



5 StR 356/04

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

vom 10. November 2004
in der Strafsache
gegen

wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer
Menge u. a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 10. November 2004 beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Berlin vom 29. April 2004 gemäß § 349 Abs. 4 StPO
 - a) im Schuldspruch dahin geändert, daß der Angeklagte des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit vorsätzlichem Fahren ohne Fahrerlaubnis schuldig ist,
 - b) im Strafausspruch aufgehoben.
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 Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

G r ü n d e

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Beihilfe zum Handelreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und in Tateinheit mit vorsätzlichem Fahren ohne Fahrerlaubnis zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt, ihm die Fahrerlaubnis entzogen sowie eine Sperrfrist für die Wiedererteilung einer neuen Fahrerlaubnis verhängt. Hiergegen

wendet sich der Angeklagte mit seiner Revision, mit der er die Verletzung sachlichen Rechts rügt. Das Rechtsmittel hat in dem aus der Beschlußformel ersichtlichen Umfang Erfolg; im übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

Nach den Feststellungen befuhr der Angeklagte im Oktober 2003 mit einem Mietwagen die Bundesautobahn, obwohl zu dieser Zeit ein einmonatiges Fahrverbot gegen ihn vollstreckt wurde. Der Angeklagte führte dabei 5.000 Ecstasy-Tabletten mit sich. Die Untersuchung ergab einen Wirkstoffgehalt von 367 g MDMA. Die Tabletten hatte der Angeklagte nach seiner vom Landgericht als unwiderlegt zugrunde gelegten Einlassung zwei Wochen zuvor einem Bekannten, der sie anderweitig weiterverkaufen wollte, weggenommen und dazu erklärt, er wolle sie so lange behalten, bis der Bekannte ein Darlehen von 7.000 Euro zurückgezahlt habe.

Der Angeklagte hat sich hiernach zunächst wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis nach § 21 StVG strafbar gemacht. Darüber hinaus ist er in Tateinheit eines Verbrechens nach § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG in der Variante des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge schuldig, hat aber – entgegen der Auffassung des Landgerichts – nicht in weiterer Tateinheit damit auch noch den Tatbestand der Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG) verwirklicht.

Die Feststellung einer Haupttat, zu der der Angeklagte Beihilfe geleistet haben soll, wird von dem Beweisergebnis nicht getragen. Die Bestrafung als Gehilfe setzt nach § 27 StGB voraus, daß einem anderen „zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat“ Hilfe geleistet wird. Das erfordert, daß die Haupttat begangen, mindestens versucht worden sein muß. Der Versuch der Beihilfe ist nicht strafbar (BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 43; Tröndle/Fischer, StGB 52. Aufl. § 27 Rdn. 3, 10). Mit der Wegnahme der Tabletten hat der Angeklagte ein (weiteres) Handeltreiben seines

Bekannten nicht gefördert. Soweit das Landgericht darauf abstellt, der Angeklagte habe es billigend in Kauf genommen, daß „die Pillen später wieder in den Handel gelangen würden und er so den Handel ... mit den Ecstasy-Tabletten fördert“, ist die Argumentation nicht überzeugend. Die vom Landgericht getroffenen Feststellungen tragen nicht die Annahme, daß der Bekannte des Angeklagten weitere Verkaufsbemühungen entfaltet hat. Dieser hat sich entgegen den Erwartungen des Angeklagten in der Folgezeit nicht mehr gemeldet.

Ebenso wenig hat der Angeklagte in Tateinheit damit den Tatbestand des Sichverschaffens (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG) verwirklicht. Das Sichverschaffen nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG geht in dem Verbrechenstatbestand des Besitzes nach § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG auf (vgl. BGHSt 42, 162, 165 f.; Franke/Wienroeder, BtMG 2. Aufl. § 29a Rdn. 26; Weber, BtMG 2. Aufl. § 29a Rdn. 195).

Der Senat kann nicht ausschließen, daß die Strafe durch den zu weitgehenden Schuldspruch beeinflusst ist. Immerhin hat der Tatrichter darauf abgehoben, daß der Angeklagte zwei Varianten des § 29a Abs. 1 BtMG verwirklicht hat. Der Maßregelausspruch bleibt bestehen.

Der Aufhebung von Feststellungen bedarf es nicht. Der neue Tatrichter wird die Strafe auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen zumes-

sen können, die freilich um solche ergänzbar sind, die den bisherigen Feststellungen nicht widersprechen.

Basdorf	Häger	Raum
Brause	Schaal	