



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

1 StR 59/10

vom
25. Mai 2010
in der Strafsache
gegen

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

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 25. Mai 2010 beschlossen:

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Bayreuth vom 2. November 2009 mit den Feststellungen aufgehoben. Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

1 Die Strafkammer hat folgendes festgestellt:

2 Der Angeklagte verkaufte aus einem Vorrat von etwas mehr als einem Kilogramm Haschisch, den er, wie er angibt, von einem inzwischen verstorbenen und aus „Pietätsgründen“ nicht benannten Lieferanten erhalten hatte, an B. zwischen Ende November und kurz vor Weihnachten 2008 zweimal je 100 Gramm Haschisch und einmal 200 Gramm Haschisch. Bei der dritten Lieferung erklärte er, er könne erst wieder im Januar liefern. Am 13. Februar 2009 wollte er dann vereinbarungsgemäß 300 Gramm Haschisch liefern, wurde aber vor der Übergabe festgenommen. Er hatte drei Haschischplatten mit einem Gewicht von zusammen 291,3 Gramm dabei, außerdem in seiner Hosentasche ein Springmesser. Bei diesem springt die Klinge seitlich aus dem Griff heraus, der aus dem Griff herausragende Klingenteil ist nicht länger als 8,5 cm. Es ist nicht zweiseitig geschliffen, aus „starkem“ Material und spitz zulaufend. Der Angeklagte erklärte hierzu, er habe das Messer nicht einsetzen wollen, sondern es wegen seiner Tätigkeit als Hausmeister in der Hosentasche gehabt. In seiner Wohnung wurden vier Haschischplatten mit einem Gesamtgewicht von 387,50 Gramm ge-

funden. Diese hatten etwa den gleichen Wirkstoffgehalt wie das bei der Festnahme sichergestellte Rauschgift.

3 Auf der Grundlage dieser Feststellungen wurde der Angeklagte wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG) in drei Fällen sowie bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG) zu vier Jahren und sechs Monaten Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt, ein Geldbetrag wurde für verfallen erklärt. Für das Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge wurden zweimal je ein Jahr und sechs Monate und einmal zwei Jahre Freiheitsstrafe verhängt; das bewaffnete Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge wurde als minder schwerer Fall (§ 30a Abs. 3 BtMG) bewertet, die Strafe von drei Jahren und drei Monaten jedoch dem Strafraumen des § 29a Abs. 1 BtMG entnommen.

4 Gegen dieses Urteil richtet sich die auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten, wobei eine Gesamtschau der Revisionsbegründungen vom 2. und 11. Dezember 2009 ergibt, dass auch der Schuldspruch angefochten sein soll.

5 Das Rechtsmittel hat Erfolg (§ 349 Abs. 4 StPO).

6 Möglicherweise sind sämtliche Taten im Blick auf eine Bewertungseinheit tateinheitlich verbunden (1.a), eine entsprechende Änderung des Schuldspruchs durch den Senat ist jedoch nicht möglich (1.b). Außerdem ist die für eine Verurteilung gemäß § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG erforderliche Feststellung, dass das Messer zur Verletzung von Personen bestimmt war, bisher nicht rechtsfehlerfrei getroffen (2.). Auf der Grundlage der Annahme eines minder schweren Falles gemäß § 30a Abs. 3 BtMG ist die Strafkammer von einer unzutreffenden Höchststrafe ausgegangen (3.). Sollte von einer Bewertungseinheit auszugehen sein,

hätte die Bewertung eines Teilaktes des Geschehens als bewaffnetes Handel-treiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge Einfluss auf den Schuld-spruch insgesamt, die Bewertung als minder schwerer Fall Einfluss auf den ins-gesamt anzuwendenden Strafraumen (4.).

- 7 1. Mehrere Rauschgiftgeschäfte sind dann im Sinne von Tateinheit in einer Bewertungseinheit verbunden, wenn sie in ein und demselben Güterumsatz in einem Handlungsteil, etwa bei Erwerb, Lieferung oder Bezahlung des Kaufprei-ses in einer Gesamtmenge oder in einem Geldbetrag zusammentreffen (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschl. vom 14. Januar 2010 - 1 StR 587/09; Körner BtMG 6. Aufl. § 29 Rdn. 846 f. m.w.N.). Die Strafkammer hat diesen hier möglicherweise einschlägigen Gesichtspunkt nicht erörtert.
- 8 a) Die Menge von verkauftem und sichergestelltem Rauschgift entspricht der von dem Unbekannten gelieferten Menge. Zudem hatte sowohl das bei der Festnahme als auch das in der Wohnung sichergestellte Rauschgift etwa den gleichen Wirkstoffgehalt. Daher ergeben die Urteilsgründe die Auffassung der Strafkammer, der Angeklagte habe sämtliches Rauschgift, mit dem er Handel getrieben hat, in einer Lieferung bezogen.
- 9 b) Dennoch kann der Senat nicht, wie beantragt, den Schuldspruch (ent-sprechend § 354 Abs. 1 StPO) auf Tateinheit umstellen. Dies setzte - abgesehen von der nach Maßgabe des Einzelfalles zu beurteilenden Frage nach der Verein-barkeit mit § 265 StPO - klare, erschöpfende und eindeutige Feststellungen vor-aus; es ist dagegen nicht möglich, wenn eine neue Hauptverhandlung andere oder ergänzende Feststellungen erwarten lässt, oder wenn eine dem Tatrichter vorbehaltenen Würdigung der Feststellungen erforderlich ist (vgl. BVerfG NStZ 2001, 187, 188; BGH, Urt. vom 8. Dezember 2009 - 1 StR 277/09 <Rdn. 20>; BGH NStZ 2008, 213; NJW 1973, 1511, 1512; Hanack in Löwe/Rosenberg StPO

