



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

1 StR 157/01

vom

8. Mai 2001

in der Strafsache

gegen

wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer  
Menge

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 8. Mai 2001 gemäß § 349 Abs. 4 StPO beschlossen:

Auf die Revision des Angeklagten K. wird das Urteil des Landgerichts Passau vom 9. Januar 2001, soweit es diesen Angeklagten betrifft, mit den Feststellungen aufgehoben.

In diesem Umfang wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten K. wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen zu der Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt und die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angeordnet. Außerdem hat es den Verfall eines Geldbetrages angeordnet, der bei der Festnahme K. sichergestellt wurde. Die Revision des Angeklagten hat bereits mit der Sachrüge Erfolg, so daß es auf die Verfahrensrügen nicht mehr ankommt.

1. K. bestellte in beiden Fällen bei seinem Lieferanten J. in Tschechien telefonisch jeweils 70 g Heroin. J. ließ das Heroin von einem Kurier nach Deutschland bringen. Von dem Mitangeklagten F. ließ er sich nach Deutschland fahren, übernahm hier das Heroin vom Kurier und über-

gab es sodann gegen Zahlung des Kaufpreises an K. . Bei der zweiten Tat wurden die Beteiligten festgenommen; das Rauschgift wurde sichergestellt. Das Heroin hatte in beiden Fällen einen Wirkstoffgehalt von 20 %.

"K. benötigte das Heroin zum Eigenverbrauch und zum Weiterverkauf, um mit diesem seinen Eigenkonsum finanzieren zu können." Von der ersten Lieferung erhielt der Fahrer K. s 1 g als Entlohnung; weitere 4 g Heroin verkaufte K. für 500 DM. "Das restliche Heroin verbrauchte der Angeklagte für sich, möglicherweise gab er weitere Teilmengen an andere Abnehmer ab."

2. Bei der ersten Lieferung hätte danach der für den Weiterverkauf bestimmte Anteil den Grenzwert der nicht geringen Menge von 1,5 g Heroinhydrochlorid (vgl. BGHSt 32, 162) nicht erreicht. Eine derart geringe Handelsmenge mag zwar im Hinblick auf den Einkaufspreis von 3.500 DM (für 70 g) und den Verkaufspreis von 500 DM (für 4 g) eher fern liegen; so wäre nämlich der Eigenkonsum nicht zu finanzieren gewesen. Der Senat kann abweichende Feststellungen indes nicht selbst treffen. Entsprechendes gilt für die zweite Tat, zumal dort die in Aussicht genommene Handelsmenge nicht quantifiziert wurde.

Bei dieser Aufteilung von Handels- und Eigenverbrauchsmenge hätte sich der Angeklagte jeweils eines Verbrechens des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nach § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG (vgl. BGH, Urteil vom 16. Januar 2001 - 1 StR 443/00 -) in Tateinheit (BGH, Beschluß vom 16. Juli 1998 - 4 StR 174/98 -; Urteil vom 17. August 2000 - 4 StR 233/00 -) mit unerlaubtem Handeltreiben nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG schuldig gemacht. Der Erwerb (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG) wird dabei vom

Verbrechenstatbestand des Besitzes verdrängt (BGH, Beschlüsse vom 28. Januar 1998 - 2 StR 641/97 -; 16. Juli 1998 - 4 StR 174/98 -).

Dieser Rechtsfehler ergreift den Schuldspruch (vgl. BGH, Beschlüsse vom 28. Oktober 1999 - 4 StR 479/99 -; 18. Juli 2000 - 4 StR 258/00 -; Urteil vom 17. August 2000 - 4 StR 233/00 -). Da weitere Feststellungen im Hinblick auf eine größere Handelsmenge möglich erscheinen, muß der Schuldspruch aufgehoben werden.

3. Der neue Tatrichter wird Gelegenheit haben, über die Anordnung der Einziehung bzw. des Verfalls des bei K. sichergestellten Geldbetrages zu befinden. Hätte es sich hierbei um nicht benötigtes restliches Kaufgeld gehandelt, käme nicht der Verfall, sondern die Einziehung in Betracht (vgl. BGH NStZ-RR 1997, 318). Zur Frage der Unterbringung nach § 64 StGB wird auf die Antragschrift des Generalbundesanwalts verwiesen.

Schäfer

Nack

Wahl

Boetticher

Schluckebier