



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

3 StR 60/08

vom

3. April 2008

in der Strafsache

gegen

wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 3. April 2008,  
an der teilgenommen haben:

Richter am Bundesgerichtshof  
Becker  
als Vorsitzender,

die Richter am Bundesgerichtshof  
Pfister,  
von Lienen,  
Hubert,  
Dr. Schäfer  
als beisitzende Richter,

Staatsanwalt in der Verhandlung,  
Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof bei der Verkündung  
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt  
als Verteidiger,

Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Aurich vom 27. November 2007 aufgehoben

- a) im Fall II. 1. der Urteilsgründe,
- b) im Ausspruch über die Gesamtstrafe;

jedoch bleiben die Feststellungen aufrechterhalten.

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.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat die Angeklagte wegen unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln in 14 Fällen zur Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt und - bei der Angeklagten sichergestellte - 1,7 Gramm Heroin eingezogen. Hiergegen richtet sich die zu Ungunsten der Angeklagten eingelegte, auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützte

Revision der Staatsanwaltschaft, die vom Generalbundesanwalt vertreten wird. Die Staatsanwaltschaft hat - wie der Begründung des Rechtsmittels (vgl. BGHR StPO § 344 Abs. 1 Antrag 3) und dem Revisionsantrag zu entnehmen ist - lediglich den Schuldspruch im Fall II. 1. der Urteilsgründe und den Ausspruch über die Gesamtstrafe angegriffen. Das hierauf wirksam beschränkte Rechtsmittel hat vollen Erfolg.

I.

2 Nach den Feststellungen fuhr die Angeklagte im Fall II. 1. der Urteilsgründe mit ihrem Bruder nach G. in den Niederlanden, wo sie vier Gramm Heroin erwarb, das sie zur Finanzierung ihres Eigenbedarfs überwiegend gewinnbringend verkaufen wollte. Ihr Bruder, der "ein eigenes Interesse am Handel mit Drogen entwickelte", erwarb 100 Gramm Kokain. Die Angeklagte versteckte das Heroin und das Kokain "in ihrem Körper"; sodann fuhr sie mit ihrem Bruder in dessen Pkw zurück nach L .

3 In der Folgezeit veräußerte die Angeklagte 60% des Heroins, mithin 2,4 Gramm, gewinnbringend. Die Restmenge konsumierte sie selbst. Ferner unterstützte die Angeklagte ihren Bruder bei dessen gewinnbringenden Verkauf des in den Niederlanden erworbenen Kokains, indem sie hiervon in unregelmäßigen Abständen unterschiedliche Teilmengen an eine Zwischenhändlerin auslieferte.

II.

4 1. Die insoweit erfolgte Verurteilung der Angeklagten kann auf die Revision der Staatsanwaltschaft schon deshalb keinen Bestand haben, weil es das Landgericht rechtsfehlerhaft unterlassen hat, die in den beiden - gesondert er-

worbenen und zusammen transportierten - Drogen enthaltenen Wirkstoffmengen festzustellen. Auf konkrete Feststellungen zum Wirkstoffgehalt kann bei Verurteilungen von Straftaten nach dem Betäubungsmittelgesetz regelmäßig nicht verzichtet werden (vgl. Weber, BtMG 2. Aufl. vor § 29 Rdn. 742 f.). So ist es auch hier. Denn der Wirkstoffgehalt der Drogen wirkte sich entscheidend auf die rechtliche Beurteilung aller von der Angeklagten begangenen Betäubungsmitteldelikte, auf deren konkurrenzrechtliches Verhältnis und auf den Schuldumfang der Taten aus. Handelte es sich etwa - wie es nach den durchschnittlichen Wirkstoffgehalten gehandelten Heroins und Kokains zumindest nicht fern liegt (s. Weber aaO Anhang H) - bei den von der Angeklagten insgesamt erworbenen vier Gramm Heroin um keine nicht geringe Menge (1,5 Gramm HHC), während das von ihrem Bruder angekaufte und abgesetzte Kokain den für diese Droge geltenden Grenzwert (5,0 Gramm KHC) mindestens erreichte, so hätte sich die Angeklagte wie folgt strafbar gemacht:

- 5 Der Einkauf des von vornherein teilweise zum gewinnbringenden Weiterverkauf und zum Eigenkonsum bestimmten Heroins wäre für sich rechtlich als Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Erwerb von Betäubungsmitteln zu würdigen (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; vgl. Weber aaO § 29 a Rdn. 186 ff., 192). Mit dem gleichzeitigen Schmuggel der beiden erworbenen Drogenmengen hätte die Angeklagte den Verbrechenstatbestand der (gemeinschaftlichen) Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verwirklicht (§ 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG). Hinter dieses Delikt träte hier sowohl der Erwerb der für den Eigenverbrauch bestimmten Teilmenge des Heroins (1,4 Gramm; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG) als auch der - durch den Körperschmuggel beider Drogen gegebene - Besitz der Angeklagten von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG) zurück (vgl. BGHSt 42, 162, 164 f.; Weber aaO § 30 Rdn. 276 sowie § 29 a Rdn. 195 - 197). Hingegen stünde das Handel-

