BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

GSSt 1/05

vom

26. Oktober 2005

in der Strafsache

gegen

1.

2.

wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge u. a.

Der Große Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs hat durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Hirsch, die Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof Dr. Tepperwien, den Vorsitzenden Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Tolksdorf, die Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof Dr. Rissing-van Saan, den Vorsitzenden Richter am Bundesgerichtshof Nack sowie die Richter am Bundesgerichtshof Häger, Maatz, Basdorf, Winkler, Dr. Wahl und Dr. Bode am 26. Oktober 2005 beschlossen:

Für die Annahme vollendeten Handeltreibens reicht es aus, dass der Täter bei einem beabsichtigten Ankauf von zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmten Betäubungsmitteln in ernsthafte Verhandlungen mit dem potentiellen Verkäufer eintritt.

Gründe:

I.

1. Das Landgericht hat in zwei Verfahren unter anderem Fälle erfolgloser Bemühungen um den Erwerb von zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmten Betäubungsmitteln als vollendetes Handeltreiben abgeurteilt:

a) In dem Verfahren gegen den Angeklagten K. (3 StR 61/02):

aa) Der Angeklagte wurde von einem Freund angerufen, der ihm anbot, 10.000 Ecstasy-Tabletten dreier verschiedener Sorten zum Preis von 9.000 DM zu "besorgen". Der Angeklagte erklärte ihm, er solle die Tabletten

"besorgen". Dabei hatte der Angeklagte aber Zweifel, ob sein Freund hierzu in der Lage sein würde. Zu einer Lieferung von Tabletten kam es nicht.

bb) Der Angeklagte ging davon aus, dass ein "A. ", den er kennen gelernt hatte, ihm 10.000 Ecstasy-Tabletten zum beabsichtigten Ankauf würde verschaffen können. Er beauftragte deshalb einen Freund, die Telefonnummer des "A. " herauszufinden.

b) In dem Verfahren gegen den Angeklagten Ke. (3 StR 243/02):

aa) Der Angeklagte wollte in den Niederlanden 50 g Kokain erwerben, um es teilweise gewinnbringend in Deutschland weiterzuverkaufen. Er telefonierte deshalb mit mehreren Betäubungsmittelhändlern in den Niederlanden und traf sich mit einigen von ihnen, konnte jedoch bei keinem Kokain kaufen.

bb) Der Angeklagte wollte erneut 50 g Kokain erwerben. "Diesmal sagte der kontaktierte Dealer zu". Der Angeklagte fuhr deshalb in die Niederlande. Mit dem Dealer wurde er aber nicht handelseinig, weshalb das geplante Geschäft nicht zustande kam.

cc) Der Angeklagte wollte von dem Betäubungsmittelhändler in den Niederlanden, mit dem er schon im vorstehenden Fall ergebnislos verhandelt hatte und von dem er in einem weiteren Fall 50 g Kokain gekauft hatte, nunmehr 70 g Kokain kaufen. Bei den telefonischen Verhandlungen wies der Angeklagte darauf hin, dass die Qualität der letzten Lieferung schlecht gewesen sei. Der Verkäufer sagte zu, "andere Ware als beim letzten Mal" zu haben, woraufhin der Angeklagte zum Verkäufer reiste. Dort befand der Angeklagte die Qualität des angebotenen Kokains für nicht ausreichend. Er kaufte stattdessen 40 g Amphetamin mit einem Wirkstoffanteil von weniger als 10 g Amphetaminbase, das er nach Deutschland verbrachte und weiterverkaufte. Ob-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

gleich 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.

2. Die Angeklagten rügen mit ihren Revisionen die Verletzung sachlichen Rechts. Der Generalbundesanwalt hat beantragt, im Fall I. 1. a) bb) das Verfahren nach § 154 Abs. 2 StPO einzustellen, und in den übrigen Fällen die Verurteilung wegen vollendeten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu bestätigen.

Der 3. Strafsenat hält in allen Fällen den Schuldspruch für rechtsfehlerhaft. Während im Fall I. 1. a) bb) die bloßen Vorsondierungen in Übereinstimmung mit bisherigen Rechtsprechungsansätzen dem Vorbereitungsstadium zugerechnet werden könnten, stehe in den übrigen Fällen der beabsichtigten Entscheidung die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entgegen, nach der für die Annahme vollendeten Handeltreibens bereits ernsthafte Verhandlungen über den Ankauf von zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmten Betäubungsmitteln ausreichen, sofern nur das Stadium allgemeiner Anfragen verlassen ist. Wegen der Einzelheiten wird auf den Anfragebeschluss des 3. Strafsenats vom 10. Juli 2003 (StV 2003, 501) verwiesen.

