



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

3 StR 123/11

vom

3. Mai 2011

in der Strafsache

gegen

wegen Bestimmens einer Person unter 18 Jahren zum Inverkehrbringen von  
Betäubungsmitteln u.a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung der Beschwerdeführerin und des Generalbundesanwalts - zu 2. auf dessen Antrag - am 3. Mai 2011 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO einstimmig beschlossen:

1. Auf die Revision der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Osnabrück vom 27. August 2010 mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben
  - a) im Ausspruch über die Einzelstrafe im Fall II.1. der Urteilsgründe,
  - b) im Gesamtstrafenausspruch.

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 die Angeklagte wegen "des gemeinschaftlichen Bestimmens einer Person unter 18 Jahren zum unerlaubten Inverkehrbringen von Betäubungsmitteln (Fall II.1. der Urteilsgründe), des unerlaubten Handel-treibens mit Betäubungsmitteln in vier Fällen, der unerlaubten Abgabe von Be-täubungsmitteln in zwei Fällen und des unerlaubten Besitzes von Betäubungs-mitteln" zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und sieben Monaten

verurteilt und 12 Subutex-Tabletten eingezogen. Die auf die Rügen der Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision der Angeklagten hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist sie unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

2 Die im Fall II.1. der Urteilsgründe verhängte Einzelfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten für die am 31. Oktober 2008 begangene Tat hat keinen Bestand; dies führt zur Aufhebung des Urteils auch im Ausspruch über die Gesamtstrafe.

3 Das Landgericht hat einen minder schweren Fall gemäß § 30a Abs. 3 BtMG abgelehnt und die ausgesprochene Einzelfreiheitsstrafe dem gemäß § 31 Abs. 1 Nr. 1 BtMG, § 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafraumen des § 30a Abs. 1 und 2 BtMG entnommen (Freiheitsstrafe von zwei Jahren bis elf Jahren drei Monaten). Diese Strafraumenverschiebung entspricht der Regelung des § 31 BtMG in der ab dem 1. September 2009 geltenden Fassung. Dabei hat das Landgericht nicht bedacht, dass § 31 BtMG in der zur Tatzeit geltenden Fassung das für die Angeklagte günstigere Recht ist.

4 Art. 316d EGStGB bestimmt, dass § 31 BtMG in der Fassung des 43. StrÄndG nicht auf Verfahren anzuwenden ist, in denen vor dem 1. September 2009 die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen worden ist. Diese negativ formulierte Überleitungsvorschrift stellt eine - verfassungsrechtlich unbedenkliche (BVerfG, Beschluss vom 29. November 1989 - 2 BvR 1491/87 u.a., BVerfGE 81, 132, 136 f.; BGH, Beschluss vom 2. April 1996 - GStSt 2/95, BGHSt 42, 113, 120; Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 2 Rn. 16) - Derogation des Meistbegünstigungsprinzips (§ 2 Abs. 3 StGB) dar, die die Gerichte in bereits rechtshängigen Verfahren von der gegebenenfalls schwierigen Bewertung entbinden soll, ob die alte oder neue Fassung des § 31 BtMG nach

den Umständen des konkreten Einzelfalls das mildere Gesetz sei (BT-Drucks. 16/6268 S. 17: etwa im Hinblick auf die Frage einer Milderung nach § 49 Abs. 1 oder 2 StGB oder eines Absehens von Strafe).

5 Sie bedeutet jedoch nicht, dass im Umkehrschluss die neuen Vorschriften ohne weiteres im Verfahren anzuwenden sind, in denen - wie hier am 27. Mai 2010 - die Eröffnung des Hauptverfahrens nach dem 1. September 2009 beschlossen worden ist. Für die Frage des auf diese Taten anwendbaren Rechts gelten vielmehr die allgemeinen Regeln, nach denen grundsätzlich das zur Tatzeit geltende materielle Recht Anwendung findet (§§ 1, 2 Abs. 1 StGB), sofern das neuere Recht in seiner Gesamtheit keine für den Angeklagten günstigere Regelung (§ 2 Abs. 3 StGB) darstellt (BGH, Beschluss vom 18. März 2010 - 3 StR 65/10, NStZ 2010, 523).

6 § 31 BtMG in der zur Tatzeit (31. Oktober 2008) geltenden Fassung ist für die Angeklagte das günstigere Recht. Es führt gemäß § 30a Abs. 1 und 2 BtMG, § 49 Abs. 2 StGB zu einem Strafraum von Geldstrafe oder Freiheitsstrafe von einem Monat bis Freiheitsstrafe von 15 Jahren. Die Strafraumverschiebung in der ab dem 1. September 2009 geltenden Fassung eröffnet demgegenüber gemäß § 30a Abs. 1 und 2, § 31 BtMG, § 49 Abs. 1 Nr. 2 und 3 StGB den vom Landgericht herangezogenen Strafraum von zwei Jahren bis elf Jahren und drei Monaten Freiheitsstrafe.

7 Da das Landgericht die im Fall II.1. der Urteilsgründe verhängte Einzel Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten dem unteren Bereich des Strafraums entnommen hat, kann der Senat nicht ausschließen, dass es bei Beachtung des § 2 Abs. 3 StGB diese Einzelstrafe niedriger bemessen und auch auf eine geringere Gesamtfreiheitsstrafe erkannt hätte. Dagegen bleiben die in den Fällen II.3., 4. und 5.a) der Urteilsgründe verhängten Einzelstrafen

von dem aufgezeigten Rechtsfehler unberührt; denn hier stellt sich die Strafrahmenverschiebung nach § 49 Abs. 1 StGB für die Angeklagte als günstiger dar, da schon der Ausgangsstrafrahmen des § 29 Abs. 1 BtMG als Strafrahmenuntergrenze die Mindestfreiheitsstrafe oder Geldstrafe bestimmt, diese mit hin über § 49 Abs. 2 StGB nicht mehr weiter abgesenkt werden kann.

Becker

Pfister

von Lienen

Hubert

Schäfer