

**Bearbeiter:** Ulf Buermeyer

**Zitiervorschlag:** BGH 3 StR 349/02, Urteil v. 13.02.2003, HRRS-Datenbank, Rn. X

---

**BGH 3 StR 349/02 - Urteil vom 13. Februar 2003 (LG Hannover)**

**Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Strafzumessung (Gesetzeskonkurrenz; besonders schwerer Fall; minder schwerer Fall; Sperrwirkung des verdrängten Delikts hinsichtlich seiner Mindeststrafe; Strafraumen; gesetzgeberische Korrektur).**

**§ 30 a BtMG; § 52 StGB; § 29 Abs. 1 BtMG; § 250 Abs. 3 StGB; § 177 Abs. 5 StGB**

Leitsätze

1. Bei der Anwendung des minder schweren Falles nach § 30 a Abs. 3 BtMG ist die Sperrwirkung der höheren Mindeststrafe eines verdrängten Tatbestandes wie dem des § 29 a Abs. 1, § 30 Abs. 1 BtMG zu beachten, sofern nicht auch insoweit ein minder schwerer Fall gegeben ist. (BGHR)

2. Der Senat verkennt nicht, dass sich damit bei § 30 a Abs. 3 BtMG ein sehr schmaler Strafraumen ergibt und dass das Fehlen eines Bereiches, in er sich mit dem Strafraumen des § 30 a Abs. 2 überlappt, die Strafzumessung in Grenzfällen erschwert. Doch ist dies auf die wenig geglückte Harmonie der Strafraumen des Betäubungsmittelstrafrechts zurückzuführen. Hier könnte eine § 250 Abs. 3 StGB und § 177 Abs. 5 StGB - jeweils idF des 6. StrRG - entsprechende Korrektur angezeigt sein. (Bearbeiter)

Entscheidungstenor

1. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft betreffend den Angeklagten M. und die Revision dieses Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Hannover vom 29. Mai 2002

a) im Schuldspruch dahin geändert, daß der Angeklagte M. des bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Ausüben der tatsächlichen Gewalt über einen verbotenen Gegenstand schuldig ist und

b) in dem diesen Angeklagten betreffenden Strafausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.

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

2. Die Revision des Angeklagten K. und die weitergehenden Revisionen der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten M. werden verworfen.

3. Der Angeklagte K. hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen. Die durch das zum Nachteil des Angeklagten K. eingelegte Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft entstandenen Kosten und die insoweit diesem Angeklagten entstandenen notwendigen Auslagen fallen der Staatskasse zur Last.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten K. wegen Einfuhr von Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln jeweils in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und den Angeklagten M. wegen "Einfuhr in Tateinheit mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln jeweils in nicht geringer Menge (Heroin und Kokain), und zwar jeweils unter Mitführen eines Gegenstandes, der nach seiner Art zur Verletzung von Personen geeignet und bestimmt ist (Schlagring) jeweils in Tateinheit mit einem Verstoß gegen das Waffengesetz" zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und zehn Monaten verurteilt. Nach den Feststellungen haben die Angeklagten gemeinsam mit dem bereits rechtskräftig verurteilten Mittäter A. 3864,94 g Heroin und 493,97 g Kokain in den Niederlanden erworben und über die deutsche Grenze eingeführt, um die Drogen gewinnbringend weiterzuverkaufen. Dabei hatte der Angeklagte M. ohne Kenntnis seiner Mittäter einen Schlagring bei sich. 1

Gegen das Urteil haben die Angeklagten und - zu ihren Ungunsten - auch die Staatsanwaltschaft Revision eingelegt. 2

I. Verurteilung des Angeklagten M. 3

Die den Angeklagten M. betreffenden Revisionen haben teilweise Erfolg. 4

1. Der Schuldspruch war zu ändern, da neben bewaffnetem Handeltreiben eine Verurteilung wegen bewaffneter Einfuhr nicht möglich ist. Dies folgt schon aus dem Wortlaut des § 30 a Abs. 2 Nr. 2 BtMG: "wer ... ohne Handel zu treiben, einführt ..." (vgl. BGH NStZ-RR 2000, 91). Im übrigen hat die Nachprüfung des Schuldspruchs keinen Rechtsfehler ergeben. 5

