



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

3 StR 112/05

vom
21. April 2005
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 1. b) und 2. auf dessen Antrag - am 21. April 2005 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO einstimmig beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Oldenburg vom 5. Oktober 2004
 - a) im Schuldspruch dahin geändert und neu gefaßt, daß der Angeklagte

der Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und mit Erwerb von Betäubungsmitteln,

des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Erwerb von Betäubungsmitteln in 70 Fällen sowie

des Erwerbs von Betäubungsmitteln in 22 Fällen schuldig ist;
 - b) aufgehoben, soweit "die Einziehung des Handys Nokia" aufrechterhalten wurde; die Aufrechterhaltung dieser Anordnung entfällt.
2. Die weitergehende Revision wird verworfen.
3. Der Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten "wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 73 Fällen, davon in einem Fall weiter in Tateinheit mit unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und wegen unerlaubten Erwerbs von Betäubungsmitteln in 20 Fällen" unter Einbeziehung von zwei Urteilen eines Amtsgerichts zu einer Jugendstrafe von zwei Jahren und neun Monaten verurteilt und die Einziehung eines Mobiltelefons aufrechterhalten.

Die hiergegen gerichtete, auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten hat lediglich in dem aus der Beschlußformel ersichtlichen Umfang Erfolg und ist im übrigen unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

1. Soweit das Landgericht in 71 Fällen (II. 1-41, 62-72 und 75-93 der Urteilsgründe) angenommen hat, zur Einfuhr bzw. zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge trete jeweils tateinheitlich Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge hinzu, hält dies sachlichrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Das Landgericht hätte es in diesen Fällen nicht offen lassen dürfen, welcher Teil der vom Angeklagten erworbenen Betäubungsmittel zum gewinnbringenden Weiterverkauf und welcher zum Eigenverbrauch bestimmt war. Denn die rechtliche Einordnung solcher Erwerbsvorgänge mit unterschiedlicher Zweckbestimmung richtet sich nach den jeweiligen Einzelmengen. Bei einer nicht geringen Handelsmenge liegt Handeltreiben mit einer nicht geringen Menge nach § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG vor. Ist auch die restliche Eigenverbrauchsmenge nicht gering, ist Tateinheit mit Besitz einer nicht geringen Men-

ge nach § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG gegeben, bei einer darunterliegenden Eigenverbrauchsmenge dagegen Tateinheit mit Erwerb nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG. Die Teilmengen und ihre Wirkstoffgehalte sind daher - notfalls unter Beachtung des Zweifelssatzes im Wege der Schätzung - festzustellen (Senat StV 2004, 602 m. w. N.).

Obgleich dies nicht geschehen ist, erweist sich der Schuldspruch, soweit der Angeklagte wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verurteilt wurde, hier als rechtsfehlerfrei, da angesichts der durchweg beträchtlichen Gesamtmengen ausgeschlossen werden kann, daß die zum Handeltreiben bestimmten Teilmengen die Grenzwerte der nicht geringen Menge nicht erreicht haben. Im Hinblick auf die nicht exakt festgestellten Eigenverbrauchsmengen hat der Senat den Schuldspruch dahin geändert, daß der Angeklagte tateinheitlich zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge jeweils des Erwerbs von Betäubungsmitteln (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG) schuldig ist. Dies ist für den Angeklagten günstiger als die tateinheitliche Verurteilung wegen eines Verbrechens des Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nach § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG, das gegeben wäre, wenn die zum Eigenverbrauch bestimmte Menge die Grenze zur nicht geringen Menge erreicht oder überschritten hätte.

2. Auch die rechtliche Einordnung der Taten 73 und 74 (Erwerb von jeweils 20 Gramm Kokain zum Eigenverbrauch) als Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge hat keinen Bestand. Der Senat hat, da auch keine Feststellungen zum Wirkstoffgehalt vorliegen, den Schuldspruch dahin geändert, daß jeweils nur Erwerb von Betäubungsmitteln vorliegt.

3. Die den Angeklagten begünstigenden und angesichts seines Geständnisses auch mit Blick auf § 265 StPO unbedenklichen Schuldspruchänderungen lassen den Strafausspruch unberührt. Es ist auszuschließen, daß die Jugendkammer, die die Schwere der Schuld zutreffend festgestellt und die Dauer der Jugendstrafe mit fehlerfreien Erwägungen bemessen hat, bei Zugrundelegung der vom Senat vorgenommenen geringfügigen Änderungen in der rechtlichen Bewertung gegen den mehrfach einschlägig vorbestraften Angeklagten eine niedrigere Strafe verhängt hätte.

4. Der Aufrechterhaltung der in dem einbezogenen Urteil des Amtsgerichts Delmenhorst angeordneten Einziehung eines Mobiltelefons bedurfte es im angefochtenen Urteil nicht. Diese Einziehung war erledigt, da das Eigentum an dem betreffenden Gegenstand mit der Rechtskraft des amtsgerichtlichen Urteils nach § 74 e StGB auf den Staat übergegangen war (BGHR StGB § 55 Abs. 2 Aufrechterhalten 8). Im Tenor des neuen Urteils kann lediglich klar gestellt werden, daß das frühere Urteil insoweit erledigt ist (vgl. BGHSt 42, 299).

5. Angesichts des nur sehr geringen Erfolgs der Revision des Angeklagten scheidet eine Kostenteilung im Rahmen von § 473 Abs. 4 StPO aus.

Der Schriftsatz der Verteidigung vom 19. April 2005 hat vorgelegen.

Tolksdorf

Miebach

Pfister

Becker

Hubert