In diesem Beschluss hat der 3. Strafsenat Bedenken gegen die bisherige weite Auslegung des Begriffs des Handeltreibens in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geäußert und eine Einschränkung für erforderlich gehalten. Er hat dazu vorgeschlagen, diese weite Definition durch einen Katalog handelstypischer Tätigkeiten zu ersetzen, der an der gesetzlichen Definition des Waffenhandels in § 7 Abs. 1 Nr. 2 WaffG nF und an den Tätigkeitsbeschreibungen des § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG orientiert ist. In ihren Antworten haben die anderen Strafsenate eine solche Kataloglösung

worten haben die anderen Strafsenate eine solche Kataloglösung abgelehnt. Der 4. Strafsenat hat stattdessen eine Definition vorgeschlagen, wonach mit Betäubungsmitteln Handel treibt, wer mit einem anderen Einigung über ihre Lieferung erzielt in der Absicht, aus ihrem Umsatz Gewinn zu erzielen. Der 1., der 2. und der 5. Strafsenat haben erklärt, an der bisherigen Definition festhalten zu wollen.

In der Divergenzfrage, ob ernsthafte, wenn auch erfolglose Ankaufsbemühungen für die Annahme vollendeten Handeltreibens ausreichen, hat der 4. Strafsenat der Anfrage zugestimmt. Dagegen haben der 1., der 2. und der 5. Strafsenat mitgeteilt, dass sie an ihrer bisherigen Rechtsprechung festhalten wollen. Der 2. Strafsenat hat hinzugefügt, dass der Erfassung typischer Vorbereitungs- und Versuchshandlungen als vollendetes Handeltreiben durch eine restriktive Handhabung bei der Anwendung des Begriffs in Grenzfällen Rechnung getragen werden kann.

3. Der 3. Strafsenat hat - unter Aufrechterhaltung seiner Bedenken - im Hinblick auf das Ergebnis des Anfrageverfahrens davon abgesehen, sein Ziel einer Neubestimmung der Definition des Handeltreibens weiterzuverfolgen. Er hält jedoch an seiner Rechtsansicht fest, dass für die Annahme vollendeten Handeltreibens ernsthafte Verhandlungen über einen Ankauf dann nicht ausreichen, wenn keine Einigung über die Lieferung erzielt wird. Er hat dem Großen Senat für Strafsachen deshalb folgende Rechtsfrage vorgelegt:

> Reicht es für die Annahme vollendeten Handeltreibens aus, wenn der Täter bei einem beabsichtigten Ankauf von zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmten Betäubungsmitteln in ernsthafte Verhandlungen eintritt, aber keine Einigung mit dem Lieferanten erzielt?

4. Der Generalbundesanwalt möchte an der bisherigen Rechtsprechung festhalten und hat beantragt zu beschließen:

Für die Annahme vollendeten Handeltreibens reicht es aus, wenn der Täter bei einem beabsichtigten Ankauf von zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmten Betäubungsmitteln in ernsthafte Verhandlungen eintritt, aber keine Einigung mit dem Lieferanten erzielt.

II.

Die Voraussetzungen einer Divergenzvorlage nach § 132 Abs. 2 GVG sind gegeben, da der 3. Strafsenat mit seiner beabsichtigten Entscheidung von der Rechtsprechung des 1., des 2. und des 5. Strafsenats abweichen würde (vgl. nur BGH NJW 1986, 2896 - 1. Strafsenat; BGH NStZ-RR 1996, 48 - 2 Strafsenat; BGHSt 29, 239 - 5. Strafsenat).

III.

Der Große Senat für Strafsachen beantwortet die vorgelegte Rechtsfrage wie aus der Entscheidungsformel ersichtlich.

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist Handeltreiben im Sinne des § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG jede eigennützige auf den Umsatz von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit (BGHSt 6, 246; 25, 290; 28, 308; 29, 239; 30, 359; BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 28, 29, 31, 41, 50; BGH NStZ 2000, 207).

Von dieser Definition gehen auch alle Kommentatoren des Betäubungsmittelgesetzes aus (Körner, BtMG 5. Aufl. § 29 Rdn. 199; Weber, BtMG 2. Aufl. § 29 Rdn. 142; Franke/Wienroeder, BtMG 2. Aufl. § 29 Rdn. 64; Hü-

gel/Junge/Lander/Winkler, Deutsches Betäubungsmittelrecht 8. Aufl. § 29 Rdn. 4.1.1; Joachimski/Haumer, BtMG 7. Aufl. § 3 Rdn. 7; Pelchen in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze 155. ErgLfg. BtMG § 29 Rdn. 5; ebenso Endriß/Malek, Betäubungsmittelstrafrecht 2. Aufl. Rdn. 120, kritisch jedoch Fn. 430 zu Rdn. 190). Ebenso steht diese Definition im Einklang mit dem Rahmenbeschluss 2004/757/JI des Rates der Europäischen Union vom 25. Oktober 2004 zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels (ABl der Europäischen Union L 335/8 vom 11. November 2004).

