



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

2 StR 30/11

vom  
16. März 2011  
in der Strafsache  
gegen

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

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 16. März 2011 gemäß §§ 44, 46, 349 Abs. 4 StPO beschlossen:

1. Dem Angeklagten wird auf seinen Antrag und seine Kosten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Begründung der Revision gewährt; der Beschluss des Landgerichts Gießen vom 7. Dezember 2010 ist damit gegenstandslos.
2. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Gießen vom 27. August 2010 mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.
3. Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in sechs Fällen sowie des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 41 Fällen, wobei er in einem Fall "eine Schusswaffe und sonstige Gegenstände mit sich führte, die ihrer Art nach zur Verletzung von Personen geeignet und bestimmt sind", schuldig ge-

sprochen und ihn unter Einbeziehung eines früheren "Urteils" zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und vier Monaten verurteilt. Die hiergegen gerichtete und auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten hat Erfolg (§ 349 Abs. 4 StPO).

- 2            1. Dem Angeklagten ist aus den zutreffenden Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts gegen die Versäumung der Frist zur Begründung seiner Revision Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Damit ist der Beschluss des Landgerichts vom 7. Dezember 2010, mit dem die Revision des Angeklagten als unzulässig verworfen worden ist, gegenstandslos.
- 3            2. Nach den Feststellungen erwarb der Angeklagte in sechs Fällen monatlich 100 Gramm Haschisch (Fälle II. 1-6), in weiteren sechs Fällen monatlich 200 Gramm Haschisch (Fälle II. 7-12) sowie in 35 Fällen wöchentlich 200 Gramm Haschisch, 50 Gramm Amphetamin und 20 Gramm Kokain (Fälle II. 13-47), wobei ein Wirkstoffgehalt von 6,8 Gramm THC pro 100 Gramm Haschisch und von 7,9 Gramm Cocainhydrochlorid pro 20 Gramm Kokain zugrunde gelegt wurde. In einem Fall (II. 47) führte der Angeklagte Waffen und vergleichbare Gegenstände mit sich. Weiter stellte das Landgericht fest, dass der Erwerb der Betäubungsmittel in allen Fällen dem Eigenkonsum sowie dem gewinnbringenden Weiterverkauf an mehrere Abnehmer diente (UA 7).
- 4            3. Auf der Grundlage dieser Feststellungen haben die Schuldsprüche keinen Bestand. Erfolgt wie vorliegend der Erwerb der Betäubungsmittel mit unterschiedlicher Zweckbestimmung, richtet sich seine rechtliche Einordnung nach den jeweiligen Einzelmengen (BGH StV 2002, 255; vgl. BGH StV 2010, 131; StraFo 2004, 252). Im Hinblick auf die zum Eigenkonsum erworbene Menge liegt demnach ein unerlaubter Erwerb von Betäubungsmitteln (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG) bzw. unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer

Menge (§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG) vor. Tateinheitlich hierzu steht, bezogen auf die jeweilige Handelsmenge, ein unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG) bzw. ein unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG). Dies hat die Kammer bei ihrer rechtlichen Würdigung übersehen.

5            Eine Änderung der Schuldsprüche durch den Senat kommt nicht in Betracht. Die von der Kammer getroffenen Feststellungen lassen eine zweifelsfreie rechtliche Würdigung nicht zu, da sie im Hinblick auf die Menge der zum Zwecke des Eigenkonsums und des Weiterverkaufs erworbenen Betäubungsmittelmengen widersprüchlich sind und an einem durchgreifenden Darstellungsmangel leiden.

6            Ausgehend von der Feststellung, dass der Angeklagte in den Jahren 2006 bis 2008 in der Regel etwa 2 bis 5 Gramm Haschisch und etwa 1 Gramm Kokain pro Tag sowie gelegentlich Amphetamin konsumierte (UA 3), schätzt die Strafkammer den Eigenkonsum des Angeklagten im Tatzeitraum auf 3 kg Haschisch, 250 Gramm Amphetamin und 300 Gramm Kokain (UA 13), was einem täglichen Konsum von ca. 4,5 Gramm Haschisch, 1 Gramm Kokain und 0,84 Gramm Amphetamin entspricht. Der monatliche Konsum von Haschisch beträgt demzufolge 135 Gramm, was sich jedoch mit den Feststellungen der Kammer, der Angeklagte habe in den Fällen II. 1-6 monatlich 100 Gramm "zum Eigenkonsum sowie zum gewinnbringenden Weiterverkauf" erworben, nicht in Einklang bringen lässt. Auch unter Berücksichtigung des Zusammenhangs der Urteilsgründe lässt sich dieser Widerspruch nicht auflösen. Nach der Beweiswürdigung beruhen die Feststellungen zur Menge des Eigenkonsums auf einer Schätzung der Kammer auf Basis der glaubhaften geständigen Einlassung des Angeklagten. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Kammer insoweit zu einer anderen Würdigung gelangt wäre, wenn sie sich im Rahmen dessen

mit diesem Widerspruch auseinandergesetzt hätte, können auch die Schuldsprüche in den Fällen II. 7-47 nicht auf Basis der für den gesamten Tatzeitraum festgestellten Eigenkonsummengen geändert werden.

- 7                    3. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat darauf hin, dass für den Fall einer erneuten Verurteilung des Angeklagten gemäß § 30a Abs. 2 Nr. 2 StGB auf "bewaffnetes unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge" zu erkennen wäre (vgl. zur Fassung des Tenors: BGH, Beschluss vom 22. Februar 2011 - 4 StR 8/11, Beschluss vom 5. Oktober 2010 - 3 StR 353/10) und dass bei Annahme eines minderschweren Falls § 30a Abs. 3 BtMG in der bis zum 22. Juli 2009 geltenden Fassung zugrunde gelegt werden müsste, weshalb sich unter Berücksichtigung der Sperrwirkung des § 29a Abs. 1 BtMG ein Strafraum von einem Jahr bis zu fünf Jahren ergäbe.

Fischer

Appl

Schmitt

Krehl

Ott