



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

3 StR 268/01

vom
19. September 2001
in der Strafsache
gegen

- 1.
- 2.
- 3.

wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln u.a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung der Beschwerdeführer und des Generalbundesanwalts - zu 2. auf dessen Antrag - am 19. September 2001 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO einstimmig beschlossen:

1. a) Auf die Revisionen der Angeklagten Carsten und Susanne K. wird das Urteil des Landgerichts Hildesheim vom 24. April 2001, soweit es sie betrifft, in vollem Umfang mit den Feststellungen aufgehoben.
 - b) Auf die Revision des Angeklagten D. wird das vorbezeichnete Urteil, soweit es ihn betrifft, im Schuldspruch dahin geändert, daß er des unerlaubten Handeltreibens in Tateinheit mit unerlaubtem Erwerb von Betäubungsmitteln in zwanzig Fällen schuldig ist und im Strafausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.
 - c) Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
2. Die weitergehende Revision des Angeklagten D. wird verworfen.

Gründe:

I. Revisionen der Angeklagten Carsten und Susanne K. :

1. Das Landgericht hat diese Angeklagten jeweils wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 69 Fällen und wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in 42 Fällen verurteilt. Die hiergegen gerichteten Revisionen haben mit der Sachrüge Erfolg, weil die Urteilsgründe besorgen lassen, daß die Strafkammer von zu großen Handelsmengen ausgegangen und damit in einem Teil der Fälle zu Unrecht zu einer nicht geringen Menge gelangt ist sowie in den übrigen Fällen einen zu hohen Schuldumfang zugrunde gelegt hat.

Nach den Feststellungen hatten sich die Angeklagten Carsten und Susanne K. entschlossen, zur Finanzierung der Drogensucht von Carsten K. und zur Verbesserung des Lebensstandards beider Eheleute Heroin zu erwerben und gemeinsam zu verkaufen, wobei der Einkauf jeweils durch Carsten K. erfolgte. Zum ersten Tatkomplex (Taten Nr. 1 bis 49) hat die Strafkammer auf UA S. 31 festgestellt, daß dieser das für den Eigenkonsum benötigte Heroin "meistens noch zusätzlich" erwarb, "zeitweise allerdings auch von dem für die Abnehmer bestimmten Heroin abzweigte". Für den zweiten Tatkomplex (Taten Nr. 50 bis 111) stellte sie auf UA S. 36 fest:

"Bei dem von Carsten K. ab April 2000 getätigten Einkäufen ging Susanne K. davon aus, daß es sich jedenfalls um Ankäufe von mindestens 40 g Heroin handelte. Der Angeklagte Carsten K. kaufte jedoch häufig sehr viel mehr Heroin (bis 105 g). Er ließ Susanne K. jedoch teilweise darüber im Unklaren, um so Teile des Heroins gegen

Tabletten für den Eigenkonsum zu tauschen oder auch um Heroin für seinen Eigenkonsum abzuzweigen."

Die Strafkammer ging sodann von einem Wirkstoffgehalt von 6 % HHC aus und wertete alle Ankäufe ab 30 g Heroin als nicht geringe Mengen, ohne festzustellen, welche Teilmengen hieraus jeweils für Zwecke des Eigenkonsums "abgezweigt" worden waren.

2. Hat ein Angeklagter Rauschmittel zum späteren Weiterverkauf erworben, so erfüllt dies hinsichtlich der erworbenen Gesamtmenge die Voraussetzungen des unerlaubten Handeltreibens mit dieser selbst dann, wenn er nachträglich einen Teil zum Eigenverbrauch abzweigt. Hier lassen jedoch die insoweit unterschiedlichen Formulierungen der Feststellungen zu beiden Tatkomplexen besorgen, daß entgegen dem Wortlaut auf UA S. 31 ("von dem für die Abnehmer bestimmten Heroin ... abzweigt") eine solche nachträgliche Änderung der Zweckbestimmung eines Teils des angekauften Heroins auch beim ersten Tatkomplex nicht vorgelegen hat. Angesichts des hohen täglichen Eigenbedarfs des Angeklagten Carsten K. liegt es auch fern, daß er nicht bereits beim Einkauf seinen eigenen Bedarf einkalkuliert hatte. Darauf deutet ferner die Formulierung zum zweiten Tatkomplex hin, wonach er "häufig" den 40 Gramm übersteigenden Anteil seiner Ehefrau verschwiegen hatte, um ihn für sich verwenden zu können.