2. Der 3. Strafsenat möchte von diesem Begriff des Handeltreibens diejenigen Fälle ausnehmen, in denen der Täter bei einem beabsichtigten Ankauf von zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmten Betäubungsmitteln in ernsthafte Verhandlungen eintritt, aber keine Einigung mit dem Lieferanten erzielt.

Zur Begründung führt der 3. Strafsenat insbesondere Folgendes aus: Für eine derart eingeschränkte Anwendung des Begriffs des Handeltreibens spreche zunächst, dass der Gesetzgeber in § 29 Abs. 2 BtMG die Strafbarkeit des Versuchs nicht für alle, sondern nur für einen Teil der in § 29 Abs. 1 Satz 1 BtMG genannten Tätigkeiten bestimmt habe. Dabei habe er die Tatbestandsvarianten des Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 sämtlich, somit auch das Handeltreiben, erfasst. Damit sei für das Handeltreiben nicht nur vorgesehen, dass ein Versuch überhaupt bestraft werden kann, sondern wegen der Geltung des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches auch im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechts gleichzeitig die Möglichkeit einer Strafmilderung nach § 23 Abs. 2 StGB und einer Strafbefreiung wegen Rücktritts nach § 24 StGB

eröffnet worden. Die fakultative Strafmilderung wegen Versuchs ermögliche es, Handlungen im Vorfeld, die im Hinblick auf den mit dem Straftatbestand bezweckten Rechtsgüterschutz eine geringere Gefährlichkeit aufweisen, unter eine dementsprechend niedrigere Strafdrohung zu stellen. Nach dem das Strafrecht wesentlich bestimmenden Schuldgrundsatz seien - gemessen an der Idee der Gerechtigkeit - Tatbestand und Rechtsfolge sachgerecht aufeinander abzustimmen (vgl. BVerfGE 50, 205, 214 f.). Diesem Grundsatz werde nur eine Auslegung gerecht, die es erlaube, unterschiedlich gewichtige Verhaltensweisen nach § 23 Abs. 2, § 49 Abs. 1 StGB einer abgestuften Strafdrohung zu unterwerfen. Dies gelte in besonderem Maße für Fälle qualifizierten Handeltreibens nach §§ 29a, 30, 30a BtMG mit erhöhten Mindeststrafen. Für die Strafbefreiung wegen freiwilligen Rücktritts nach § 24 StGB gelte Entsprechendes. Die uneingeschränkte Anwendung der Definition des Handeltreibens habe jedoch dazu geführt, dass Aktivitäten, die an sich typische Versuchshandlungen darstellten, als vollendetes Handeltreiben bewertet und damit der vollen Strafdrohung der Straftatbestände des Betäubungsmittelgesetzes für Handeltreiben unterworfen würden. Ebenso werde der Anreiz, durch einen freiwilligen Rücktritt vom Versuch Strafbefreiung zu erlangen, vereitelt.

Der 3. Strafsenat trägt damit auch der im Schrifttum erhobenen Kritik Rechnung. Diese geht 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 behandele den Tatbestand des Handeltreibens zu Unrecht als unechtes Unternehmensdelikt, wodurch die an sich vom Gesetz vorgesehene Differenzierung von Vorbereitung, Versuch und Vollen-

dung verschwimme und die Möglichkeit eines Rücktritts für den Täter beseitigt werde (Roxin StV 1992, 517; Nestler in Kreuzer, Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts § 11 Rdn. 357 ff.; Paeffgen in FS 50 Jahre BGH Bd. IV S. 695, 722 ff.; Strate ZRP 1987, 314; Endriß/Kinzig NJW 2001, 3217; Harzer StV 1996, 336; Krack JuS 1995, 585; Paul StV 1998, 623; vgl. auch die zustimmenden Anmerkungen zum Anfragebeschluss Roxin StV 2003, 619 und Gaede StraFo 2003, 392 sowie zum Vorlegungsbeschluss Gaede HRRS 2005, 205; ferner zum Anfragebeschluss Weber NStZ 2004, 66 und Niehaus JR 2005, 192; ausführlich zum Meinungsstand Ebert, Das Handeltreiben mit Betäubungsmitteln im Sinne von § 29 I 1 Nr. 1 BtMG, Diss. Augsburg 1997; Schwitters, Die Vorverlagerung der Strafbarkeit beim unerlaubten Handeltreiben im Betäubungsmittelstrafrecht, Diss. Konstanz 1998).

