



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

3 StR 310/17

vom
19. Oktober 2017
in der Strafsache
gegen

1.

2.

wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung der Beschwerdeführer und des Generalbundesanwalts - zu 1. a) teilweise und zu 2. auf dessen Antrag - am 19. Oktober 2017 gemäß § 349 Abs. 2 und 4, § 354 Abs. 1 analog StPO einstimmig beschlossen:

1. Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Lüneburg vom 20. März 2017

a) in den jeweiligen Strafaussprüchen mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen;

b) im Ausspruch über die Einziehung dahin geändert, dass

aa) eingezogen werden:

- eine Tüte mit zwei Gefrierbeuteln mit einmal 122 Klemmleistenbeuteln mit insgesamt 140,46 g Marihuana, einmal mit 51 Klemmleistenbeuteln mit insgesamt 110,44 g Marihuana, zwei Feinwaagen und diversen Klemmleistenbeuteln (Beweismittel II.2. der Anklage),

- eine Plastiktüte mit 26 Klemmleistenbeuteln mit insgesamt 57,66 g Marihuana (Beweismittel II.3. der Anklage),
- eine Plastiktüte mit 38 Klemmleistenbeuteln mit insgesamt 44,27 g Marihuana (Beweismittel II.4. der Anklage),
- eine Feinwaage (Beweismittel III.5. der Anklage),
- eine Elektroschockerlampe (Beweismittel III.7. der Anklage) und
- eine Plastiktüte mit 85,06 g Marihuana (Beweismittel III.8. der Anklage);

bb) hinsichtlich der sichergestellten 200 € Bargeld der Verfall angeordnet wird.

2. Die weitergehenden Revisionen werden verworfen.

Gründe:

1 Das Landgericht hat die Angeklagten wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu Freiheitsstrafen von drei Jahren (den Angeklagten I. H.) bzw. einem Jahr und zehn Monaten (den Angeklagten A. H.) verurteilt. Die Vollstreckung der letztgenannten Strafe hat es zur Bewährung ausgesetzt. Darüber hinaus hat das Landgericht die sicherge-

stellten Betäubungsmittel, Tatwerkzeuge und 200 € Bargeld eingezogen. Dagegen wenden sich die Beschwerdeführer mit ihren Revisionen. Das Rechtsmittel des Angeklagten A. H. ist auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkt, dasjenige des Angeklagten I. H. ist unbeschränkt erhoben. Beide rügen jeweils die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Die Revision des Angeklagten A. H. hat insgesamt, diejenige des Angeklagten I. H. nur den aus der Entscheidungsformel ersichtlichen teilweisen Erfolg, im Übrigen erweist sich das Rechtsmittel als unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

2 1. Soweit sich die Revision des Angeklagten I. H. auch gegen den Schuldspruch richtet, hat die auf die Sachrüge veranlasste umfassende Überprüfung des Urteils keinen Rechtsfehler zu seinem Nachteil ergeben.

3 2. Die jeweiligen Strafaussprüche können indes keinen Bestand haben.

4 a) Mit Blick auf den Angeklagten A. H. hat bereits die Sachrüge Erfolg; auf die Verfahrensbeanstandungen dieses Angeklagten kommt es danach nicht mehr an. Der Generalbundesanwalt hat insoweit in seiner Antragschrift, mit der er die Aufhebung des Strafausspruchs beantragt hat, ausgeführt:

"Die Strafkammer hat ohne Rechtsfehler nur eine Tat angenommen. Sie hat indes fehlerhaft weiter angenommen, der Angeklagte sei zur Tatzeit 21 Jahre und zwei Monate alt gewesen (UA S. 2, 19). Die Tat ist jedoch nicht erst und nur am 10. November 2016 - dem Tag der Sicherstellung der Betäubungsmittel - begangen worden, sondern - wie sich aus den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen zu den Abverkäufen aus der Wohnung des Mitangeklagten ergibt - spätestens ab August 2016. Damit hat der am 10. September 1995 geborene Angeklagte die Tat sowohl als Heranwachsender wie auch als Erwachsener im strafrechtlichen Sinne begangen. Gemäß § 32 JGG gilt für mehrere Straftaten, die gleichzeitig abgeurteilt werden und auf die teils Jugendstrafrecht und teils allgemei-

