

HRRS-Nummer: HRRS 2024 Nr. 421

Bearbeiter: Julia Heß/Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2024 Nr. 421, Rn. X

BGH 4 StR 318/23 - Beschluss vom 5. Dezember 2023 (LG Kaiserslautern)

Abgabe von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Abgabe: eigene tatsächliche Verfügungsgewalt, Bote, Besitzdiener).

§ 29a BtMG

Leitsatz des Bearbeiters

Eine Abgabe von Betäubungsmitteln im Sinne des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG liegt vor, wenn der Täter die eigene tatsächliche Verfügungsgewalt über Betäubungsmittel an einen Dritten mit der Wirkung überträgt, dass dieser frei über die Betäubungsmittel verfügen kann. Die Begehungsweise der Abgabe setzt demnach eigene Verfügungsmacht über die Betäubungsmittel voraus. Hieran fehlt es, wenn der Täter lediglich als Bote bzw. als Besitzdiener auf Weisung eines Dritten handelt.

Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Kaiserslautern vom 17. Mai 2023 im Schuldspruch dahin abgeändert und insgesamt neu gefasst, dass der Angeklagte der Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei tatmehrheitlichen Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in vier tatmehrheitlichen Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, sowie des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln schuldig ist.
2. Die weiter gehende Revision wird verworfen.
3. Der Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Beihilfe zum „unerlaubten“ Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei tatmehrheitlichen Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit „unerlaubter“ Abgabe von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, „unerlaubten“ Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in vier tatmehrheitlichen Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit „unerlaubter“ Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, sowie wegen „gewerbsmäßigen unerlaubten“ Handeltreibens mit Betäubungsmitteln zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten verurteilt. Ferner hat es die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 2.500 € angeordnet. Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit seiner auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützten Revision. Das Rechtsmittel hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen geringen Teilerfolg und führt zur Abänderung und Neufassung des Schuldspruchs; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

1. Der Schuldspruch im Fall II.7 der Urteilsgründe hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand, soweit der Angeklagte tateinheitlich zu der rechtsfehlerfrei angenommenen Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge auch wegen Abgabe von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge schuldig gesprochen worden ist.

a) Eine Abgabe von Betäubungsmitteln im Sinne des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG liegt vor, wenn der Täter die eigene tatsächliche Verfügungsgewalt über Betäubungsmittel an einen Dritten mit der Wirkung überträgt, dass dieser frei über die Betäubungsmittel verfügen kann (vgl. BGH, Beschluss vom 25. April 2018 – 1 StR 136/18 Rn. 5; Beschluss vom 8. Februar 2017 – 5 StR 561/16, StV 2017, 286; Beschluss vom 17. Oktober 2006 – 3 StR 381/06 Rn. 1; Beschluss vom 14. März 2002 – 3 StR 469/01, beck-online; vgl. auch BGH, Beschluss vom 8. Februar 2022 – 3 StR 458/21 Rn. 7 [Gewahrsamsübertragung zur freien Verfügung]). Die Begehungsweise der Abgabe setzt demnach eigene Verfügungsmacht über die Betäubungsmittel voraus. Hieran fehlt es, wenn der Täter lediglich als Bote bzw. als Besitzdiener auf Weisung eines Dritten handelt (vgl. BGH, Urteil vom 18. November 2020 – 2 StR 317/19 Rn. 27; Beschluss vom 17. Oktober 2006 – 3 StR 381/06 Rn. 1; Patzak in Patzak/Volkmer/Fabricius, BtMG, 10. Aufl., § 29 Rn. 838 mwN; Weber, BtMG, 6. Aufl., § 29 Rn. 1069; OLG München, StV 2015, 644; MüKo-StGB/Oğlakcioğlu, 4. Aufl., BtMG § 29 Rn. 840; BeckOK-BtMG/Barrot, 21. Ed., BtMG § 29 Rn. 316).

b) Gemessen hieran ist die Tatbestandsvariante der Abgabe nicht belegt.

Nach den Feststellungen übergab der Angeklagte dem L. 500 „THCE–Zigaretten“, die er zuvor von dem gesondert 5
Verfolgten P. mit der Anweisung erhalten hatte, sie an L. zum gewinnbringenden Weiterverkauf an unbekannte Abnehmer
zu liefern. Der Angeklagte hat damit, anders als in der Fallkonstellation, die der vom Generalbundesanwalt zitierten
Entscheidung des Senats vom 28. April 1992 (4 StR 69/92) zugrunde gelegen hat, ohne eigene tatsächliche
Verfügbungsmacht über die Betäubungsmittel allein als Bote des P. gehandelt und hierdurch lediglich den
Gewahrsamswechsel von dem Verkäufer an den Erwerber bewirkt. Danach ist die Tatbestandsvariante der Abgabe im
Sinne des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG nicht erfüllt. Der Angeklagte ist aber des tateinheitlichen Besitzes von
Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nach § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG schuldig (vgl. BGH, Beschluss vom 29. März
2022 - 4 StR 325/21 Rn. 4 mwN; Beschluss vom 28. September 2010 - 3 StR 359/10 Rn. 5 mwN).

2. Der Senat ändert den Schuldspruch in entsprechender Anwendung von § 354 Abs. 1 StPO ab. § 265 StPO steht dem 6
nicht entgegen, da sich der Angeklagte nicht wirksamer als geschehen hätte verteidigen können. Angesichts des
unveränderten Strafrahmens und der weiteren Umstände ist auszuschließen, dass das Landgericht bei zutreffender
rechtlicher Würdigung im Fall II.7 der Urteilsgründe eine geringere als die verhängte Einzelstrafe von sechs Monaten
festgesetzt hätte.

3. Ferner fasst der Senat den Schuldspruch neu. Der Hinweis auf gewerbsmäßiges Handeln im Fall II.4 der Urteilsgründe 7
ist entbehrlich, weil es sich bei der Gewerbsmäßigkeit nicht um ein strafbegründendes Tatbestandsmerkmal handelt,
sondern es als Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall nach § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG nur die
Strafzumessung betrifft und deshalb gemäß § 260 Abs. 4 Satz 2 StPO nicht in die Urteilsformel aufzunehmen ist (vgl.
BGH, Beschluss vom 3. Februar 2015 - 3 StR 632/14 Rn. 3 mwN). Darüber hinaus kann die Kennzeichnung sämtlicher
Taten als „unerlaubt“ entfallen, da Straftaten nach dem Betäubungsmittelgesetz ausschließlich den unerlaubten Umgang
mit Betäubungsmitteln betreffen (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Beschluss vom 6. Juni 2023 - 4 StR 85/23 Rn. 5 mwN;
Beschluss vom 15. November 2022 - 3 StR 340/22 Rn. 5 mwN).

4. Angesichts des geringen Teilerfolgs ist es nicht unbillig, den Angeklagten mit den gesamten Kosten seines 8
Rechtsmittels zu belasten (§ 473 Abs. 4 StPO).