3. Der Große Senat für Strafsachen gibt im Ergebnis den der Vorlegung entgegenstehenden Argumenten den Vorzug.

a) Zunächst sprechen eine über sieben Jahrzehnte von der Rechtsprechung kontinuierlich praktizierte Auslegung des Tatbestandsmerkmals Handeltreiben, ferner in jüngerer Zeit vom Gesetzgeber vorgenommene Änderungen im Betäubungsmittelstrafrecht und die Rezeption des Begriffs Handeltreiben, die in anderen Materien des Nebenstrafrechts stattgefunden hat, für ein Festhalten an der bisherigen Rechtsprechung.

aa) Der Begriff des Handeltreibens im Sinne des Betäubungsmittelrechts wird von der Rechtsprechung seit der Zeit der Weimarer Republik in gleichbleibender Weise verstanden. Zuvor hatte bereits das Reichsgericht diesen in wirtschaftsrechtlichen Vorschriften - namentlich in der Zeit des Ers-

ten Weltkriegs und der Nachkriegszeit - enthaltenen Begriff als "jede eigennützige, auf den Güterumsatz gerichtete Tätigkeit" interpretiert (vgl. RGSt 51, 379; 53, 310, 313, 316; 58, 159). Dementsprechend hat das Reichsgericht (DJZ 1932, 808) das Handeltreiben im Sinne des § 10 Abs. 1 Nr. 1 Opiumgesetz vom 10. Dezember 1929 (RGBl I 215) als "eigensüchtige, auf den Umsatz von Rauschgift gerichtete Tätigkeit, gleichviel in welcher Form und unter welchem Namen sie ausgeübt wird", definiert und bemerkt, dass der Begriff "weitest auszulegen" sei (näher zu dieser Entwicklung Anfragebeschluss des 3. Strafsenats StV 2003, 501, 502).

Der Bundesgerichtshof hat dieses Verständnis des Handeltreibens bei der Auslegung des gleichen Tatbestandsmerkmals im Sinne des Betäubungsmittelgesetzes von Anfang an zugrunde gelegt und im Laufe der Jahrzehnte in einer Rechtsprechung von besonderem Umfang gefestigt.

bb) Der Gesetzgeber der Bundesrepublik Deutschland hat bei allen seinen Entscheidungen den tradierten Begriff des Handeltreibens vor Augen gehabt. Das gilt schon für die Ablösung des Opiumgesetzes durch das Betäubungsmittelgesetz (BGBl I 1972 S. 1), zudem für alle danach erfolgten Änderungen der Strafvorschriften des Betäubungsmittelgesetzes. Bei keiner dieser Gelegenheiten hat der Gesetzgeber Veranlassung gesehen, etwa den Begriff des Handeltreibens in seiner durch die Rechtsprechung erlangten Gestalt in Frage zu stellen (vgl. Weber NStZ 2004, 66, 67).

Vielmehr hat der Gesetzgeber sogar neue Straftatbestände geschaffen, die unterhalb der Schwelle des Handeltreibens liegen. Mit der Vorschrift des § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 10 BtMG (entsprechend schon § 11 Abs. 1 Nr. 8

BtMG 1972), die das Verschaffen oder Gewähren einer Gelegenheit zum unbefugten Erwerb oder zur unbefugten Abgabe von Betäubungsmitteln und ähnliche Verhaltensweisen pönalisiert, sind Handlungen, die im Vorfeld des Handeltreibens liegen, zu selbständigen Straftatbeständen aufgewertet worden (Franke/Wienroeder, BtMG 2. Aufl. § 29 Rdn. 192; Joachimski/Haumer, BtMG 7. Aufl. § 29 Rdn. 205). Dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, der zu der genannten Regelung in § 11 Abs. 1 Nr. 8 BtMG 1972 geführt hat, lag die Erwägung zugrunde, dass derjenige, der einem anderen Gelegenheit zum illegalen Rauschgifthandel verschafft oder gewährt, die gleiche Strafe verdiene wie derjenige, der selbst illegalen Handel betreibt (BTDrucks. VI/1877 S. 9). Angesichts solcher gesetzgeberischen Ausformung von Taten im Vorfeld des Handeltreibens zu eigenen Straftatbeständen - namentlich unter Betonung der Gleichwertigkeit mit dem Handeltreiben - liefe eine Einengung dieses Begriffs den Absichten des Gesetzgebers deutlich zuwider.

cc) Darüber hinaus hat der Gesetzgeber in jüngerer Zeit bei der Regelung oder Neuregelung mehrerer Materien, in denen es gleichermaßen gilt, Gefährdungen besonders hoher Rechtsgüter schon im frühen Gefahrenfeld mit wirksamen Strafvorschriften entgegenzutreten, eine Begriffsanleihe in der Weise vorgenommen, dass er das seit langem dem Betäubungsmittelstrafrecht eigene und vom Bundesgerichtshof kontinuierlich ausgelegte Tatbestandsmerkmal Handeltreiben in den neuen Regelungen verwendet hat.