3. Hat jedoch ein Täter Rauschmittel in einem Vorgang teils zum Weiterverkauf und teils zum Eigenverbrauch erworben, darf der Tatrichter ähnlich wie bei der Einfuhr von nur teilweise zum Handeltreiben bestimmten Drogen wegen der unterschiedlichen Auswirkungen bei der rechtlichen Einordnung und bei der Strafzumessung nicht offen lassen, welcher Anteil für den späteren Verkauf

vorgesehen war. Er muß dies feststellen und notfalls unter Beachtung des Zweifelssatzes schätzen (vgl. Winkler NStZ 2001, 303).

Die rechtliche Einordnung solcher Erwerbsvorgänge mit unterschiedlicher Zweckbestimmung richtet sich sodann nach den jeweiligen Einzelmengen.

a) Liegt bereits die erworbene Gesamtmenge unter dem Grenzwert zur nicht geringen Menge, ist unerlaubtes Handeltreiben in Tateinheit mit unerlaubtem Erwerb nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG gegeben (st.Rspr., vgl. Nachw. bei Weber BtMG § 29 Rdn. 268).

b) Übersteigt jedoch die Gesamtmenge den Grenzwert, so kommt es auf die jeweiligen Teilmengen an: Bei einer nicht geringen Handelsmenge liegt unerlaubtes Handeltreiben mit einer nicht geringen Menge nach § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG vor. Ist auch die restliche Eigenverbrauchsmenge nicht gering, ist Tateinheit mit unerlaubtem Besitz einer nicht geringen Menge nach § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG gegeben, bei einer darunter liegenden Eigenverbrauchsmenge dagegen Tateinheit mit unerlaubtem Erwerb nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG (BGH, Beschl. vom 2. Dezember 1997 - 1 StR 698/97, zit. bei Zschockelt NStZ 1998, 240).

Bleibt jedoch die Handelsmenge unter dem Grenzwert, kommt die weitere Alternative dieses Verbrechenstatbestandes, nämlich unerlaubter Besitz (der gesamten Erwerbsmenge) nach § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG in Betracht (BGHSt 42, 123, 126). Diese steht sodann in Tateinheit mit unerlaubtem Handeltreiben (mit der Handelsmenge) nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG, während der unerlaubte Erwerb (der Eigenverbrauchsmenge) nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG von dem Verbrechenstatbestand des unerlaubten Besitzes einer nicht geringen Menge

nach § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG verdrängt wird (NStZ 1994, 548; BGHR BtMG § 29 a I 2 Besitz 3).

4. Das Urteil läßt nicht erkennen, daß diese Grundsätze eingehalten worden sind. Der Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe und die Verurteilung des Angeklagten D. lediglich wegen unerlaubten Handeltreibens lassen vielmehr besorgen, daß sich die Strafkammer der notwendigen Unterscheidung nicht bewußt war. Dies bedingt zunächst die Aufhebung des Schuldspruchs in den 69 Fällen, in denen eine nicht geringe Menge gemäß § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG angenommen worden war. Der Senat ändert den Schuldspruch in diesen Fällen nicht selbst, da weitergehende Feststellungen durch einen neuen Tatrichter angesichts der geständigen Angeklagten noch möglich erscheinen. Aber auch in den übrigen 42 Fällen, in denen eine nicht geringe Menge nicht angenommen worden war, könnte sich dieser Rechtsfehler auswirken, da bei einem Ankauf einer teils zum Weiterverkauf, teils zum Eigenverbrauch bestimmten Menge eine Verurteilung wegen unerlaubten Handeltreibens in Tateinheit mit unerlaubtem Erwerb von Betäubungsmitteln in Betracht kommt.

