



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

2 StR 300/16

vom
14. September 2016
in der Strafsache
gegen

wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer
Menge u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 14. September 2016 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

- I. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Aachen vom 4. April 2016
 1. im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte unter Freisprechung im Übrigen des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz einer halbautomatischen Kurzwaffe zum Verschießen von Patronenmunition, in weiterer Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Munition und mit unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln, ferner wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln schuldig ist,
 2. im Ausspruch über
 - a) die Einzelstrafen in den Fällen II.2., II.4. und II.6. der Urteilsgründe,
 - b) die Gesamtfreiheitsstrafe und
 - c) den Wertersatzverfallaufgehoben. Jedoch bleiben die hierzu getroffenen Feststellungen aufrechterhalten.

- II. 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.
- III. Die weitergehende Revision des Angeklagten wird verworfen.

Gründe:

1 Das Landgericht hat den Angeklagten unter Freisprechung im Übrigen wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in vier Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz einer halbautomatischen Kurzwaffe zum Verschießen von Patronenmunition, in weiterer Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Munition und in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. Hiergegen richtet sich seine auf die Sachrüge gestützte Revision. Das Rechtsmittel hat in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen ist es unbegründet.

I.

2 Nach den Feststellungen des Landgerichts hatte der Angeklagte den Zeugen K. , der ihm Geld schuldete, im Januar 2015 aufgefordert, den Betrag durch Verkauf von Betäubungsmitteln für ihn abzarbeiten. Er übergab dem

Zeugen K. 200 g Marihuana. Weil dieses Marihuana „nur von mäßiger Qualität“ war, gelang dem Zeugen K. eine Veräußerung nur zu einem Teil (Fall II.2. der Urteilsgründe). Etwa eine Woche später berichtete der Zeuge K. dem Angeklagten, dass er nur 50 g des Marihuanas verkauft, den Rest aber verschenkt oder vernichtet habe. Daraufhin verlangte der Angeklagte von dem Zeugen K., dass er ihm Kaufinteressenten für Marihuana vermitteln solle. Dazu nahm der Zeuge K. Kontakt mit dem Zeugen Ü. auf, den er mit dem Angeklagten in Kontakt brachte. Ü. erwarb 10 kg Marihuana von dem Angeklagten (Fall II.4. der Urteilsgründe). Am 1. Mai 2005 kaufte der Angeklagte von dem gesondert verfolgten V. 1,5 kg Marihuana zum Preis von 5.000 Euro, um es gewinnbringend weiterzuverkaufen (Fall II.6. der Urteilsgründe). Bei einer Durchsuchung des vom Angeklagten bewohnten Anwesens am 20. Juli 2015 wurden im Schlafzimmer eine halbautomatische Selbstladepistole und Patronen des Kalibers 9 mm, in der Küche 5,13 g Cannabis zum Eigenkonsum und in einem Geräteschuppen 615,5 g Amphetamin mit einem Anteil von 435,8 g Amphetaminbase gefunden, die für den gewinnbringenden Verkauf bestimmt waren (Fall II.7. der Urteilsgründe).

3

Das Landgericht hat die auf Betäubungsmittel bezogenen Handlungen des Angeklagten in den Fällen II.2., II.4., II.6. und II.7. der Urteilsgründe, mit Ausnahme des Besitzes von Cannabis zum Eigenkonsum im Fall II.7., jeweils als unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gewertet. Selbst wenn es sich bei den 200 g Marihuana, die der Angeklagte im Fall II.2. dem Zeugen K. übergeben hatte, um Betäubungsmittel „von mäßiger Qualität“ gehandelt habe, sei von einem Wirkstoffgehalt von 5 % auszugehen.

II.

- 4 Die Revision des Angeklagten führt aufgrund der Sachrüge zu einer Änderung des Schuldspruchs im Fall II.2. der Urteilsgründe, ferner zur Aufhebung der Einzelstrafen in den Fällen II.2., II.4. und II.6. der Urteilsgründe, zur Aufhebung der Gesamtfreiheitsstrafe und des Ausspruchs über den Wertersatzverfall.
- 5 1. Das Landgericht hat es versäumt darzulegen, warum es sich im Fall II.2. der Urteilsgründe bei dem Marihuana „von mäßiger Qualität“ um solches mit einem Wirkstoffanteil von 5 % gehandelt haben soll. Auch eine Schätzung des Wirkstoffgehalts hätte einer Erläuterung bedurft. Die Behauptung eines THC-Anteils von 5 % entbehrt aber einer Begründung.
- 6 Der Senat schließt aus, dass ein neuer Tatrichter weitere Feststellungen treffen könnte, aus denen sich ergeben würde, dass das Handeltreiben im Fall II.2. der Urteilsgründe eine nicht geringe Menge von Betäubungsmitteln betraf. Er ändert den Schuldspruch dahin ab, dass insoweit nur Handeltreiben mit Betäubungsmitteln im Sinne von § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG vorlag. § 265 Abs. 1 StPO steht nicht entgegen, weil nicht ersichtlich ist, dass sich der Angeklagte anders als geschehen gegen den geänderten Schuldspruch hätte verteidigen können.
- 7 2. Das Landgericht hat auch in den Fällen II.4. und II.6. keine Feststellungen zum Wirkstoffgehalt der Betäubungsmittel getroffen. Dies lässt zwar angesichts der großen Gesamtmengen und der im Gegensatz zu Fall II.2. fehlenden Qualitätsbeanstandung den Schuldspruch in diesen Fällen unberührt. Jedoch bleibt die Wirkstoffmenge für den Ausspruch über die Einzelstrafen bedeutsam. Das Unrecht einer Betäubungsmittelstraftat und die Schuld des Täters

werden durch diesen Faktor maßgeblich bestimmt, weshalb hierzu regelmäßig konkrete Feststellungen zu treffen sind (BGH, Beschluss vom 31. Mai 2016 - 3 StR 138/16 mwN). Stehen die tatgegenständlichen Betäubungsmittel für eine Untersuchung nicht zur Verfügung, muss das Gericht unter Berücksichtigung anderer Umstände (Herkunft, Preis, Handelsstufe und anderes) die Wirkstoffkonzentration - gegebenenfalls unter Anwendung des Zweifelssatzes - schätzen. Daran fehlt es im angefochtenen Urteil.

8 Die bisher zur Straffrage getroffenen Feststellungen sind rechtsfehlerfrei und können aufrechterhalten bleiben. Der neue Tatrichter hat nur ergänzende Feststellungen zu treffen, die stets möglich sind, soweit sie nicht in Widerspruch zu bindend gewordenen Feststellungen stehen.

9 3. Der Wegfall der Einzelstrafen in den Fällen II.2., II.4. und II.6. der Urteilsgründe hat auch die Aufhebung des Ausspruchs über die Gesamtstrafe zur Folge.

10 4. Durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnet schließlich die Anordnung eines Wertersatzverfalls in Höhe von 25.000 Euro. Das Landgericht hat keine (Mindest-)Feststellungen zu den Einnahmen des Angeklagten aus Betäubungsmittelgeschäften getroffen. Seine Bemerkung, unter Anwendung

der „Härtevorschrift des § 73c Abs. 1 StGB“ sei der festgesetzte Betrag „letztlich ausreichend bemessen“, vermag dies nicht zu ersetzen.

Appl

Eschelbach

Ott

Bartel

Wimmer