2. Der Strafausspruch hat dagegen keinen Bestand. Denn die Strafkammer hat infolge eines unrichtigen rechtlichen Ausgangspunktes bei der Strafzumessung einen falschen Strafrahmen zugrunde gelegt. 6

Das Landgericht hat ausgeführt, daß der Angeklagte M. wegen des Mitsichführens eines Schlagringes zwar den Straftatbestand des § 30 a Abs. 2 Nr. 2 BtMG erfüllt habe, daß jedoch wegen der vergleichsweise minderen Gefährlichkeit dieses Gegenstandes ein minder schwerer Fall nach § 30 a Abs. 3 BtMG "begründet" sei (UA S. 7). Dies führe zu einer Anwendung des Tatbestandes des § 30 Abs. 1 BtMG, zumal ein minder schwerer Fall nach § 30 Abs. 2 BtMG nicht gegeben sei. 7

a) Dieses Vorgehen ist in zweifacher Hinsicht rechtsfehlerhaft. 8

Zum einen hat die Strafkammer für die Prüfung, ob ein minder schwerer Fall nach § 30 a Abs. 3 BtMG gegeben ist, ersichtlich allein auf die mindere Gefährlichkeit des Gegenstandes abgestellt und andere Aspekte unberücksichtigt gelassen. Nach ständiger Rechtsprechung ist für das Vorliegen eines minder schweren Falles jedoch entscheidend, ob das gesamte Tatbild einschließlich aller subjektiven Momente und der Täterpersönlichkeit vom Durchschnitt der erfahrungsgemäß vorkommenden Fälle in einem so erheblichen Maß abweicht, daß die Anwendung des milderen Strafrahmens geboten erscheint (vgl. BGHR BtMG § 30 Abs. 2 Wertungsfehler 3). Dies gilt auch für § 30 a Abs. 3 BtMG. 9

Zum anderen werden durch die Annahme des schwereren Qualifikationstatbestandes des § 30 a Abs. 2 Nr. 2 BtMG sowohl der Grundtatbestand des § 29 Abs. 1 BtMG als auch die Qualifikation nach § 30 Abs. 1 BtMG verdrängt. Dies führt dazu, daß deren Strafrahmen grundsätzlich auch dann unanwendbar bleiben, wenn ein minder schwerer Fall nach § 30 a Abs. 3 BtMG angenommen wird (BGHR BtMG § 30 a Konkurrenzen 2; BGH, Beschl. vom 22. Februar 2000 - 5 StR 1/00). 10

b) Allerdings darf bei Anwendung des minder schweren Falles nach § 30 a Abs. 3 BtMG die Strafe nicht milder sein als nach dem Strafrahmen der verdrängten Vorschrift des § 30 Abs. 1 BtMG, sofern nicht ausnahmsweise auch die Voraussetzungen eines minder schweren Falles nach § 30 Abs. 2 BtMG gegeben sind. Denn beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln steht der Qualifikationstatbestand des bewaffneten Handeltreibens nach § 30 a Abs. 2 Nr. 2 BtMG in Gesetzeskonkurrenz zum Grundtatbestand nach § 29 Abs. 1 BtMG ebenso wie zu den weiteren Qualifikationstatbeständen nach § 29 a Abs. 1 und § 30 Abs. 1 BtMG (Grundsatz der Spezialität, vgl. Rissing/van Saan in LK 11. Aufl. vor § 52 Rdn. 84). Bei Gesetzeskonkurrenz entfaltet jedoch ebenso wie bei Tateinheit (§ 52 Abs. 2 Satz 2 StGB) das zurücktretende Delikt eine Sperrwirkung hinsichtlich der Mindeststrafe (st. Rspr.; vgl. BGHSt 1, 152, 156; 8, 46, 52; 19, 188, 189; BGH NStZ 2001, 419; Pfister NStZ-RR 2000, 358 f.). Auf diese Weise wird wenigstens bei der unteren Begrenzung des Strafrahmens der Wertungswiderspruch vermieden, der entstehen würde, wenn ein Täter des § 30 Abs. 1 BtMG durch das Beisichführen eines - wenn auch nur eingeschränkt gefährlichen - Gegenstandes im Sinne des § 30 a Abs. 2 Nr. 2 zwar zusätzlich einen weiteren Qualifikationstatbestand erfüllt, aber bei Anwendung der Strafrahmensmilderung nach § 30 a Abs. 3 BtMG besser gestellt werden würde als ein Mittäter, der keinen solchen Gegenstand bei sich hat. 11

