



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

3 StR 6/09

vom  
16. Juni 2009  
in der Strafsache  
gegen

wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Antrag des Generalbundesanwalts und nach Anhörung des Beschwerdeführers am 16. Juni 2009 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO einstimmig beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Oldenburg vom 20. Juni 2008
  - a) im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen schuldig ist;
  - b) im Ausspruch über die Einzelfreiheitsstrafen in den Fällen II. 2 und 3 der Urteilsgründe sowie im Gesamtstrafenausspruch aufgehoben; jedoch bleiben die zugehörigen 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.

2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

#### Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Mit seiner Revision erhebt der Angeklagte eine Verfahrensrüge und beanstandet die Verletzung materiellen Rechts.

Das Rechtsmittel hat mit der Sachrüge den aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist es unbegründet.

2 Nach den Feststellungen brachte der Angeklagte zwei Ernten aus einer Indoor-Marihuana-Plantage ein, die er auf seinem landwirtschaftlichen Hof errichtet hatte. Die erste Ernte von November 2006 mit einer Gesamtmenge von 7,0 kg verkaufte er insgesamt an einen Abnehmer. Die zweite Ernte setzte er in zwei Lieferungen ab: nach dem Verkauf einer Teilmenge von 3,5 kg am 12. Januar 2007 übergab er am 23. Januar 2007 die Restmenge von 4,0 kg an einen weiteren Abnehmer. Mit diesem wurde er im Rahmen einer Verkehrskontrolle angehalten und festgenommen.

3 I. Mit der Verfahrensrüge beanstandet der Beschwerdeführer die Verwertung der Erkenntnisse aus einer auf seinem Anwesen vorgenommenen Durchsuchung, die durch die Vernehmung des Zeugen KK K. und der im Zusammenhang mit dieser Vernehmung durchgeführten Inaugenscheinnahme von Lichtbildern, die anlässlich der Durchsuchung gefertigt worden waren, in die Hauptverhandlung eingeführt worden sind. Der Vernehmung dieses Zeugen hat der Angeklagte in der Hauptverhandlung widersprochen und, nachdem der Vorsitzende die Fortsetzung der Vernehmung angeordnet hatte, ohne Erfolg auf Entscheidung des Gerichts (§ 238 Abs. 2 StPO) angetragen. Der Angeklagte macht geltend, die Erkenntnisse aus der Durchsuchung unterfielen einem Beweisverwertungsverbot, da die Maßnahme in grober Verkennung des Richtervorbehalts von der Staatsanwaltschaft angeordnet worden sei und eine Dokumentation der Gründe für die Annahme von Gefahr im Verzug (§ 105 Abs. 1 Satz 1 StPO) fehle.

4 Die Rüge bleibt ohne Erfolg. Dabei kann dahinstehen, ob die vom Angeklagten geltend gemachten Verfahrensverstöße vorliegen und zur Folge haben,

dass die vom Zeugen KK K. bekundeten Erkenntnisse aus der Durchsuchung unverwertbar sind; denn der Senat kann ausschließen, dass das Urteil auf der Verwertung der Bekundungen dieses Zeugen beruht. Das Landgericht hat zu den anlässlich der Durchsuchung gewonnenen Ermittlungsergebnissen neben dem Zeugen K. auch den Zeugen KHK H. (ausweislich der Akten der Durchsuchungsführer) vernommen, mit dem ebenfalls der Bildbericht im Einzelnen erörtert worden ist (UA S. 13). Gegen die Vernehmung dieses Zeugen und die Verwertung seiner Angaben wendet sich die Revision indessen nicht. (Der Angeklagte hatte hiergegen im Übrigen auch in der Hauptverhandlung keinen Widerspruch erhoben oder Antrag auf Entscheidung des Gerichts gestellt.) Da sich aus den Urteilsgründen ergibt, dass der Zeuge H. keine Angaben gemacht hat, die sich von denen des Zeugen K. unterscheiden, fehlt es an jedem Anhalt dafür, das Landgericht könnte sich bei Nichtverwertung der Aussage des letztgenannten Zeugen eine abweichende Überzeugung gebildet haben.

5 Mit Blick auf die Ausführungen des Generalbundesanwalts in seiner Antragsschrift bemerkt der Senat ergänzend, dass das erkennende Gericht auch dann nicht von der grundsätzlichen Pflicht entbunden ist, die Verwertbarkeit der durch eine Durchsuchung gewonnenen Beweise zu prüfen, wenn der Angeklagte die Rechtsschutzmöglichkeit entsprechend § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO (vgl. Meyer-Goßner, StPO 51. Aufl. § 105 Rdn. 16 m. w. N.) nicht genutzt hat. Ein Stufenverhältnis oder ein Vorrang dieses Rechtsbehelfs besteht auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht.

6 II. Die Überprüfung des Urteils auf die Sachrüge führt zur Änderung des Schuldspruchs und zur teilweisen Aufhebung des Strafausspruchs; denn die Wertung des Landgerichts, die beiden letzten Absatzgeschäfte über 3,5 und 4,0

kg (Fälle II. 2 und 3 der Urteilsgründe) seien als rechtlich selbstständige Taten des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge anzusehen, begegnet durchgreifenden materiellrechtlichen Bedenken.

7           1. Nach ständiger Rechtsprechung bilden mehrere Akte des Betäubungsmittelumsatzes eine einheitliche Tat des Handeltreibens, wenn sie dieselbe Rauschgiftmenge betreffen (BGHR BtMG § 29 Bewertungseinheit 1, 4 m. w. N.). Dabei ist es unerheblich, ob eine einheitlich von einem Lieferanten zum Zwecke des sukzessiven Weiterverkaufs erworbene oder eine in einem Akt angebaute und zum Handeltreiben hergestellte Menge von Betäubungsmitteln in Rede steht (vgl. BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Anbau 2).

8           Danach liegt trotz zweier Veräußerungsvorgänge in den Fällen II. 2 und 3 der Urteilsgründe nur eine Tat des Handeltreibens vor; denn es handelte sich bei den durch die zweite Ernte hervorgebrachten 7,5 kg Marihuana um einen einheitlichen Gegenstand des Handeltreibens, unabhängig davon, dass dessen Verkauf auf zwei Veräußerungsgeschäfte aufgeteilt wurde.

9           2. Der Senat ändert den Schuldspruch in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO selbst ab. Dem steht § 265 StPO nicht entgegen, da der Angeklagte sich gegen den geänderten Vorwurf nicht anders als geschehen hätte verteidigen können.

10          3. Die Änderung des Schuldspruchs bedingt die Aufhebung der Einzelstrafen, auf die das Landgericht in den Fällen II. 2 und 3 der Urteilsgründe erkannt hat, sowie der Gesamtstrafe. Die Feststellungen zum Strafausspruch sind von dem Rechtsfehler nicht betroffen; sie können deshalb bestehen bleiben (§ 353 Abs. 2 StPO). Ergänzende weitere Feststellungen, die hierzu nicht in Widerspruch stehen, sind zulässig. Bei der Neufestsetzung der Einzelstrafe für

die einheitliche Tat der Fälle II. 2 und 3 der Urteilsgründe ist die nunmehr zur Entscheidung berufene Strafkammer an die Höhe der bisherigen Einzelstrafen nicht gebunden; die neue Gesamtstrafe darf indes die bisherige nicht übersteigen (§ 358 Abs. 2 Satz 1 StPO).

Becker

Pfister

von Lienen

Hubert

RiBGH Dr. Schäfer befindet sich  
im Urlaub und ist daher gehindert  
zu unterschreiben.

Becker