



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

3 StR 404/01

vom

12. März 2002

in der Strafsache

gegen

wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln u.a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Verhandlung vom 7. März 2002 in der Sitzung am 12. März 2002, an denen teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Prof. Dr. Tolksdorf,

die Richter am Bundesgerichtshof
Winkler,
Pfister,
von Lienen,
Becker
als beisitzende Richter,

Staatsanwältin
als Vertreterin der Bundesanwaltschaft,

Justizamtsinspektorin in der Verhandlung,
Justizamtsinspektor bei der Verkündung
als Urkundsbeamte der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Kiel vom 19. Juli 2001
 - a) im Fall II. 1 der Urteilsgründe im Schuldspruch dahin geändert, daß der Angeklagte des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln schuldig ist,
 - b) in den Fällen II. 2 und 3 der Urteilsgründe sowie im gesamten Rechtsfolgenausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
3. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Von Rechts wegen

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Erwerbs von Betäubungsmitteln in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und mit unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungs-

mitteln (Fall II. 1 der Urteilsgründe) sowie wegen "unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge unter Mitsichführen einer Schußwaffe" in zwei Fällen (Fälle II. 2 und 3 der Urteilsgründe) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt und den Verfall von 460 DM angeordnet. Die auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten hat in dem aus der Urteilsformel ersichtlichen Umfang Erfolg.

1. Im Fall II. 1 der Urteilsgründe hat der Senat entsprechend § 354 Abs. 1 StPO den Schuldspruch geändert.

Nach den Feststellungen erwarb und besaß der Angeklagte 125 Gramm Haschisch mit einem THC-Gehalt von insgesamt 9,37 Gramm, das er - wie beabsichtigt - zur Hälfte selbst verbrauchte und zur Hälfte in kleinen Teilmengen gewinnbringend weiterveräußerte. Der für den Weiterverkauf bestimmte Anteil blieb somit unter dem Grenzwert der nicht geringen Menge von 7,5 Gramm THC. Der Angeklagte hat sich deshalb wegen des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nach § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG in Tateinheit mit unerlaubtem Handeltreiben gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG schuldig gemacht (BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Konkurrenzen 5; Weber, BtMG § 29 a Rdn. 147). Der Erwerb der zum Weiterverkauf bestimmten Teilmenge hat als Teilakt des unerlaubten Handeltreibens keine selbständige Bedeutung. Der Erwerb der Eigenverbrauchsmenge wird von dem Verbrechenstatbestand des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verdrängt (BGHR BtMG § 29 a Abs. 1 Nr. 2 Besitz 3).

§ 265 StPO steht der Schuldspruchänderung nicht entgegen, da sich der geständige Angeklagte nicht anders als geschehen hätte verteidigen können.

2. In den Fällen II. 2 und 3 der Urteilsgründe hält die Verurteilung wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln rechtlicher Überprüfung nicht stand.

a) Nach den Feststellungen erwarb der Angeklagte bei dem Lieferanten "M. " für den Haschischhändler S. auf dessen Bitte jeweils ein Kilogramm Haschisch, das er mit von diesem zuvor erhaltenem Geld bezahlte und nach Erhalt ohne Aufschlag sofort an S. weitergab, der in einem Pkw wartete. Gleichzeitig kaufte er 150 Gramm (Fall II. 2 der Urteilsgründe) bzw. 670 Gramm (Fall II. 3 der Urteilsgründe) Haschisch für sich selbst. Wegen des Großeinkaufs verringerte sich der Einkaufspreis des vom Angeklagten für eigene Zwecke erworbenen Haschisch, das überwiegend zum Verkauf in kleinen Mengen, teilweise aber auch zum Eigenkonsum bestimmt war, von 4,80 DM/Gramm auf 4,10 DM/Gramm. Dieses Haschisch lagerte und verkaufte der Angeklagte in seiner Wohnung. Im Wohnzimmer verwahrte er unter dem Sofa eine geladene Gaspistole, bei der das Gas nach vorne durch den Lauf austrat. Um an die Schußwaffe zu gelangen, mußte "das Sofa hochgekippt werden" (UA S. 15). Im Fall II. 2 der Urteilsgründe verkaufte der Angeklagte den ganz überwiegenden Teil der 150 Gramm Haschisch und damit mehr als eine nicht geringe Menge, im Fall II. 3 der Urteilsgründe war der ganz überwiegende Teil der 670 Gramm Haschisch und damit mehr als eine nicht geringe Menge für den Weiterverkauf vorgesehen.

b) Das Landgericht hat hinsichtlich der vom Angeklagten eingekauften Gesamtmengen von 1150 Gramm bzw. 1670 Gramm Haschisch jeweils ein täterschaftliches bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 30 a Abs. 2 Nr. 2 BtMG) angenommen. Dies wird von den Feststellungen nicht getragen.

Käufer des für S. bestimmten Rauschgiftes war dieser selbst. Für ihn erwarb es der Angeklagte als dessen Bote mit dessen Geld nach genauen Anweisungen und gab es unmittelbar danach an ihn weiter. Der Bote bzw. Kurier, der Betäubungsmittel für einen anderen besorgt und transportiert, ohne selbst Käufer oder Verkäufer zu sein, kann entweder Gehilfe oder Mittäter bei dem fremden Umsatzgeschäft sein. Die Abgrenzung ist nach allgemeinen Grundsätzen vorzunehmen (st. Rspr., vgl. BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 36 und 56). Ob ein Bote bzw. ein Kurier Mittäter oder nur Gehilfe ist, ist demnach aufgrund einer wertenden Betrachtung aller von der Vorstellung des Boten bzw. Kuriers erfaßten Umstände zu entscheiden. Wesentliche Anhaltspunkte können sein der Grad des eigenen Interesses am Erfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft, so daß die Durchführung und der Ausgang der Tat maßgeblich auch von seinem Willen abhängen (st. Rspr., vgl. BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 54; BGH NStZ 2000, 482, 483). Dabei deutet eine ganz untergeordnete Tätigkeit schon objektiv darauf hin, daß der Beteiligte nur Gehilfe ist (st. Rspr., vgl. BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 56).

