



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

3 StR 212/08

vom
27. Juni 2008
in der Strafsache
gegen

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

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Antrag des Generalbundesanwalts und nach Anhörung des Beschwerdeführers am 27. Juni 2008 gemäß § 154 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, § 154 a Abs. 2, § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Itzehoe vom 26. Februar 2008 wird
 - a) das Verfahren eingestellt, soweit der Angeklagte im Fall II. 1. c der Urteilsgründe wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Erwerb von Betäubungsmitteln verurteilt worden ist; im Umfang der Einstellung fallen die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen des Angeklagten der Staatskasse zur Last;
 - b) das vorgenannte Urteil im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte
 - des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge sowie
 - des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in 39 Fällen, davon in 17 Fällen in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und in 22 Fällen in Tateinheit mit unerlaubtem Erwerb von Betäubungsmitteln

schuldig ist;

- c) das vorbezeichnete Urteil mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben, soweit eine Entscheidung über die Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt unterblieben ist.

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.

2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten "wegen unerlaubten Erwerbs von Betäubungsmitteln in Tateinheit mit unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in 41 Fällen, davon in zwei Fällen unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge" zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten verurteilt. Dagegen wendet sich der Angeklagte mit seiner auf die allgemeine Sachrüge gestützten Revision. Das Rechtsmittel hat den aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist es offensichtlich unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.
- 2 1. Der Senat hat das Verfahren auf Antrag des Generalbundesanwalts gemäß § 154 Abs. 2, § 154 a Abs. 2 StPO eingestellt, soweit der Angeklagte im

Fall II. 1. c der Urteilsgründe wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Erwerb von Betäubungsmitteln verurteilt worden ist.

- 3 Das Landgericht hat im Verhältnis dieser Tat zum nachfolgenden Fall II. 1. d der Urteilsgründe Tatmehrheit angenommen, obwohl der Angeklagte nach den Feststellungen die beiden getrennt bestellten und entgegengenommenen Rauschgiftmengen nach Übergabe der zweiten Lieferung in einem Betrag in Höhe des Gesamtaufpreises der Bestellungen gleichzeitig bezahlte. Dies ist nach bisheriger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs rechtsfehlerhaft; denn danach genügt es für die Annahme von Tateinheit, dass die beiden Erwerbsgeschäfte des Angeklagten in einem Handlungsteil - der Bezahlung der beiden Lieferungen - zusammenfielen. Dagegen ist es für das Konkurrenzverhältnis der Taten ohne Belang, dass die Geschäfte etwa einen Monat auseinander lagen und der Angeklagte die erste Lieferung nur deswegen nicht unmittelbar nach Übergabe der Betäubungsmittel bezahlt, weil er zu diesem Zeitpunkt kein Geld hatte (vgl. BGH, Beschl. vom 9. Januar 2008 - 2 StR 527/07; Beschl. vom 17. Oktober 2007 - 2 StR 376/07; BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 3 Konkurrenzen 5; BtMG § 29 Strafzumessung 29).
- 4 Der Senat hat zwar - wie auch der 4. Strafsenat (vgl. BGH NStZ 1999, 411) - Bedenken, ob der bloße Zahlungsvorgang mehrere an sich selbständige Rauschgiftgeschäfte zu einer Tat im Rechtssinne verbinden kann, insbesondere wenn die einheitliche Bezahlung lediglich auf einer (nicht bereits bei der Bestellung des Rauschgifts in den Blick genommenen) kurzfristigen Illiquidität des Käufers beruht. Da die Sache im Übrigen entscheidungsreif ist und die Unterbringung des Angeklagten nach § 64 StGB im Raum steht, sieht der Senat aber von einem zeitaufwändigen Vorlageverfahren nach § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG ab und stellt das Verfahren im Fall II. 1. c der Urteilsgründe ein bzw. beschränkt die Strafverfolgung insoweit auf die Tat im Fall II. 1. d der Urteilsgründe.

