

HRRS-Nummer: HRRS 2016 Nr. 1182

Bearbeiter: Karsten Gaede/Marc-Philipp Bittner

Zitiervorschlag: HRRS 2016 Nr. 1182, Rn. X

## BGH 2 StR 326/16 - Beschluss vom 5. Oktober 2016 (LG Erfurt)

**Konkurrenzen.**

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

### Leitsatz des Bearbeiters

**Bewaffnetes Handeltreiben in nicht geringer Menge schließt zwar grundsätzlich eine gleichzeitig verwirklichte bewaffnete Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge aus, doch gilt dies nicht für eine Teilmenge, die für den Eigenkonsum vorgesehen ist und daher von der Handelsmenge nicht erfasst wird.**

### Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Erfurt vom 20. April 2016

a) im Schuldspruch - auch hinsichtlich des Mitangeklagten S. - dahingehend geändert, dass der Angeklagte P. wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit bewaffneter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und der Mitangeklagte S. wegen Beihilfe zum bewaffneten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit bewaffneter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge schuldig sind,

b) im Strafausspruch sowie in der Anordnung über den Vorwegvollzug der Strafe, auch soweit es den Mitangeklagten S. betrifft, 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.

### Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt, die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angeordnet und eine Entscheidung zum Vorwegvollzug der Strafe getroffen. Die auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen ist sie unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO). Die Entscheidung ist gemäß § 357 StPO auf den nicht revidierenden Mitangeklagten S. zu erstrecken. 1

1. Der Schuldspruch hinsichtlich des Angeklagten P. war um eine tateinheitliche Verurteilung wegen bewaffneter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge hinsichtlich des eingeführten Crystal, das zum Eigenverbrauch dienen sollte, zu ergänzen. Soweit die Strafkammer (allein) wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verurteilt hat, erfasst dies nur (was die Strafkammer - wie sich der Begründung der Strafzumessungsentscheidung entnehmen lässt, in der sie zu Lasten des Angeklagten den gesamten Wirkstoffgehalt der sichergestellten Betäubungsmittel berücksichtigt - übersehen hat) den Teil der Betäubungsmittel, der zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmt war. Bewaffnetes Handeltreiben in nicht geringer Menge schließt zwar grundsätzlich eine gleichzeitig verwirklichte bewaffnete Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge aus, doch gilt dies nicht für eine Teilmenge, die für den Eigenkonsum vorgesehen ist und daher von der Handelsmenge nicht erfasst wird (BGH, Beschluss vom 16. Februar 2000 - 3 StR 22/00). 2

Dieser Beurteilung steht nicht entgegen, dass das Gericht keine genauen Feststellungen dazu getroffen hat, welcher Teil der Betäubungsmittel konkret für den Eigenkonsum und welcher für die gewinnbringende Weiterveräußerung vorgesehen war. Das Landgericht ist davon ausgegangen, dass jedenfalls die größte Menge gewinnbringend weiterveräußert werden sollte. Dies trägt bei einer Gesamtmenge von 590 Gramm mit einem Wirkstoffgehalt von 62,56% ohne Weiteres die Annahme von (bewaffneten) Handeltreiben in nicht geringer Menge. Aber auch hinsichtlich der Eigenverbrauchsmenge ist vom Vorliegen einer nicht geringen Menge, die beim festgestellten Wirkstoffgehalt schon bei 8 Gramm erreicht wäre, auszugehen. Der Mitangeklagte S. sollte 5 Gramm Crystal aus der Menge zum Eigenkonsum erhalten; zudem stellt das Landgericht fest, dass sich der betäubungsmittelabhängige Angeklagte, der 3

täglich zwischen 3 und 4 Gramm Crystal konsumierte, auch aus der erworbenen Menge bedienen würde (UA S. 14).

§ 265 Abs. 1 StPO steht der Änderung des Schuldspruchs nicht entgegen, da sich der geständige Angeklagte nicht anders hätte verteidigen können. 4

Die Schuldspruchänderung, die bei formaler Betrachtung zwar zu einer Erweiterung des Schuldspruchs führt, in der Sache aber angesichts eines zu großen Schuldumfangs beim Delikt des bewaffneten Handeltreibens zur Reduktion des Schuldvorwurfs führt, war gemäß § 357 StPO auf den zur Haupttat des Angeklagten P. beihilfeleistenden Mitangeklagten S. zu erstrecken. 5

2. Die Schuldspruchänderung bedingt die Aufhebung des Strafausspruchs, dem die Strafkammer entsprechend ihrer unzutreffenden rechtlichen Würdigung - wie oben dargelegt - einen zu großen Schuldumfang zugrunde gelegt hat. Bei der für den Angeklagten günstigsten Annahme, dass nur etwas mehr als die Hälfte der erworbenen Betäubungsmittel zum Verkauf bestimmt gewesen wäre, hätte die Strafkammer lediglich strafscharfend berücksichtigen dürfen, dass insoweit die nicht geringe Menge des Handeltreibens um mehr als das 35-fache überschritten gewesen wäre. Soweit sie im Rahmen der Strafraumenwahl wie auch bei der konkreten Strafzumessung eine Überschreitung um mehr als das 70-fache zu Lasten des Angeklagten eingestellt hat, ist - trotz des Umstands, dass auch die Eigenverbrauchsmenge bei der Strafzumessung, allerdings nicht mit dem gleichen Gewicht, zu berücksichtigen gewesen wäre - nicht auszuschließen, dass sie bei zutreffender Würdigung zu einer niedrigeren Freiheitsstrafe gelangt wäre. Dies bedingt die Aufhebung des Strafausspruchs. 6

Der neue Tatrichter wird eine Neubewertung des Schuldumfangs auf der Grundlage weiterer Feststellungen vorzunehmen haben, die den bisherigen nicht widersprechen. 7

Auch insoweit war die Entscheidung auf den nicht revidierenden Mitangeklagten S. zu erstrecken; das Landgericht hat auch zu seinen Lasten ausdrücklich berücksichtigt, dass die Grenze zur nicht geringen Menge um mehr als das 70fache bei der Tat überschritten worden sei (UA S. 17). 8

3. Die Aufhebung des Strafausspruchs zieht den Wegfall des Ausspruchs über den Vorwegvollzug der Strafe nach sich, auch hinsichtlich des Mitangeklagten S., gegen den ebenfalls eine Maßregelverordnung nach § 64 StPO ergangen ist. 9

Unberührt bleiben die gegen den Angeklagten und den Mitangeklagten S. angeordneten Maßregelaußprüche (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Juni 2016 - 1 StR 72/16). 10