Bei einer Gesamtwürdigung aller Umstände ist die Förderung der Betäubungsmittelgeschäfte des S. durch den Angeklagten als eine Gehilfentätigkeit zu werten. Seine Tatbeiträge waren von objektiv untergeordnetem Gewicht. Der Angeklagte besorgte das Haschisch entsprechend den genauen Vorgaben des S. . Er hatte keinerlei Einfluß auf die Bestimmung von Art und Menge des Rauschgiftes, dessen Preis sowie die Gestaltung des Transports. Das Haschisch hatte er nur eine ganz kurze Zeit in Besitz, weil er es sofort nach Erhalt dem auf ihn bereits wartenden S. übergab. Ein Eigeninteresse an der Tat bestand beim Angeklagten nur insoweit, als er das für sich

selbst gekaufte Rauschgift zu einem um bis zu 105 DM (Fall II. 2 der Urteilsgründe) bzw. 469 DM (Fall II. 3 der Urteilsgründe) günstigeren Preis erwerben konnte, was angesichts der sonstigen Umstände von geringerer Bedeutung ist. Somit hat sich der Angeklagte hinsichtlich des für S. besorgten Haschisch lediglich wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge strafbar gemacht.

Der Senat kann gleichwohl den Schuldspruch nicht ändern, weil mit der Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, bezogen auf das für eigene Zwecke erworbene Rauschgift, tateinheitlich ein täterschaftliches Handeltreiben verknüpft ist, das mit Blick auf die Frage des bewaffneten Handeltreibens noch weiterer Feststellungen bedarf.

c) Die bisher getroffenen Feststellungen zu dem Haschisch, das der Angeklagte selbst weiterverkauft hat bzw. weiterverkaufen wollte, tragen eine Verurteilung wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln gemäß § 30 a Abs. 2 Nr. 2 BtMG nicht.

Zwar hat das Landgericht im Ausgangspunkt zutreffend ein Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge angenommen und die geladene Gaspistole als Schußwaffe im Sinne dieser Vorschrift angesehen (vgl. BGH NStZ 2000, 433). Die Feststellungen dazu, ob der Angeklagte die Schußwaffe beim Handeltreiben im Sinne des § 30 a Abs. 2 Nr. 2 BtMG mit sich geführt hat, sind jedoch lückenhaft.

Ein Täter führt eine Schußwaffe beim Handeltreiben dann mit sich, wenn er sie bewußt gebrauchsbereit in der Weise bei sich hat, daß er sich ihrer jederzeit bedienen kann, sie sich also in seiner Griffweite befindet (vgl. BGHSt

43, 8, 10; BGHR BtMG § 30 a Abs. 2 Mitsichführen 5). Dies ist nicht ausreichend belegt. Zunächst ist nicht festgestellt, in welchem Raum der Wohnung die Einzelakte des Handeltreibens mit dem Haschisch wie die Lagerung, das Portionieren und der Verkauf erfolgten. Es versteht sich nicht von selbst, daß dies im Wohnzimmer war, in dem das Sofa stand, unter dem die Waffe deponiert war. Selbst wenn die Einzelakte des Handeltreibens im Wohnzimmer stattgefunden haben sollten, folgt aus der bereits aus sich heraus nicht recht verständlichen Feststellung, der Angeklagte habe das Sofa des Wohnzimmers ohne große Kraftanstrengung hochkippen können (UA S. 15), noch nicht, daß ihm die Waffe jederzeit griffbereit zur Verfügung stand. Es hätte vielmehr der konkreten Darlegung bedurft, welche Maßnahmen und welcher Zeitaufwand im einzelnen erforderlich waren, damit der Angeklagte - wenigstens bei einem Teilakt des Handeltreibens - jederzeit auf die unter dem Sofa liegende Pistole zugreifen konnte.

d) Das vom Angeklagten in den Fällen II. 2 und 3 der Urteilsgründe zum Eigenverbrauch erworbene Haschisch erreicht nicht den Grenzwert der nicht geringen Menge, so daß er sich insoweit wegen unerlaubten Erwerbs von Betäubungsmitteln nach § 29 Abs. 1 BtMG strafbar gemacht hat (BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Konkurrenzen 5; Weber, BtMG § 29 a Rdn. 145). Das unerlaubte Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge bzw. das bewaffnete Handeltreiben, die Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und der unerlaubte Erwerb von Betäubungsmitteln stehen zueinander in Tateinheit.

3. Die dargestellten Mängel führen zur Aufhebung des Schuldspruchs in den Fällen II. 2 und 3 der Urteilsgründe. Damit entfallen auch die insoweit verhängten Einzelstrafen und die Gesamtstrafe sowie die Anordnung des Verfalls.

Der Senat hat auch die im Fall II. 1 der Urteilsgründe ausgesprochene Einzelstrafe aufgehoben, da nicht auszuschließen ist, daß ihre Höhe von den weggefallenen Einzelstrafen der Fälle II. 2 und 3 der Urteilsgründe beeinflußt wurde.

4. Sollte das neue Tatgericht hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse und des Drogenkonsums des Angeklagten zu ähnlichen Feststellungen wie das angefochtene Urteil kommen, wird es auch die Frage seiner Unterbringung in einer Entziehungsanstalt zu prüfen haben.

Tolksdorf

Winkler

Pfister

von Lienen

Becker