treiben mit der Teilmenge von 2,4 Gramm Heroin (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG) in Tateinheit mit der Einfuhr (BGHSt 31, 163; vgl. Weber aaO § 30 Rdn. 272). Darüber hinaus hätte die Angeklagte durch den Schmuggel des Kokains und die Auslieferungen von Teilmengen hiervon ihrem Bruder Beihilfe zu dessen Betäubungsmittelhandel in nicht geringer Menge geleistet (§ 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG, § 27 StGB); trotz der mehrfachen, an sich selbständigen Unterstützungshandlungen läge nur eine Beihilfetat vor (vgl. BGH NStZ 1999, 451), die mit dem Handeltreiben und der Einfuhr der Angeklagten in Tateinheit stünde. Das demgegenüber vom Landgericht hinsichtlich dieser Unterstützungshandlungen ersichtlich angenommene mittäterschaftliche Handeltreiben mit ihrem Bruder (UA S. 9) scheidet - unabhängig vom völligen Fehlen der zur Abgrenzung von Beihilfe und Täterschaft gebotenen wertenden Betrachtung aller von der Vorstellung der Angeklagten umfassten Umstände (vgl. BGHSt 28, 346, 348 f.; 37, 289, 291) - schon wegen eines insoweit nicht festgestellten Eigennutzes der Angeklagten aus (vgl. BGHSt 31, 163).

- 6 Indem das Landgericht die umfassende Prüfung sowie die sich hieraus ergebende rechtliche Einordnung des festgestellten Verhaltens der Angeklagten unterlassen und diese lediglich wegen (gewerbsmäßigen) Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (§ 29 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG) schuldig gesprochen hat, ist es seiner Pflicht nicht nachgekommen, die angeklagte Tat, so wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt, ohne Bindung an die rechtliche Beurteilung, die dem Eröffnungsbeschluss und der unverändert zugelassenen Anklageschrift zugrunde lag (§ 264 Abs. 2 StPO), in rechtlicher Hinsicht erschöpfend abzuurteilen (§ 264 Abs. 1 StPO; vgl. Engelhardt in KK 5. Aufl. § 264 Rdn. 10, 23 m. w. N.). Dies stellt einen sachlichrechtlichen Mangel des Urteils dar (vgl. BGH NStZ 1983, 174, 175). Dass die Staatsanwaltschaft neben dem (gewerbsmäßigen) Betäubungsmittelhandel "schwerwiegendere

Vorwürfe" nicht geahndet wissen wollte (so UA S. 9), änderte nichts an der umfassenden Kognitionspflicht der Strafkammer.

7            2. Der Wegfall der Einzelstrafe im Fall II. 1. der Urteilsgründe hat die Aufhebung des Ausspruchs über die Gesamtfreiheitsstrafe zur Folge. Diese könnte auch deshalb nicht bestehen bleiben, weil die Strafkammer bei ihrer Bildung mit rechtsfehlerhafter Begründung einen Härteausgleich von zwei Monaten gewährt hat. Nach den Urteilsgründen ist dies geschehen, "weil die am 29. März 2007 vom Amtsgericht Leer ausgesprochene Freiheitsstrafe nicht gesamtstrafenfähig war". Ein Härteausgleich setzt indessen voraus, dass eine an sich gesamtstrafenfähige Vorstrafe gegeben ist, die zum Zeitpunkt der neuen Verurteilung nach § 55 Abs. 1 Satz 1 StGB nicht (mehr) einzubeziehen ist (vgl. Fischer, StGB 55. Aufl. § 55 Rdn. 21). Nach den Feststellungen war die verhängte Freiheitsstrafe von drei Monaten aber gerade nicht gesamtstrafenfähig; denn sie ist vor Begehung der zeitlich frühesten der gegenständlichen Straftaten verhängt worden.

8            3. Da die - rechtsfehlerfrei getroffenen - Feststellungen des angefochtenen Urteils von den aufgezeigten Rechtsfehlern nicht berührt sind, können sie aufrechterhalten bleiben. Der neue Tatrichter wird die unterbliebenen Feststellungen zu den in beiden erworbenen Drogen enthaltenen Wirkstoffmengen nachzuholen haben. Für die hierzu notfalls anzustellende Schätzung der Mindestqualität kann - neben anderen Umständen (vgl. Weber aaO vor § 29 Rdn. 747 ff.) - auch der Wirkstoffgehalt des bei der Angeklagten sichergestellten Heroin von Bedeutung sein. Auf der Grundlage der konkreten Wirkstoffmengen und der bisherigen Feststellungen wird er die strafbaren Handlungen der Angeklagten im Fall II. 1. des angefochtenen Urteils umfassend rechtlich zu würdigen

haben. Sonstige neue Feststellungen darf er nur treffen, soweit sie den bisherigen nicht widersprechen.

Becker

Pfister

von Lienen

Hubert

Schäfer