25. Aufl. § 354 Rdn. 18; Temming in HK-StPO 4. Aufl. § 354 Rdn. 12 jew. m.w.N.). Hier sagte der Angeklagte im Dezember 2008 zu B. , er könne erst im Januar 2009 wieder liefern. Dies spricht dagegen, dass er zum Zeitpunkt der Äußerung weiteres Rauschgift besaß.

10 Einige Feststellungen sprechen also für eine Bewertungseinheit, andere dagegen. Eine zusammenfassende Würdigung dieser Erkenntnisse (§ 261 StPO) ist nicht vorgenommen, da die Strafkammer die Möglichkeit einer Bewertungseinheit nicht erwogen hat. Auf dieser Grundlage kommt eine Schuldspruchänderung durch den Senat nicht in Betracht. Der Senat weist vorsorglich darauf hin, dass im Hinblick auf den Zweifelssatz getroffene Feststellungen keine tragfähige Grundlage für die Annahme einer Bewertungseinheit sein können (st. Rspr.; vgl. zuletzt BGH, Beschl. vom 14. Januar 2010 - 1 StR 587/09; zusammenfassend Körner aaO § 29 Rdn. 855 m.w.N.).

11 2. Während alle sonstigen Voraussetzungen von § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG ohne den Angeklagten benachteiligende Rechtsfehler bejaht sind, geht die Strafkammer ohne weiteres davon aus, die Bestimmung des geschilderten Messers zur Verletzung von Personen folge aus seiner Beschaffenheit. Dies trifft so nicht zu.

12 a) Eine Bestrafung gemäß § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG setzt voraus, dass der Täter bei der Tat eine Schusswaffe - hier nicht einschlägig - oder einen Gegenstand mit sich führt, der seiner Art nach zur Verletzung von Personen geeignet und bestimmt ist. Daran, dass das in Rede stehende Messer seiner Art nach zur Verletzung von Personen geeignet ist, besteht kein Zweifel. Hinzukommen muss eine subjektive Zweckbestimmung durch denjenigen, der den Gewahrsam an dem Gegenstand hat, hier also den Angeklagten. Diese Zweckbestimmung, die von dem Bewusstsein, den Gegenstand gebrauchsbereit mit sich zu führen, zu

unterscheiden ist, braucht nicht im Hinblick auf die konkret beabsichtigte Straftat getroffen worden zu sein, da § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG insoweit keine Verwendungsabsicht erfordert; es reicht aus, wenn die genannte Zweckbestimmung zu irgendeinem Zeitpunkt vor der Tatbegehung erfolgt ist (st. Rspr.; vgl. zusammenfassend Franke/Wienroeder BtMG 3. Aufl. § 30a Rdn. 16 m.w.N.).

13 b) Vielfach ergibt sich diese Zweckbestimmung ohne weiteres aus den äußeren Umständen; hierzu können etwa die Beschaffenheit des Gegenstandes ebenso zählen, wie seine sonstigen Verwendungsmöglichkeiten oder Ort und Art seiner Aufbewahrung (vgl. zusammenfassend Weber BtMG 3. Aufl. § 30a Rdn. 116 m.w.N.). Fehlt ein nachvollziehbarer Grund dafür, dass der Täter einen objektiv gefährlichen Gegenstand griffbereit mit sich führt, ohne dass er ihn je zur Verletzung von Menschen bestimmt hätte, bedarf die Annahme einer entsprechenden Zweckbestimmung durch ihn regelmäßig keiner besonderen Begründung (vgl. BGHSt 43, 266, 269; BGHR BtMG § 30a Abs. 2 Gegenstand 5; Körner aaO § 30a Rdn. 57, 58; Weber aaO Rdn. 117, 124 jew. m.w.N.). Kommt dagegen bei einem gängigen Gebrauchsgegenstand (vgl. die Beispiele bei Weber aaO Rdn. 118) nach den Umständen des Falles die Möglichkeit in Betracht, dass ihn der Täter aus sonstigen Gründen mit sich führte, so ist die Annahme, er habe ihn zur Verletzung von Menschen bestimmt, konkret zu begründen; der Hinweis, dass dieser Gegenstand nach seiner objektiven Beschaffenheit zur Verletzung von Menschen geeignet sei, genügt dann nicht (st. Rspr.; vgl. d. N. bei Weber aaO Rdn. 118).

