



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

3 StR 162/00

vom
26. Mai 2000
in der Strafsache
gegen

wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln u.a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Beschwerdeführers und des Generalbundesanwalts, zu Ziff. 2. auf dessen Antrag, am 26. Mai 2000 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO einstimmig beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Lüneburg vom 21. Dezember 1999
 - a) im Schuldspruch dahin geändert, daß der Angeklagte schuldig ist der unerlaubten gewerbsmäßigen Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige in 21 Fällen und des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in 56 Fällen, sowie
 - b) im gesamten Strafausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.

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:

Das Landgericht hat den zur Tatzeit 32 Jahre alten Angeklagten wegen gewerbsmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit gewerbsmäßiger unerlaubter Abgabe von Betäubungsmitteln als Person über 21 Jahren an fünf Personen unter 18 Jahren und unerlaubten Han-

deltreibens mit Betäubungsmitteln unter Einbeziehung der Strafe aus dem Strafbefehl des Amtsgerichts Lüneburg vom 16. April 1998 zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten verurteilt sowie ein Handy eingezogen und einen Betrag von 290 DM und eine Videokamera für verfallen erklärt.

Die Revision des Angeklagten führt auf die Sachrüge hin zur Änderung des Schuldspruchs und zur Aufhebung des gesamten Strafausspruchs.

1. Nach den Feststellungen der Strafkammer hat sich der u.a. wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln vorbestrafte Angeklagte nach Entlassung aus der Strafhaft am 23. Mai 1997 entschlossen, weiterhin seinen Lebensunterhalt zumindest teilweise durch Kleinverkäufe von Haschisch zu bestreiten. Hierzu legte er einen "nie versiegenden" Vorrat an Haschisch an, den er jeweils durch Erwerb neuer Ware auffüllte, bevor er erschöpft war. Aus diesem Depot verkaufte er in der Zeit bis zu seiner erneuten Verhaftung am 30. Mai 1998 an fünf Minderjährige in 21 Fällen und an vier erwachsene Abnehmer in 54 Fällen Haschisch in Mengen von jeweils ein bis fünf Gramm. Nachdem er am 8. Juni 1998 wieder aus der Untersuchungshaft entlassen worden war, setzte er seine Verkaufstätigkeit fort und veräußerte an zwei Käufer in zwei weiteren Fällen zwei bzw. fünf Gramm Haschisch. Am 16. April 1998 wurde er durch Strafbefehl des Amtsgerichts Lüneburg wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln zu einer Geldstrafe von 80 Tagessätzen zu je 10 DM verurteilt, weil er am 10. Oktober 1998 eine zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmte Menge von 23 Gramm Haschisch in Besitz und etwa zwei weitere Gramm kurz zuvor verkauft hatte. Die Geldstrafe ist nur zum Teil bezahlt.

Die Strafkammer hat angenommen, daß die Verkäufe in der Zeit von Sommer 1997 bis zur Verhaftung am 30. Mai 1998 eine Bewertungseinheit und die beiden weiteren Verkäufe nach Entlassung aus der Untersuchungshaft eine weitere Bewertungseinheit darstellen, und hat für die erste "Tat" eine Einzelstrafe von drei Jahren Freiheitsstrafe und für die zweite "Tat" eine solche von sechs Monaten verhängt und hieraus eine Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten unter Einbeziehung der Geldstrafe aus dem Strafbefehl vom 16. Mai 1998 gebildet.

2. Die Feststellungen zu den einzelnen Verkäufen und zur Gewerbsmäßigkeit, auch hinsichtlich der Abgabe an Minderjährige sind ohne Rechtsfehler getroffen. Der Senat nimmt insoweit auf die zutreffenden Ausführungen des Generalbundesanwalts in seiner Stellungnahme vom 4. April 2000 Bezug. Die auf § 261 StPO gestützte Verfahrensrüge, das Urteil beruhe nicht auf dem Inbegriff der Hauptverhandlung, weil das Lichtbild des Angeklagten, das dem Zeugen S. bei seiner polizeilichen Vernehmung vorgelegt worden war, nicht als Beweismittel eingeführt worden sei, ist nicht begründet. Bei der Beweiswürdigung hat die Strafkammer dem verlesenen Vernehmungsprotokoll lediglich entnommen, daß der Zeuge den Angeklagten auf dem ihm vorgelegten Lichtbild wiedererkannt habe. Damit wurde nur die Aussage des Zeugen, den Angeklagten an Hand eines Fotos identifiziert zu haben, verwertet, nicht aber das Foto selbst. Hierin liegt auch kein sachlich-rechtlicher Mangel der Beweiswürdigung, zumal sich aus dem mit der Revision vorgetragenen Beweis Antrag (Anlage 7) ergibt, daß auch die Verteidigung davon ausgeht, das Lichtbild zeige den Angeklagten.