nes Strafrecht anzuwenden wäre, einheitlich das Jugendstrafrecht, wenn das Schwergewicht bei den Straftaten liegt, die nach Jugendstrafrecht zu beurteilen wären; ist dies nicht der Fall, so ist einheitlich das allgemeine Strafrecht anzuwenden. Diese Regelungen gelten gemäß § 105 Abs. 1 JGG auch im Verfahren gegen Heranwachsende und über ihren Wortlaut hinaus entsprechend bei Dauerdelikten sowie (sonstigen) Formen der Beurteilung mehrerer Tatbestandsverwirklichungen als eine Tat wie bei der Bewertungseinheit, da ihr Grundgedanke auf diese Fallgestaltungen gleichfalls zutrifft (BGH NStZ-RR 1996, 250 f.; Eisenberg, JGG, 19. Aufl., § 32 Rn. 2). Ist - wie hier - die deshalb gebotene Überprüfung unterblieben, ob der Angeklagte nach Jugend- oder nach Erwachsenenstrafrecht abzuurteilen ist, so stellt dies einen auf die Sachrüge hin zu beachtenden Mangel dar. Die Entscheidung, bei welchen Teilen einer Tat deren Schwergewicht liegt, betrifft im Wesentlichen eine Tatfrage und kann daher vom Revisionsgericht nur in eingeschränktem Umfang überprüft werden. Gleiches gilt für die Frage, ob dann, wenn die entsprechende Prüfung ergäbe, dass das Schwergewicht bei den Tatteilen liegt, bei deren Begehung der Angeklagte noch nicht ganz 21 Jahre alt war, gemäß § 105 Abs. 1 JGG Jugend- oder Erwachsenenstrafrecht anzuwenden wäre (BGH aaO mwN). Werden - wie hier - entsprechende Erwägungen deshalb nicht angestellt, weil der Tatrichter übersehen hat, dass die Anwendbarkeit des Jugendgerichtsgesetzes überhaupt im Raum steht, können daher nicht eigene Erwägungen des Revisionsgerichts an deren Stelle treten (BGH aaO; NStZ 2016, 101)."

- 5 Dem schließt sich der Senat an.
- 6 b) Die Revision des Angeklagten I. H. hat zum Strafausspruch mit einer Verfahrensrüge Erfolg. Auf die weiteren Verfahrensbeanstandungen und die ebenfalls erhobene Sachrüge kommt es deshalb insoweit nicht an.
- 7 Mit seiner Rüge der Verletzung des § 265 Abs. 1 StPO hat der Beschwerdeführer im Sinne von § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO hinreichend vorgetragen, dass ihm in der Anklageschrift bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gemäß § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG zur Last gelegt und diese Anklage ohne Änderung zugelassen und das Hauptverfahren eröffnet worden war. Mit dem angefochtenen Urteil wurde er wegen Handeltrei-

bens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nach § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG schuldig gesprochen, ohne dass das Landgericht ihn auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts hingewiesen und ihm Gelegenheit zur Verteidigung gegeben hat.

8 Das Urteil beruht im Strafausspruch auf dem Verfahrensfehler. Der Angeklagte konnte sich zwar gegen den vom bewaffneten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nach § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG umfassten Vorwurf wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nach § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG zum Schuldspruch nicht anders verteidigen. Der Senat kann indes nicht ausschließen, dass der Angeklagte - wie mit seiner Gegenerklärung vorgetragen - bei entsprechendem Hinweis ein umfassendes Geständnis bezüglich des verbleibenden, mildereren Tatvorwurfs abgegeben und das Landgericht unter Berücksichtigung dessen auf eine niedrigere Freiheitsstrafe erkannt hätte.

9 3. Zu der vom Landgericht getroffenen Einziehungsentscheidung gilt Folgendes:

10 Die sichergestellten Betäubungsmittel waren - anders als die Tatwerkzeuge wie Feinwaagen, Klemmleistenbeutel und die Elektroschockerlampe - nicht nach § 74 StGB einzuziehen, sondern als Beziehungsgegenstände nach § 33 BtMG. Der Senat hat die Entscheidungsformel dahin geändert, dass die tatsächlich sichergestellten Betäubungsmittelmengen, wie sie sich ausweislich der Urteilsgründe aus der Begutachtung und Verwiegung durch das LKA Niedersachsen ergeben, eingezogen werden; die ungefähren Angaben aus der Anklageschrift waren insoweit nicht maßgeblich.

11 Das sichergestellte Bargeld erlangten die Angeklagten - wie die Strafkammer ausgeführt hat - aus der Tat; nach § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB war deshalb insoweit der Verfall anzuordnen. Auch wenn das Landgericht rechtsirrig von der Anwendbarkeit des § 74 StGB ausgegangen ist, liegt der Sache nach eine Entscheidung über die Anordnung des Verfalls im Sinne von § 316h Satz 2 EGStGB vor, die dazu führt, dass die Vorschriften des Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) nicht anzuwenden sind. Dies hindert vorliegend nicht die Umstellung der Entscheidung über die Einziehung des Bargelds auf die Anordnung des Verfalls insoweit. Insbesondere liegt mit Blick auf den niedrigen Betrag und die von den Angeklagten getätigten Umsätze mit Betäubungsmitteln in der Verfallsanordnung ersichtlich keine unbillige Härte im Sinne von § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB aF.

Becker

Schäfer

Gericke

Tiemann

Hoch