II. Revision des Angeklagten D. :

Der Senat hat bei diesem Angeklagten den Schuldspruch gemäß § 354 Abs. 1 StPO dahin geändert, daß er wegen unerlaubten Handeltreibens in Tateinheit mit unerlaubtem Erwerb von Betäubungsmitteln verurteilt ist, da für ihn festgestellt worden ist, daß er die Hälfte der erworbenen Menge weiter veräußert und den Rest selbst konsumiert hat. Dieser Änderung steht § 265 Abs. 1 StPO nicht entgegen. Allerdings hat der Senat den Strafausspruch aufgehoben, da seine Verurteilung nur wegen unerlaubten Handeltreibens und die unzureichende Feststellung des zum Eigenverbrauch bestimmten Heroins bei den

Angeklagten Carsten und Susanne K. die Besorgnis begründet, die Strafkammer könnte auch bei dem Angeklagten D. bei der Strafzumessung dem Vorwurf des unerlaubten Handeltreibens ohne Differenzierung die gesamte Einkaufsmenge und nicht nur die zum Weiterverkauf bestimmte Hälfte zugrunde gelegt haben. Dabei ist zu berücksichtigen, daß nach § 29 Abs. 1 BtMG für den Erwerb zwar der gleiche Strafraum wie für das Handeltreiben anwendbar ist, daß jedoch die erstgenannte Tatbestandsalternative regelmäßig ein geringeres Gewicht hat.

III. Für die neue Hauptverhandlung gibt der Senat folgende Hinweise:

1. Die Strafkammer hat auf UA S. 6 festgestellt, daß der Angeklagte Carsten K. zuletzt täglich bis zu 10 Gramm Heroin und mindestens 10 Tabletten Rohypnol oder Flunitrazepam konsumierte. Diese Mengen erscheinen ungewöhnlich hoch (vgl. Körner, BtMG 5. Aufl. Anhang C 1 Rdn. 60, der bei einem erfahrenen Heroinkonsumenten von einem täglichen Konsum von 0,5 bis 3 Gramm Heroingemisch ausgeht). Für die neu zu treffenden Feststellungen weist der Senat darauf hin, daß Angaben eines Angeklagten, für deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit es keine Beweise gibt, vom Tatrichter nicht ohne weiteres als unwiderlegt hingenommen werden dürfen; ihre Zurückweisung erfordert nicht, daß sich ihr Gegenteil positiv feststellen läßt (st.Rspr.; vgl. BGHR StPO § 261 Einlassung 5; BGH, Urt. vom 22. August 1995 - 5 StR 190/95 - jew. m.w.Nachw.).

2. Der neue Tatrichter wird ferner Gelegenheit haben, die Voraussetzungen verminderter Schuldfähigkeit nach § 21 StGB bei den Angeklagten Carsten K. und D. an Hand der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. Winkler NStZ 2001, 304 m.w.Nachw.) erneut zu prüfen. Den bisherigen Feststellungen sind weder schwerste Persönlichkeitsveränderungen

noch ein Handeln unter Entzugserscheinungen, geschweige denn ein Handeln unter akutem Drogeneinfluß zu entnehmen. Dies liegt insbesondere bei dem Angeklagten Carsten K. angesichts einer sich über ein Jahr hinziehenden Tatserie mit 111 Einkaufsfahrten (mit dem Motorroller nach Hannover) eher fern.

3. Ferner wird im Fall einer erneuten Anordnung der Unterbringung des Angeklagten Carsten K. nach § 64 StGB die Frage eines teilweisen Vorwegvollzugs unter Beachtung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach nur beachtliche und einzelfallbezogene Gründe ein Abweichen von der vom Gesetzgeber bestimmten Vollzugsreihenfolge rechtfertigen (vgl. Tröndle/Fischer, StGB 50. Aufl. § 67 Rdn. 4 f. m.w.Nachw.), erneut zu prüfen sein.

Rissing-van Saan

Winkler

Pfister

Becker

Sost-Scheible