3. Die rechtliche Bewertung des festgestellten Sachverhalts hält jedoch einer Nachprüfung nicht stand.

a) Die Annahme von lediglich zwei Taten und die Zusammenfassung der vor und nach der Verhaftung vom 30. Mai 1998 liegenden Einzelverkäufe zu jeweils einer Bewertungseinheit ist nach den getroffenen Feststellungen nicht gerechtfertigt. Durch den Begriff der Bewertungseinheit werden alle Betätigungen, die sich auf den Vertrieb derselben, in einem Akt erworbenen Menge an Betäubungsmitteln richten, zu einer Tat des unerlaubten Handeltreibens verbunden, weil der Erwerb und der Besitz von Betäubungsmitteln, die zum Zwecke gewinnbringender Weiterveräußerung bereitgehalten werden, bereits den Tatbestand des Handeltreibens in Bezug auf die Gesamtmenge erfüllen. Zu dieser Tat gehören als unselbständige Teilakte im Sinne einer Bewertungseinheit dann aber auch alle späteren Veräußerungsgeschäfte, soweit sie dasselbe Rauschgift betreffen (st. Rspr., vgl. BGHSt 30, 28, 31; 31, 163, 165).

Daß die von dem Angeklagten verkauften Kleinmengen sämtlich oder auch nur mehrere von ihnen aus einer einheitlich erworbenen Vorratsmenge stammen, hat die Strafkammer aber nicht festgestellt. Dabei ist davon auszugehen, daß bereits die Erwerbsvorgänge nicht festgestellt werden konnten. Hierzu wird lediglich die Einlassung des Angeklagten wiedergegeben, er habe "in dieser Zeit fünfmal 15 bis 30 Gramm Haschisch von einem Schwarzafrikaner" erworben (UA S. 12), jedoch nicht ausgeführt, ob diese - ohnehin unpräzise und zeitlich nicht konkretisierte - Einlassung als Feststellung gewertet wird. Sie läßt eine genaue Zuordnung zu den zeitlich ebenfalls nicht näher festgelegten Einzelverkäufen (z.B. "Herbst 97", "Sommerferien 1997" u.ä.) nicht zu. Ferner ist zu berücksichtigen, daß die der Verurteilung zugrunde gelegten 77

Einzelverkäufe mit einer Gesamtmenge von 149 Gramm Haschisch ersichtlich nur einen kleinen Bruchteil der gesamten Handelstätigkeit des Angeklagten ausmachen. Da er in dem von dem Urteil erfaßten Zeitraum von Mai 1997 bis Mai 1998 nach den Feststellungen der Strafkammer einen Gewinn aus dem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln von 52.000 DM erzielt hat, müßte er bei einer angenommenen Gewinnspanne von einem Drittel einen Umsatz von über 150.000 DM getätigt haben, was bei dem vom Angeklagten verlangten Preis von 10 DM je Gramm einer Gesamthandelsmenge von über 15 kg und damit dem 100-fachen der Urteilsmenge entsprechen würde.

Die Annahme einer Bewertungseinheit setzt jedoch konkrete Anhaltspunkte dafür voraus, daß bestimmte Einzelverkäufe aus einer einheitlich erworbenen Gesamtmenge herrühren (st. Rspr., vgl. BGH NStZ 1997, 137; NStZ-RR 1997, 344; BGHR BtMG § 29 Bewertungseinheit 14). Die bloße Möglichkeit, daß Einzelmengen einer Gesamtmenge entnommen sein können, genügt dabei nicht, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für eine konkrete Zuordnung bestimmter Einzelverkäufe zu einer bestimmten erworbenen Gesamtmenge fehlen (BGHR aaO, Bewertungseinheit 5). Eine lediglich willkürliche Zusammenfassung ohne ausreichende Tatsachengrundlage kommt dabei nicht in Betracht, auch der Zweifelssatz gebietet in solchen Fällen nicht die Annahme einer einheitlichen Tat (BGH NJW 1995, 2300; Rissing-van Saan in LK 11. Aufl. vor § 52 ff. Rdn. 29 Fn. 101 m.w.Nachw.).