(1) So ist durch das Gesetz zur Verbesserung der Überwachung des Außenwirtschaftsverkehrs und zum Verbot von Atomwaffen, biologischen und chemischen Waffen vom 5. November 1990 (BGBl I 2429) das Handeltreiben als neues Tatbestandsmerkmal in das Kriegswaffenkontrollgesetz eingefügt

worden (§ 17 Abs. 1 Nr. 1, § 18 Nr. 1, § 19 Abs. 1 Nr. 1, § 20 Abs. 1 Nr. 1 KWKG). Der Gesetzentwurf der Bundesregierung hierzu hat auf den Begriff des Handeltreibens im Sinne des § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG Bezug genommen (BTDrucks. 11/4609 S. 9). Dementsprechend wird im Schrifttum angenommen, dass sich das neue Tatbestandsmerkmal Handeltreiben an den entsprechenden Begriff des Betäubungsmittelrechts in der Gestalt, die er dort durch die Rechtsprechung erfahren hat, anlehnt (Steindorf, Waffenrecht 7. Aufl. § 19 KWKG Rdn. 3 und Steindorf in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze 145. ErgLfg. § 19 KWKG Rdn. 3; vgl. auch Holthausen NJW 1991, 203, 204 und Weber NStZ 2004, 66).

(2) Auch das im Arzneimittelrecht enthaltene Tatbestandsmerkmal Handeltreiben (§ 95 Abs. 1 Nr. 4 AMG) ist als deckungsgleich mit dem entsprechenden Begriff des Betäubungsmittelrechts zu verstehen (BGH NStZ 2004, 457, 458; Körner, BtMG/AMG 5. Aufl. AMG Vorbem. Rdn. 97; Pelchen in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze 142. ErgLfg. § 95 AMG Rdn. 9).

(3) Schließlich hat der Gesetzgeber auch bei der Schaffung des Transplantationsgesetzes mit der Verwendung des Begriffs Handeltreiben in § 17 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, § 18 Abs. 1 TPG auf das Handeltreiben im Sinne des Betäubungsmittelgesetzes und die Auslegung zurückgegriffen, die dieses Merkmal durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erlangt hat (so ausdrücklich der Gesetzentwurf BTDrucks. 13/4355 S. 29 f.). In dem Gesetzentwurf heißt es gar: "Verhandlungen vor Vertragsabschluss, Verkaufsangebote, selbst ernsthafte, wenngleich misslungene Ankaufsbemühungen in Weiterveräußerungsabsicht sind auf Umsatz gerichtet und stellen vollendetes Handeltreiben dar" (aaO S. 30); "Absatz 2 stellt den Versuch unter Strafe. Da

die Rechtsprechung den Begriff des Handeltreibens weit auslegt, wird allerdings in der Regel bereits ein vollendetes Delikt anzunehmen sein" (aaO S. 31). Danach gehen die Kommentatoren des Transplantationsgesetzes davon aus, dass der dortige Begriff Handeltreiben dem des Betäubungsmittelgesetzes entspricht (Pelchen in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze 130. ErgLfg. § 18 TPG Rdn. 2; Schroth/König/Gutmann/Odun-cu, TPG §§ 17, 18 Rdn. 16; Nickel/Schmidt-Priesigke/Sengler, TPG § 17 Rdn. 4; Rixen in Höfling, TPG § 17 Rdn. 17, 20, kritisch jedoch Rdn. 8 ff.; kritisch auch König, Strafbarer Organhandel, 1999, S. 150 ff.). Auch das Bundessozialgericht (JZ 2004, 464 m. Anm. Schroth) knüpft an diese - von ihm als "Entlehnung" bezeichnete (aaO S. 465) - Entwicklung an. Soweit es jedoch im Hinblick auf die Besonderheiten der Organspende den Begriff des Handeltreibens für den Bereich des Transplantationsgesetzes durch eine zusätzliche Kautel eingeengt hat, bleibt dies für die Grenzziehung zwischen versuchtem und vollendetem Handeltreiben ohne Bedeutung.

b) Allen vorstehend sub a) beschriebenen Entwicklungen liegen gewichtige kriminalpolitische Gesichtspunkte zugrunde.

Der Kriminalitätsbereich des gewinnbringenden Umgangs mit Betäubungsmitteln ist durch Besonderheiten gekennzeichnet, die ihn von der "allgemeinen" Kriminalität strukturell weitgehend unterscheiden. Dazu gehören regelmäßig Konspiration, Tarnung und ein organisiertes hierarchisches System, das das Risiko der Entdeckung des einzelnen Täters gezielt vom kompetenten Täter höherer Ebene auf die zunehmend schwächeren Täter der unteren Ebenen verlagert (Körner, BtMG 5. Aufl. § 29 Rdn. 546 ff.; Weber, BtMG 2. Aufl. § 29 Rdn. 144 ff.). Daraus folgt, dass häufig nur Teilakte des Gesamt-

geschehens festgestellt werden können. Deshalb hat der Gesetzgeber durch die Pönalisierung des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln einen Tatbestand (samt daran anknüpfender Qualifikationen) geschaffen, der nach der Rechtsprechung, an die der Gesetzgeber in der Folgezeit angeknüpft hat, schon beim Vorliegen relativ geringer Voraussetzungen erfüllt ist. Er hat damit - auch angesichts der besonderen Beweisschwierigkeiten bei etwaigen höheren Tatbestandsanforderungen - die Vollendungsschwelle niedrig angesetzt. Notwendigerweise bleibt bei solcher Tatbestandsgestaltung für die Annahme eines Versuchs und mithin für einen Rücktritt vom Versuch wenig Raum.

