Gesamtbetrachtung dieser beiden Aspekte führt nicht dazu, die Angeklagte schon als Täterin anzusehen, da sowohl sie als auch die von ihr angestiftete Zeugin S. allein nur mit Transportfunktionen befasst werden sollten. 7

2. Die Beihilfehandlung ist aber im Fall 6 - was das Landgericht übersehen hat - nicht vollendet. Der Umstand, dass die Angeklagte bereits die Anwerbung vollzogen hatte, begründet bei der hier vorliegenden Fallgestaltung noch keine Vollendung, weil der hinreichend konkrete Bezug zu einer Tat fehlte. Die Angeklagte und die Zeugin S. waren von den zu transportierenden Betäubungsmitteln räumlich und zeitlich noch weit entfernt. Die Einzelheiten zu dem ins Auge gefassten Transportvorgang blieben völlig offen. 8

In diesem Frühstadium konnte sich die zunächst erfolgreiche Anwerbung noch nicht fördernd auf eine mögliche spätere Haupttat auswirken. Damit scheidet eine vollendete Beihilfehandlung der Angeklagten - und nur diese ist strafbar (BGH NJW 2008, 1460, 1462) - in der hier gegebenen Sachverhaltskonstellation aus, ohne dass noch im Einzelnen abgegrenzt werden müsste, ob die Beihilfe schon versucht oder nur vorbereitet ist. Für eine Zusage künftigen Tätigwerdens an den Haupttäter, die einen von diesem geplanten Warenfluss konkret hätte fördern können, ist angesichts der offenen Einzelheiten des geplanten Transports nichts Tragfähiges ersichtlich. Die von der Rechtsprechung vertretene weite Auslegung des Begriffs des Handelreibens mit Betäubungsmitteln lässt sich nicht ohne weiteres auch auf die Anforderungen an eine Strafbarkeit wegen Beihilfe übertragen, weil diese an eigenständige Voraussetzungen anknüpft (BGH NJW 2008, 1460, 1462; krit. Weber NStZ 2008, 467, 470). 9

3. Die Angeklagte war hinsichtlich des Falls 6 der Urteilsgründe freizusprechen. 10

Eine anderweitige Strafbarkeit scheidet aus. Hinsichtlich einer eigenen Strafbarkeit wegen des Besitzes von Betäubungsmitteln ist die Angeklagte aufgrund der fehlenden Nähe zu den Betäubungsmitteln nicht einmal in das Stadium des Versuchs vorgedrungen. Gleiches gilt für die von ihr angeworbene Zeugin S. . Eine versuchte Anstiftung bzw. Verabredung zum Besitz von Betäubungsmitteln in nicht erheblicher Menge nach § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG i.V.m. § 30 StGB scheidet jedenfalls daran, dass die Angeklagte insoweit nach § 31 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbefreiend zurückgetreten ist, weil sie die Tatbegehung durch die Zeugin S. verhindert hat (§ 31 Abs. 1 Nr. 1 StGB). Dieser Rücktritt war freiwillig; dem steht nicht entgegen, dass er durch ihre Abwendung von ihrem früheren Lebensgefährten verursacht war. Die Angeklagte und mit ihr die Zeugin S. haben aus autonomen Motiven von der Fahrt nach Salamanca und der Tatausführung Abstand genommen. 11

### III.

Der Freispruch hinsichtlich des Falls 6 der Urteilsgründe führt zur Aufhebung des gesamten Strafausspruches, um dem neuen Tatrichter eine umfassende und eigenständige Neufestsetzung der Strafen zu ermöglichen. 12

Dies gilt insbesondere deshalb, weil das Landgericht im Rahmen seiner Strafzumessung nicht erkennbar bedacht hat, dass die teils besonders aussagekräftig geständige, ursprünglich aus nicht kriminellen Motiven in das Umfeld von Drogendelikten abgeglittene Angeklagte bei der Begehung sämtlicher Taten nicht vorbestraft war. 13

Da die Aufhebung des Strafausspruches wegen dieses Fehlers die zugehörigen Feststellungen unberührt lässt, können diese aufrecht erhalten bleiben. Allerdings ist der neue Tatrichter nicht gehindert, ergänzende Feststellungen im Blick auf § 31 BtMG - insbesondere wegen zwischenzeitlich eingetretener Aufklärungserfolge - zu treffen. Dabei kann Bedeutung erlangen, dass eine durch die Angeklagte bewirkte Tataufklärung im Ausland, etwa in Spanien, zur gleichen Strafmilderung nach § 31 BtMG wie ein Aufklärungserfolg in Deutschland führt (BGH NJW 2003, 1131). 14