5 2. Bereits dies führt zu einer teilweisen Änderung des Schuldspruchs. Dessen weitere Abänderung ist zudem deshalb geboten, weil die Strafkammer nicht bedacht hat, dass der Angeklagte im Fall II. 1. d der Urteilsgründe sowie in den 17 Fällen des Ankaufs von jeweils 50 g Kokain (Fälle II. 1. b und II. 2. der Urteilsgründe) bei Berücksichtigung der Eigenkonsummengen tateinheitlich zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (im Fall II. 1. d in nicht geringer Menge) unerlaubt im Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge war (§ 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG). In diesen Fällen verdrängt der Besitz nicht geringer Mengen von Betäubungsmitteln den Tatbestand des unerlaubten Erwerbs - der für den Eigenkonsum bestimmten Teilmengen - von Betäubungsmitteln (BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Konkurrenz 5; Rahlf in MünchKomm-StGB § 29 a BtMG Rdn. 91).

6 Da sich der Angeklagte nicht anders hätte verteidigen können, steht § 265 Abs. 1 StPO der durch den Senat vorgenommenen Schuldspruchänderung nicht entgegen. Auch § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO hindert die Verschärfung des Schuldspruchs nicht (Kuckein in KK 5. Aufl. § 358 Rdn. 18 m. w. N.).

7 3. Die teilweise Einstellung des Verfahrens führt zum Wegfall der im Fall II. 1. c verhängten Einzelstrafe. Dass die Strafkammer in den Fällen II. 1. b und II. 2. der Urteilsgründe aufgrund des rechtsfehlerhaften Schuldspruchs bei der Zumessung der Einzelstrafen von dem niedrigeren Strafraumen des § 29 Abs. 1 BtMG ausgegangen ist, beschwert den Angeklagten nicht.

8 Der Gesamtstrafenausspruch hat Bestand. Der Senat kann angesichts der Einsatzstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten und der Summe der verbliebenen weiteren Einzelfreiheitsstrafen ausschließen, dass die Strafkammer ohne Einbeziehung der im Fall II. 1. c der Urteilsgründe verhängten Einzelstrafe auf eine niedrigere Gesamtfreiheitsstrafe erkannt hätte.

9

4. Das Urteil kann jedoch keinen Bestand haben, soweit eine Entscheidung zur Frage der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt unterblieben ist. Die Feststellungen zu der Drogenabhängigkeit des Angeklagten, der von ihm angestrebten Therapie sowie zu den begangenen Straftaten, die der Finanzierung seines eigenen Drogenkonsums dienten, drängten zu der Prüfung, ob die Voraussetzungen einer Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gegeben sind. Diese Prüfung hat das Landgericht unterlassen, obwohl auch nach der Neufassung des § 64 Abs. 1 StGB diese Maßregel in aller Regel angeordnet werden muss, wenn ihre Voraussetzungen vorliegen. Lediglich in besonderen Ausnahmefällen darf der Tatrichter von der Unterbringungsanordnung absehen (BTDrucks. 16/5137, S. 10; 16/1344, S. 12). Dass vollstreckungsrechtlich die Möglichkeit eines Vorgehens nach § 35 BtMG in Betracht kommt - und hier vom Landgericht befürwortet wird - rechtfertigt für sich allein das Absehen von der Prüfung und gegebenenfalls Anordnung der Maßregel nach § 64 StGB nicht.

10 Zwar hat nur der Angeklagte Revision eingelegt; dies hindert die Nachholung der Unterbringungsanordnung jedoch nicht (BGHSt 37, 5). Der Beschwerdeführer hat die Nichtanwendung des § 64 StGB durch das Tatgericht nicht von seinem Rechtsmittelangriff ausgenommen.

Becker

Miebach

Pfister

RiBGH Dr. Schäfer befindet sich im Urlaub und ist daher gehindert zu unterschreiben

Sost-Scheible

Becker