Nach alledem ist das Tatbestandsmerkmal Handeltreiben weit auszulegen (BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 36; Weber aaO § 29 Rdn. 144 ff., 295 und NStZ 2004, 66, 67; vgl. auch Franke/Wienroeder, BtMG 2. Aufl. § 29 Rdn. 83 a.E.). Im Hinblick auf die "weit nach vorne" gelegte Vollendungsschwelle wird das Handeltreiben im Schrifttum vielfach als (unechtes) Unternehmensdelikt bezeichnet (Körner aaO § 29 Rdn. 246, 327; Weber aaO § 29 Rdn. 280; Franke/Wienroeder aaO; Joachimski/Haumer, BtMG 7. Aufl. § 29 Rdn. 27; Hügel/Junge/Lander/Winkler, Deutsches Betäubungsmittelrecht 8. Aufl. § 29 Rdn. 4.1.1.; Endriß/Malek, Betäubungsmittelstrafrecht 2. Aufl. Rdn. 127).

c) Demgegenüber greifen die für eine einschränkende Auslegung vorgebrachten Argumente im Ergebnis nicht durch.

aa) Dies gilt zunächst für das zentrale Argument der Vorlegung. Danach soll aus der Anordnung der Strafbarkeit des Versuchs in § 29 Abs. 2 BtMG eine restriktive Auslegung des Tatbestandsmerkmals Handeltreiben

abgeleitet werden, damit - auch betreffend diese Handlungsform - ein Anwendungsfeld von gewisser Weite für den Versuch und mithin für den Rücktritt vom Versuch eröffnet werde.

(1) Das Argument überzeugt schon in seinem strukturellen Ansatz nicht. Die Anordnung der Strafbarkeit des Versuchs in § 29 Abs. 2 BtMG trägt mit einer allein technischen Regelung dem Rechnung, dass der Versuch eines Vergehens nur dann strafbar ist, wenn das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt (§ 23 Abs. 1 StGB). Körner (aaO § 29 Rdn. 319) bezeichnet die Vorschrift des § 29 Abs. 2 BtMG in diesem Sinne als "Auffangtatbestand". Aus dieser Regelung kann jedoch nicht hergeleitet werden, dass es ein Kriminalitätsfeld von gewissem Umfang geben müsse, in dem lediglich Versuch vorliegt, gar mit der Konsequenz, dass ein einzelnes Merkmal des Anknüpfungstatbestands eng ausgelegt werden müsse, damit für den Versuch ein Anwendungsbereich von gewisser Weite verbleibe. Ein derartiges Argumentationsmuster findet sich im gesamten Strafrecht zu keinem Vergehen, dessen Versuch strafbar ist.

(2) Zudem wird mit der Argumentation aus § 29 Abs. 2 BtMG die mit dieser Vorschrift getroffene Gesamtregelung außer Acht gelassen, nämlich angesichts eines einheitlichen Regelungskomplexes, der 14 Tatbestandsvarianten in gleicher Weise behandelt, der Blick auf eine einzige dieser Varianten - das Handeltreiben - eingeengt, mag diese auch die in der Praxis bedeutsamste Handlungsform sein. Die Grundvorschrift des Betäubungsmittelstrafrechts, § 29 Abs. 1 Satz 1 BtMG, pönalisiert zahlreiches Verhalten, das in Bezug zu Betäubungsmitteln steht, als Vergehen. Für 14 dieser Möglichkeiten der Tatbestandserfüllung ist in § 29 Abs. 2 BtMG die Strafbarkeit des Ver-

suchs vorgesehen, nämlich für Anbau und Herstellung von Betäubungsmitteln, Handeltreiben mit ihnen, Einfuhr, Ausfuhr, Veräußerung, Abgabe, In-Verkehr-Bringen, Erwerb, Sich-Verschaffen (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG), erlaubnislose Herstellung einer ausgenommenen Zubereitung (Nr. 2 aaO), Durchfuhr (Nr. 5 aaO), Verabreichung und zum unmittelbaren Verbrauch geschehendes Überlassen (Nr. 6 Buchstabe b aaO). Blendet man von diesen 14 Tatbestandsvarianten zunächst das Handeltreiben aus, so ergibt sich, dass allen übrigen 13 Handlungsformen in der Praxis durchaus die Möglichkeit der Begehung in Form des Versuchs eigen ist (vgl. - jeweils zu den 13 einzelnen Handlungsformen - Weber, BtMG 2. Aufl. § 29 Rdn. 53, 93, 127, 441 ff., 567 ff., 605 ff., 648 ff., 686 ff., 729 ff., 785 ff., 814, 924 ff., 1000 ff.).

