



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

3 StR 138/16

vom
31. Mai 2016
in der Strafsache
gegen

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

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Beschwerdeführers und des Generalbundesanwalts - zu 2. auf dessen Antrag - am 31. Mai 2016 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO einstimmig beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Trier vom 7. Januar 2016 mit den jeweils zugehörigen Feststellungen aufgehoben

a) im Schuldspruch, soweit der Angeklagte in den Fällen 1 und 3 der Urteilsgründe wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verurteilt worden ist;

b) im gesamten Strafausspruch.

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 Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in vier Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit Abgabe von Betäubungsmitteln als Person über 21 Jahre an eine Person unter 18 Jahren, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verur-

teilt. Hiergegen wendet sich der Beschwerdeführer mit seiner auf die allgemeine Sachrüge gestützten Revision. Das Rechtsmittel hat den aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

2 Nach den vom Landgericht getroffenen Feststellungen entschloss sich der Angeklagte Anfang des Jahres 2015, Rauschgift zu erwerben, um dieses gewinnbringend weiter zu veräußern. Aus diesem Grunde kaufte er zunächst 500 Ecstasy-Tabletten (Fall 1), sodann 700 g Marihuana (Fall 2), später erneut 500 Ecstasy-Tabletten (Fall 3) und zuletzt 3 kg Amphetamin (Fall 4). Den Wirkstoffgehalt der Rauschmittel hat das Landgericht nicht zahlenmäßig bestimmt, sondern diese nur als von "ordentlicher Qualität" beschrieben. Von dem Marihuana verkaufte der Angeklagte ein Gramm an einen 15jährigen Jugendlichen.

3 1. Diese Feststellungen tragen nicht den Schluss, der Angeklagte habe in vier Fällen mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge Handel getrieben. Die Strafkammer hat es verabsäumt, den Wirkstoffgehalt und die Wirkstoffmenge der jeweils gehandelten Drogen konkret festzustellen. Das Unrecht einer Betäubungsmittelstraftat und die Schuld des Täters werden durch diese Faktoren jedoch maßgeblich bestimmt, weshalb hierzu regelmäßig konkrete Feststellungen zu treffen sind (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Beschlüsse vom 6. August 2013 - 3 StR 212/13, StV 2013, 703; vom 7. Juli 2015 - 3 StR 223/15, juris Rn. 2; Weber, BtMG, 4. Aufl., Vor §§ 29 ff. Rn. 914 ff.). Stehen die tatgegenständlichen Betäubungsmittel für eine Untersuchung nicht mehr zur Verfügung, so muss das Gericht unter Berücksichtigung anderer sicher feststellbarer Umstände (Herkunft, Preis, Handelsstufe, Begutachtungen in Parallelverfahren etc.) die Wirkstoffkonzentration - gegebenenfalls unter Anwendung des Zweifelssatzes - schätzen (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urteil vom 4. März 2010

- 3 StR 559/09, juris Rn. 23; Beschluss vom 6. August 2013 - 3 StR 212/13, aaO).

4 a) Dieser Rechtsfehler führt in den Fällen 1 und 3 der Urteilsgründe zur Aufhebung des Urteils, da bei diesen Taten nicht belegt ist, dass der Angeklagte eine nicht geringe Menge Ecstasy im Sinne des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG zum Zwecke des Handeltreibens kaufte. Allein aus der im Urteil mitgeteilten Anzahl der erworbenen Tabletten lassen sich keine Rückschlüsse auf den Wirkstoffgehalt ziehen, da die Wirkstoffkonzentrationen und -kombinationen der als Ecstasy vertriebenen Mittel in der Praxis schwanken (vgl. BGH, Urteil vom 9. Oktober 1996 - 3 StR 220/96, BGHSt 42, 255, 267; Beschlüsse vom 15. März 2001 - 3 StR 21/01, NStZ 2001, 381; vom 5. August 2010 - 2 StR 296/10, StraFo 2010, 472; Weber, BtMG, 4. Aufl., § 29a Rn. 104 ff., 114; zur Zulässigkeit der Schätzung des Wirkstoffgehalts von Ecstasy vgl. auch BGH, Urteil vom 11. Februar 1999 - 4 StR 657/98, BGHR BtMG § 29a Abs. 1 Nr. 2 Menge 7). Entgegen der Ansicht des Generalbundesanwalts kann der Senat mangels konkreter Feststellungen zum Gewicht der erworbenen Ecstasy-Tabletten auch mit Blick auf die Feststellungen zum Kaufpreis und der Qualitätsbezeichnung als "ordentlich" den Urteilsgründen im Gesamtzusammenhang nicht hinreichend sicher entnehmen, dass der Angeklagte jeweils Ecstasy in einer nicht geringen Menge erwarb.

5 b) In den Fällen 2 und 4 kann der Schuldspruch indes bestehen bleiben, da sich aus den vom Angeklagten erworbenen Mengen von 700 g Marihuana (Fall 2) und 3 kg Amphetamin (Fall 4) zweifelsfrei ergibt, dass dieser mit nicht geringen Mengen im Sinne von § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG handelte. Jedoch können die für diese Fälle verhängten Einzelstrafen von einem Jahr und sechs Monaten (Fall 2) sowie zwei Jahren (Fall 4) keinen Bestand haben, weil der

Schuldgehalt dieser Taten mangels Feststellungen zum Wirkstoffgehalt und zur Wirkstoffmenge der gehandelten Drogen nicht belegt ist. Der Senat kann nicht ausschließen, dass das Landgericht bei konkreten Feststellungen zu Wirkstoffgehalt und Wirkstoffmenge der Drogen niedrigere Einzelstrafen zugemessen hätte, sodass der Strafausspruch insgesamt aufzuheben ist.

6 2. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf folgendes hin:

7 Die von der Strafkammer in die Strafzumessung zu Lasten des Angeklagten eingestellte Erwägung, dieser habe allein aus Geldgier gehandelt, begegnet im Hinblick auf das Doppelverwertungsverbot (§ 46 Abs. 3 StGB) Bedenken. Das Tatbestandsmerkmal des Handeltreibens setzt stets voraus, dass der Täter nach Gewinn strebt, weshalb eine ausschließlich gewinnorientierte Motivation regelmäßig keinen Strafschärfungsgrund darstellt (BGH, Beschlüsse vom 24. September 2009 - 3 StR 294/09, NStZ-RR 2010, 24, 25; vom 20. April 2010 - 4 StR 119/10, NStZ-RR 2010, 255; Weber, BtMG, 4. Aufl., Vor §§ 29 ff. Rn. 857, 883). Dass bei Begehung der Taten ein den Rahmen des Tatbestandsmäßigen deutlich übersteigerndes Gewinnstreben des Angeklagten gegeben war (vgl. BGH, Beschlüsse vom 17. September 2009 - 5 StR 325/09, NStZ-RR 2010, 25; vom 24. September 2009 - 3 StR 294/09, aaO), belegen die

Feststellungen nicht. Rechtlich bedenklich erscheint auch die im Rahmen der Strafzumessung zu Fall 3 pauschale strafschärfende Berücksichtigung des Umstandes, der Angeklagte habe weitere Betäubungsmittel gekauft, obwohl er noch im Besitz der Betäubungsmittel von Fall 1 gewesen sei.

Becker

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

Gericke

Becker

Spaniol

Tiemann