



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

2 StR 23/15

vom

28. Mai 2015

in der Strafsache

gegen

wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 28. Mai 2015 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Erfurt vom 19. September 2014 im Strafausspruch aufgehoben.
2. 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.
3. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe:

1. Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in zehn Fällen und unerlaubten Erwerbs von Betäubungsmitteln zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt und ihn im Übrigen freigesprochen. Die auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen ist sie offensichtlich unbegründet.
2. 1. Die Rüge der Verletzung formellen Rechts ist nicht ausgeführt und daher unzulässig.

3           2. Der Schuldspruch enthält keinen den Angeklagten beschwerenden Rechtsfehler.

4           3. Hingegen hält der Strafausspruch rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Strafrahmenwahl in den Fällen 1-10 begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Das Landgericht ist davon ausgegangen, dass der Angeklagte das Regelbeispiel der Gewerbsmäßigkeit in § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG verwirklicht hat, und hat unter Verbrauch sämtlicher Strafmilderungsgründe, auch des zuvor zutreffend bejahten vertypten Milderungsgrunds aus § 31 BtMG, die Anwendung des Strafrahmens für den besonders schweren Fall als verfehlt angesehen. Dabei hat es zu Lasten des Angeklagten berücksichtigt, dass er das Regelbeispiel der Gewerbsmäßigkeit erfüllt hat. Dies ist nicht frei von Rechtsfehlern. Im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtwürdigung, ob bei Vorliegen eines Regelbeispiels die Indizwirkung für die Annahme eines besonders schweren Falles entfallen kann, hat der Tatrichter zwar grundsätzlich alle für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände zu berücksichtigen, doch kann entsprechend dem Rechtsgedanken des § 46 Abs. 3 StGB die Gewerbsmäßigkeit des Handelns, die als Regelbeispiel zur Prüfung des § 29 Abs. 3 BtMG führt, nicht als Umstand in die anzustellende Gesamtwürdigung einbezogen werden. Ein solches Vorgehen lässt besorgen, die Strafkammer könnte das gewerbsmäßige Handeln zu Lasten des Angeklagten doppelt verwertet haben (vgl. Senat, NStZ-RR 2015, 77). Auf diesem Rechtsfehler beruht der Strafausspruch auch. Es lässt sich nicht ausschließen, dass die Strafkammer angesichts zahlreicher weiterer Milderungsgründe ohne diese Erwägung zu einer Ablehnung besonders schwerer Fälle auch ohne Berücksichtigung der geleisteten Aufklärungshilfe gekommen wäre und den Strafrahmen womöglich über § 31 BtMG ein weiteres Mal gemildert hätte.

- 5 Der Senat hebt auch die Einzelstrafe im Fall 11 auf, um dem neuen Tatrichter, der zudem im Fall 10 zu berücksichtigen haben wird, dass die gesamte letzte Lieferung sichergestellt wurde, eine in sich abgestimmte neue Strafzumessung zu ermöglichen. Der Aufhebung von Feststellungen bedarf es nicht, da es sich um einen bloßen Wertungsfehler des Landgerichts handelt.

Fischer

Mutzbauer

Krehl

Eschelbach

Bartel