(3) Freilich bleibt, wenn man die Betrachtung auf das Handeltreiben als eine derjenigen 14 Tatbestandsvarianten beschränkt, für die in § 29 Abs. 2 BtMG die Strafbarkeit des Versuchs vorgesehen ist, nur ein äußerst enges Anwendungsfeld.

So hat der Bundesgerichtshof in seltenen Fällen versuchtes Handeltreiben angenommen oder für möglich erachtet, nämlich im Fall fehlgeschlagener Bemühungen, als Rauschgiftkurier zu agieren (BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 1; vgl. auch BGHR BtMG § 29 Beihilfe 2), und im Fall der Geldübergabe zur Durchführung eines gescheiterten Rauschgiftgeschäfts (BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 22).

bb) Das Verfassungsrecht, namentlich der Bestimmtheitsgrundsatz nach § 103 Abs. 2 GG gebietet nicht, die mit der Vorlegung intendierte restriktive Auslegung vorzunehmen.

(1) Das Bundesverfassungsgericht (jeweils 2. Kammer des Zweiten Senats, Beschl. vom 25. Februar 1993 - 2 BvR 2229/92 und Beschl. vom 24. Oktober 1999 - 2 BvR 1906/99) hat in zwei Fällen Verfassungsbeschwerden, mit denen geltend gemacht worden war, dass die tradierte Auslegung des Begriffs Handeltreiben gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verstoße, mangels Aussicht auf Erfolg nicht zur Entscheidung angenommen. Es hat - unter Bezugnahme auf den Beschluss BVerfGE 28, 175, 183 - ausgeführt, der in Art. 103 Abs. 2 GG niedergelegte Bestimmtheitsgrundsatz zwinge nicht dazu, im Strafrecht auf die Verwendung auslegungsfähiger Begriffe zu verzichten. Dabei hat das Bundesverfassungsgericht seiner Prüfung folgende Umschreibung des Handeltreibens zugrunde gelegt: "Unter den Begriff des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln fällt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jede eigennützige Bemühung, die darauf gerichtet ist, den Umsatz mit Betäubungsmitteln zu ermöglichen oder zu fördern, selbst wenn es sich dabei nur um eine vermittelnde Tätigkeit handelt (vgl. BGHSt 29, 239; 31, 145, 147; 34, 124, 125; BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 29). Eine gesicherte Lieferquelle ist ebenso wenig Voraussetzung für die Vollendung des Tatbestands wie die Verfügungsgewalt des Täters über die Betäubungsmittel. Der Tatbestand ist ebenfalls erfüllt, wenn es noch nicht zur Anbahnung bestimmter Geschäfte oder gar zum Abschluss eines Vertrags und dessen Erfüllung gekommen ist. Handeltreiben ist kein Erfolgsdelikt. Die Tat ist deshalb auch dann rechtlich vollendet, wenn der erstrebte Umsatz von Betäubungsmitteln - etwa weil auf der Käuferseite zum Schein Polizeibeamte auftreten - nicht erreicht wird" (BVerfG aaO, Beschl. vom 24. Oktober 1999; fast gleichlautend Beschl. vom 25. Februar 1993).

(2) Die Vorlegung knüpft an die Entscheidung BVerfGE 50, 205 an, wonach gemäß dem das Strafrecht wesentlich bestimmenden Schuldgrundsatz - gemessen an der Idee der Gerechtigkeit - Tatbestand und Rechtsfolge sachgerecht aufeinander abgestimmt sein müssen (BVerfG aaO S. 214 f. m.w.N.).

Dass in diesem Sinne das Regelungssystem der §§ 29 bis 30a BtMG für die Gesamtheit der Fälle vollendeten Handeltreibens eine sachgerechte Abstimmung von Tatbestand und Rechtsfolge enthält, ergibt sich schon aus folgendem Bild: Vergehen nach § 29 Abs. 1 Satz 1 BtMG werden mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Angesichts der danach bestehenden Mindeststrafe - Geldstrafe in Höhe von fünf Tagessätzen (§ 40 Abs. 1 Satz 2 StGB) - ist es immer möglich, im Rahmen der Strafzumessung schuldgerecht dem Umstand wirksam Rechnung zu tragen, dass eine Tat aus dem unteren, gar untersten Bereich des Handeltreibens vorliegt, namentlich weil eine Gefahr von tatsächlichem Betäubungsmittelumsatz fern liegt (vgl. Weber, BtMG 2. Aufl. § 29 Rdn. 295). Dass die vollendete Tat im Einzelfall dem Versuch nahe steht, wird die Annahme eines besonders schweren Falles nach § 29 Abs. 3 Satz 1 BtMG, für den eine Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe vorgesehen ist, meist ausschließen (vgl. Joachimski/Haumer, BtMG 7. Aufl. § 29 Rdn. 27). Die Erfüllung eines der beiden Regelbeispiele nach § 29 Abs. 3 Satz 2 BtMG ist in den hier in Rede stehenden Fällen ohnehin kaum denkbar. Bei den - ein Verbrechen begründenden - Qualifikationen, die an das Handeltreiben anknüpfen (§ 29a Abs. 1 Nr. 2, § 30 Abs. 1 Nr. 1, § 30a Abs. 1 und 2 BtMG), ist jeweils für minder schwere Fälle ein herabgesetzter Strafrahmen vorgesehen, dessen Untergrenze bei drei Monaten Freiheitsstrafe (§ 29a Abs. 2, § 30 Abs. 2 BtMG) oder bei sechs Mo-