14 c) So verhält es sich hier. Der Angeklagte war zur Tatzeit als Hausmeister tätig. Er hat erklärt, er habe das Messer - keinen unter § 1 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b WaffG fallenden verbotenen Gegenstand (vgl. Anlage 2 zum WaffG Abschnitt 1 Unterpunkt 1. 4. 1, Satz 2) - deswegen bei sich gehabt. Die Unrichtigkeit dieser Einlassung versteht sich weder von selbst, noch hat die Strafkammer hierzu Aus-

fürhungen gemacht. Es fehlt daher an einer tragfähigen Grundlage für die Annahme, der Angeklagte habe das Messer (auch) zur Verletzung von Menschen bestimmt.

15 3. Die Strafkammer nimmt mit eingehender Begründung einen minder schweren Fall des bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge an, § 30a Abs. 3 BtMG.

16 a) Zutreffend führt sie unter Hinweis auf BGH NJW 2003, 1679, 1680 aus, der zugleich erfüllte § 29a Abs. 1 BtMG trete zwar hinter § 30a BtMG zurück, entfalte aber im Falle des § 30a Abs. 3 BtMG hinsichtlich der Mindeststrafe eine Sperrwirkung. Darüber hinaus ist die Strafkammer der Auffassung, hier sei insgesamt der Strafraum des § 29a Abs. 1 BtMG anzuwenden, sodass die Mindeststrafe ein Jahr, die Höchststrafe 15 Jahre betrage. Die Bejahung eines minder schweren Falles gemäß § 30a Abs. 3 BtMG dürfe (auch hinsichtlich der Höchststrafe) nicht dazu führen, dass dem bewaffneten Täter eine geringere Strafe drohe, als dem unbewaffneten Täter.

17 b) Diese Auffassung entspricht nicht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH NJW 2003, 1679, 1680; vgl. auch BGHSt 30, 166, 167 f.). Danach gilt vielmehr in derartigen Fällen die Höchststrafe der für den Schuldpruch maßgeblichen Bestimmung, mag dies auch (wie, nach der Bejahung eines minder schweren Falles, hier) „als systemwidrig und unbefriedigend empfunden“ (BGH NJW 2003, 1679, 1680) werden, was „auf die wenig geglückte Harmonie der Strafraum des Betäubungsmittelstrafrechts zurückzuführen“ ist (BGH aaO). An dieser Rechtsprechung hält der Senat fest. Im Übrigen wurde inzwischen die Höchststrafe des § 30a Abs. 3 BtMG von fünf Jahren auf zehn Jahre erhöht (Art. 5 Nr. 7 AMGuaÄndG <Gesetz zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften> vom 17. Juli 2009, BGBl. I 1990, 2010). Dies ist in den

Gesetzesmaterialien damit begründet, dass der vom Bundesgerichtshof (aaO) aufgezeigte Wertungswiderspruch beseitigt werden soll (BT-Drucks. 16/ 12256 S. 61; BR-Drucks. 171/09 S. 102 f.). Die verschärfte Neufassung von § 30a Abs. 3 BtMG ist allerdings hier nicht anwendbar, weil sie zur Tatzeit noch nicht galt, § 2 Abs. 1 und 3 StGB.

18 4. Sollte die neu zur Entscheidung berufene Strafkammer insgesamt von einer Bewertungseinheit ausgehen (vgl. oben 1.) und das Geschehen vom 13. Februar 2009 als bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge ansehen (vgl. oben 2), würde diese Bewertung eines Teilaktes eines im Rechtssinne einheitlichen Geschehens (vgl. Franke/Wienroeder aaO § 29 Rdn. 68) dazu führen, dass es sich bei der Tat insgesamt um bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge handeln würde (vgl. Körner aaO § 30a BtMG Rdn. 73 m.w.N.). Würde die Strafkammer insgesamt von einem minder schweren Fall ausgehen, wäre die Strafe dem aufgezeigten, zur Tatzeit geltenden Strafraumen zu entnehmen (vgl. oben 3.), wobei die im aufgehobenen Urteil gebildete Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und

sechs Monaten im Hinblick auf das Verschlechterungsverbot (§ 358 Abs. 2 Satz 2 StPO) nicht überschritten werden dürfte. Hinsichtlich der Strafhöhe würde entsprechendes gelten, wenn ein minder schwerer Fall verneint würde, sodass die an sich in § 30a Abs.1 BtMG vorgesehene Mindeststrafe von fünf Jahren unterschritten werden müsste.

Nack

Wahl

Graf

Jäger

Sander