



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

2 StR 184/04

vom
11. August 2004
in der Strafsache
gegen

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

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Antrag des Generalbundesanwalts und nach Anhörung des Beschwerdeführers am 11. August 2004 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Bonn vom 28. Januar 2004
 - a) im Schuldspruch dahin abgeändert, daß der Angeklagte des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in sechs Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und des weiteren des unerlaubten Herstellens von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge schuldig ist; die wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verhängte Einzelstrafe (Fall 7 der Urteilsgründe) entfällt;
 - b) im Gesamtstrafenausspruch und hinsichtlich der Verfallsanordnung 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.

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in sechs Fällen, wegen unerlaubten Besitzes und wegen unerlaubten Herstellens von Betäubungsmitteln in jeweils nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. Es hat außerdem einen Geldbetrag in Höhe von 5.000 € für verfallen erklärt. Die auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten hat den aus dem Beschlußtenor ersichtlichen Erfolg.

1. Nach den Urteilsfeststellungen verkaufte der Angeklagte im letzten Quartal 2001 fünf Kilogramm Haschisch zu einem Preis von 1.800 € pro Kilogramm an S. in B. (Fall 1 der Urteilsgründe). Von Anfang 2002 bis zu seiner Verhaftung im Juni 2002 verkaufte er ihm einmal vier Kilogramm Haschisch und viermal jeweils fünf Kilogramm Haschisch zu demselben Preis (Fälle 2 bis 6 der Urteilsgründe). Das Haschisch hatte in allen Fällen einen THC-Gehalt von mindestens 3 %. Im Laufe der ersten Jahreshälfte 2002 bot S. dem Angeklagten seinerseits Haschisch hervorragender Qualität zum Kauf an. Der Angeklagte kaufte daraufhin für den eigenen Konsum 600 Gramm Haschisch - THC-Gehalt 14,6 % - zum Preis von sechs oder sieben DM pro Gramm von S. (Fall 7 der Urteilsgründe). Die Übernahme erfolgte bei einer der Lieferfahrten des Angeklagten nach B. ; er bezahlte es im Wege der Verrechnung mit von ihm gelieferten Haschisch. Der Verurteilung im Fall 8 der Urteilsgründe liegt zugrunde, daß der Angeklagte in einem angemieteten Appartement eine komplette Aufzuchtstation für Cannabispflanzen eingerichtet, Cannabispflanzen aufgezogen, abgeerntet und das Material getrocknet hatte, wovon er 1802,61 Gramm mit einem THC-Gehalt von 167,47 Gramm in seiner Wohnung aufbewahrte.

2. Zu Recht hat das Landgericht im Fall 7 der Urteilsgründe angenommen, daß insofern lediglich ein unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge vorliegt. Entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts wird der unerlaubte Erwerb von Betäubungsmitteln (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG) von dem Verbrechenstatbestand des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 29 a Abs. 2 Nr. 2 BtMG) verdrängt (vgl. BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Konkurrenzen 5; BGHR BtMG § 29 a Abs. 1 Nr. 2 Besitz 3; BGH, Beschluß vom 13. Januar 2003 – 5 StR 544/02). Nach den Urteilsfeststellungen ist allerdings der Fall 7 der Urteilsgründe mit einem der Fälle 2 bis 6 der Urteilsgründe tateinheitlich verwirklicht worden. Der Angeklagte wickelte beide Geschäfte bei einer Fahrt ab, die Bezahlung des von ihm gekauften Haschischs erfolgte durch Verrechnung mit dem seinerseits gelieferten Haschisch. Beide Rauschgiftgeschäfte treffen in diesem Handlungsteil zusammen und sind deshalb im Sinne von § 52 StGB tateinheitlich verwirklicht (vgl. BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 3 Konkurrenzen 5; BGHR BtMG § 29 Strafzumesung 29; BGH, Beschluß vom 2. Oktober 2002 – 2 StR 294/02). Der Senat hat deshalb den Schuldspruch insoweit entsprechend dem Antrag des Generalbundesanwalts geändert. § 265 StGB steht dem nicht entgegen, weil der Angeklagte sich nicht anders hätte verteidigen können.

3. Die Änderung des Schuldspruchs führt dazu, daß die im Fall 7 der Urteilsgründe verhängte Einzelstrafe entfällt. Der Fortfall der Einzelstrafe von einem Jahr führt zur Aufhebung des Gesamtstrafenausspruchs.

4. Der Senat hat auch die Verfallsanordnung aufgehoben. Zwar ist das Landgericht insoweit fehlerhaft zu Gunsten des Angeklagten davon ausgegangen, daß lediglich der von diesem erzielte Gewinn aus Drogengeschäften in Höhe von 5.800 € dem Verfall bzw. dem Verfall von Wertersatz unterliegt, wäh-

rend tatsächlich nach dem Bruttoprinzip die gesamten Erlöse des Angeklagten aus Betäubungsmittelgeschäften dem Verfall unterliegen (vgl. BGHSt 47, 369, 372; 48, 40). Den Gewinn hat das Landgericht zudem nicht in voller Höhe für verfallen erklärt, sondern den Betrag nach der Ermessensvorschrift des § 73 c Abs. 1 Satz 1 StGB auf 5.000 € ermäßigt. Auch trifft die Rechtsauffassung des Generalbundesanwalts, der Verfall des Wertersatzes setze die Feststellung voraus, daß sich der Wert des Erlangten zum Zeitpunkt der Anordnung noch im Tätervermögen befinde, nicht zu (vgl. BGHSt 38, 23, 25; BGH NStZ-RR 2003, 145; StraFo 2003, 283; BGH, Urteil vom 22. April 2004 – 3 StR 28/04). Der Umstand, daß Erlöse aus Betäubungsmittelgeschäften wertmäßig nicht mehr im Vermögen des Angeklagten vorhanden sind, kann es aber rechtfertigen, von der Härteregelung des § 73 c Abs. 1 Satz 2 StGB Gebrauch zu machen. Hierzu verhält sich das angefochtene Urteil nicht.

Rissing-van Saan

Bode

Otten

Fischer

Roggenbuck