Daß der Angeklagte die jeweiligen Kleinverkaufsmengen einem "nie versiegenden", immer wieder aufgefüllten Vorrat entnommen hat, vermag die Annahme einer Bewertungseinheit unter den hier gegebenen Umständen ebenfalls nicht zu rechtfertigen. Wird eine zum Verkauf bereitgehaltene Rauschgift-

menge vor der vollständigen Entleerung des Depots durch eine neue Lieferung wieder aufgefüllt, so reicht das nicht aus, die Veräußerungen aus der ursprünglich besessenen Menge mit den Verkäufen aus dem wiederaufgefüllten Bestand zu einem einheitlichen Handeltreiben mit derselben Rauschgiftmenge zu verbinden (vgl. Rissing-van Saan, aaO m.w.Nachw. zu der insoweit nicht ganz einheitlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs). Jedenfalls in einem Fall wie hier, in dem über Zeitpunkt und Umfang der Auffüllung nichts Konkretes festgestellt werden kann und in dem durch zahlreiche Kleinmengen der Vorrat fortlaufenden, nicht mehr nachverfolgbaren Veränderungen über einen sehr langen Zeitraum unterworfen ist, kommt die Annahme einer Bewertungseinheit, die unter solchen Umständen bei einem nicht aufgedeckten Kleindealer sich über mehrere Jahre und Tausende von Einzelfällen erstrecken könnte, nicht in Betracht. Durch die nicht gerechtfertigte Annahme einer Bewertungseinheit ist der Angeklagte auch beschwert. Denn hierdurch wurde der Schuldumfang des Verbrechens nach § 30 Abs. 1 Nr. 2 i.V. mit § 29 a Abs. 1 Nr. 1 BtMG durch die Verkäufe an die erwachsenen Abnehmer, die bei der erforderlichen getrennten Betrachtung als Vergehen nach § 29 Abs. 1 und 3 BtMG zu ahnden gewesen wären, in unzulässiger Weise erweitert.

b) Der Senat schließt aus, daß bei dieser Sachlage der neue Tatrichter ausreichende konkrete Anhaltspunkte für die Zusammenfassung mehrerer Einzelverkäufe zu jeweils einer Tat feststellen könnte, und hat daher den Schuldspruch nach § 354 Abs. 1 StPO abgeändert. Dabei hat er bei den Verkäufen an erwachsene Abnehmer den Umstand der gewerbsmäßigen Begehung nach § 29 Abs. 3 Nr. 1 BtMG nicht in die Urteilsformel aufgenommen, da es sich hierbei - anders als bei der Qualifikationsnorm der gewerbsmäßigen Abgabe an Minderjährige nach § 30 Abs. 1 Nr. 2 i.V. mit § 29 a Abs. 1 Nr. 1 BtMG - nur

um eine Strafzumessungsvorschrift in der Form eines Regelbeispiels für einen besonders schweren Fall handelt.

Im übrigen weist der Senat darauf hin, daß die Strafkammer auf der Grundlage der Annahme von Bewertungseinheiten hätte prüfen müssen, ob nicht die dem Strafbefehl vom 16. April 1998 zugrundeliegenden Taten vom Oktober 1998, die ebenfalls den unerlaubten Handel mit Haschisch betrafen, der gleichen hier als Tat 1 abgeurteilten Bewertungseinheit zuzurechnen gewesen wären. Dann wäre aber der Verbrauch der Strafklage hinsichtlich der vorher begangenen und hier abgeurteilten Teilakte in Betracht gekommen.

c) Die Änderung des Schuldspruchs bedingt die Aufhebung des gesamten Strafausspruches. Dagegen kann die Anordnung des Verfalls und der Einziehung aufrechterhalten werden. Daß ohne erkennbare Begründung von der Anordnung des erweiterten Verfalls hinsichtlich des - zur Überzeugung der Strafkammer - aus Rauschgiftgeschäften erzielten Gewinnes von 52.000 DM und der aus dem Erlös erworbenen Lederjacke entgegen der obligatorischen Vorschrift des § 73 d StGB abgesehen worden ist, beschwert den Angeklagten nicht. Der neue Tatrichter ist durch das Verschlechterungsverbot nach § 358 Abs. 2 StPO an einer Nachholung gehindert.

4. Für die neue Hauptverhandlung gibt der Senat folgenden Hinweis:

Der Strafbefehl des Amtsgerichts Lüneburg vom 16. April 1998 entfaltet für die Bildung einer Gesamtstrafe Zäsurwirkung nach § 55 StGB mit der Folge, daß aus ihm und den vor seinem Erlaß begangenen Straftaten eine Gesamtstrafe und aus den später begangenen Taten eine weitere Gesamtstrafe gebil-

det werden muß, wobei § 53 Abs. 2 Satz 1 und 2 StGB zu beachten ist. Dazu wird der neue Tatrichter sich in den Fällen der Käufer Sch. und S um eine nähere zeitliche Einordnung der Einzelverkäufe bemühen müssen. Bleibt fraglich, ob eine Tat vor oder nach der Zäsur begangen worden ist, kommt eine Einbeziehung in die erste Gesamtstrafe in Betracht, da auch insoweit der Zweifelssatz anwendbar ist (vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO 44. Aufl. § 261 Rdn. 30).

Rissing-van Saan

Miebach

Winkler

Pfister

von Lienen