naten Freiheitsstrafe (§ 30a Abs. 3 BtMG) liegt, was eine schuldangemessene Berücksichtigung jedweden Umstandes ermöglicht, der im Einzelfall die Tat als im unteren Bereich des Handeltreibens liegend kennzeichnet. Häufig wird die Annahme eines minder schweren Falles geboten sein.

cc) Bei der Beurteilung der Reichweite des Tatbestandsmerkmals Handeltreiben ist zudem auf zwei Gesichtspunkte Bedacht zu nehmen, die in der Praxis zu einer deutlichen Einschränkung des Anwendungsbereichs dieses Merkmals führen. Dies betrifft zum einen die Fälle der Vorbereitung und zum anderen die Fälle der Beihilfe.

(1) Handlungen, die lediglich typische Vorbereitungen darstellen, weil sie weit im Vorfeld des beabsichtigten Güterumsatzes liegen, erfüllen noch nicht einmal die Voraussetzungen eines Versuchs des Handeltreibens. Das gilt etwa für die Präparierung eines Fahrzeugs für unbestimmte künftige Schmuggelfahrten (BGH NStZ 2001, 323), den Transport von Streckmitteln für noch nicht konkretisierte Betäubungsmittelgeschäfte (BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 37, 43) und die Darlehensgewährung zur etwaigen Durchführung eines Betäubungsmittelgeschäftes sowie das Bemühen um ein Visum zur Ermöglichung künftiger Kuriertätigkeit (BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 22). Auch allgemeine, ergebnislose Anfragen nach Betäubungsmitteln und entsprechende Erkundungsfahrten sind bloße Vorbereitungshandlungen (BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 7; BGH NStZ-RR 1996, 48; BGH NStZ 1996, 507, 508). Wenngleich diese Grenzziehung zwischen strafloser Vorbereitung einerseits und strafbarem Versuch des Handeltreibens bzw. vollendetem Handeltreiben andererseits in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bislang nur kasuistisch erfolgt ist, liegt ihr

häufig als wesentliches Abgrenzungskriterium zugrunde, dass in den Fällen der Vorbereitung noch jede Konkretisierung der in Aussicht genommenen Tat fehlt (vgl. insbes. BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 22, 37, 43; BGH NStZ 2001, 323, 324; vgl. auch Körner, BtMG 5. Aufl. § 29 Rdn. 242, 306 ff.; Weber aaO § 29 Rdn. 280 ff.; Franke/Wienroeder, BtMG 2. Aufl. § 29 Rdn. 83).

(2) Ein großer Teil derjenigen Fälle, die im vorliegenden Zusammenhang als problematisch diskutiert werden, findet seine Lösung eher an der Grenzlinie zwischen Beihilfe und (Mit-)Täterschaft als in der Differenzierung zwischen versuchtem und vollendetem Handeltreiben. So führt die Anwendung der Regelungen über die Beihilfe - einschließlich der obligatorischen Strafrahmenverschiebung (§ 27 Abs. 2 Satz 2 StGB) - zur Herauslösung zahlreicher Fälle aus dem mit Skepsis betrachteten Feld täterschaftlichen vollendeten Handeltreibens. Dies schlägt sich in einer Vielzahl von Entscheidungen nieder, in denen der Bundesgerichtshof das Vorliegen (mit-)täterschaftlichen Handeltreibens verneint und auf Beihilfe zum Handeltreiben erkannt oder hingewiesen hat (vgl. nur BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 6, 9, 14, 21, 24, 29, 36, 39, 42, 47, 56, 57, 58, 59; BGH StV 1985, 14; BGH, Beschl. vom 15. Juli 2005 - 2 StR 226/05; BGH, Urt. vom 3. August 2005 - 2 StR 360/04; vgl. auch Winkler NStZ 2005, 315).

Hirsch	Tepperwien		Tolksdorf
Rissing-van Saan	Nack	Häger	Maatz
Basdorf	Winkler	Wahl	Bode

Nachschlagewerk: ja
BGHSt: ja
Veröffentlichung: ja

BtMG § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1

Für die Annahme vollendeten Handeltreibens reicht es aus, dass der Täter bei einem beabsichtigten Ankauf von zum gewinnbringenden Weiterverkauf be-stimmten Betäubungsmitteln in ernsthafte Verhandlungen mit dem potentiellen Verkäufer eintritt.

BGH, Beschl. vom 26. Oktober 2005 - GSSt 1/05 - LG Mönchengladbach