Das Landgericht hätte daher bei richtigem Vorgehen nach einer Gesamtabwägung aller erheblichen Faktoren entscheiden müssen, ob der Normalstrafrahmen des § 30 a Abs. 2 BtMG von fünf bis 15 Jahren Freiheitsstrafe oder der des minder schweren Falles nach Abs. 3, der allerdings nach unten durch die Mindeststrafe des § 31 Abs. 1 BtMG begrenzt wird und somit von zwei bis fünf Jahren reicht, angemessen erscheint. In diese Abwägung hätte es dabei neben der minderen Gefährlichkeit des Gegenstandes auch die tatbezogenen Umstände wie insbesondere Art, Qualität und Menge der Drogen, Gewicht des Tatbeitrags sowie die täterbezogenen Aspekte wie Vorstrafen, Bewährungsversagen, Geständnis, Aufklärungsbemühungen u. ä. einbeziehen müssen. Ergeben dabei die 12

straferschwerenden Faktoren, daß die Tat trotz einer minderen Gefährlichkeit der Bewaffnung mit dem Strafraumen des minder schweren Falles nach § 30 a Abs. 3 BtMG nicht schuldangemessen geahndet werden kann, verbietet sich eben dessen Anwendung.

Der Senat verkennt nicht, daß damit der Strafraumen des § 30 a Abs. 3 BtMG nur auf einen schmalen Umfang beschränkt wird und daß das Fehlen eines Bereiches, in dem sich beide Strafraumen überlappen, die Strafzumessung in Grenzfällen erschwert. Doch ist dies auf die wenig geglückte Harmonie der Strafraumen des Betäubungsmittelstrafrechts zurückzuführen. Die Strafraumensituation entspricht der des schweren Raubs nach altem Recht. Auch diese war als systemwidrig und unbefriedigend empfunden worden; ihr hat jedoch der Gesetzgeber neben einer Abstufung der Mindeststrafe nach § 250 Abs. 1 und 2 StGB nF durch eine angemessene Erhöhung des Strafraumens für minder schwere Fälle nach § 250 Abs. 3 StGB nF auf ein bis zehn Jahre Freiheitsstrafe Rechnung getragen (vgl. aml. Begr. BTDrucks. 13/8587 S. 44). 13

Auch bei den Qualifikationstatbeständen des § 177 StGB in Abs. 3 und 4 ist der Strafraumen für minder schwere Fälle auf eine Spanne von einem bis zehn Jahre angehoben worden (§ 177 Abs. 5 Halbs. 2 StGB). Eine entsprechende Korrektur könnte auch bei § 30 a BtMG angezeigt sein. 14

c) Der aufgezeigte Rechtsfehler führt zur Aufhebung des Strafausspruches auf die zu Ungunsten eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft, aber auch auf die des Angeklagten. Denn es ist nach Sachlage weder auszuschließen, daß die Strafkammer bei richtigem Vorgehen den schwereren Strafraumen des § 30 a Abs. 2 BtMG angewandt und zu einer höheren Strafe gelangt wäre, noch daß sie einen minder schweren Fall nach § 30 a Abs. 3 BtMG angenommen und somit einen in der Obergrenze niedrigeren Strafraumen als den des § 31 Abs. 1 BtMG zugrunde gelegt hätte. 15

II. Verurteilung des Angeklagten K. 16

Die Revision des Angeklagten K. ist zulässig, da die Rücknahme der Revision durch die unzutreffende Auskunft des Gerichts veranlaßt worden ist, die Staatsanwaltschaft habe kein Rechtsmittel eingelegt (vgl. BGH StV 2001, 556). Sein Rechtsmittel ist jedoch ebenso wie die zu seinem Nachteil eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft offensichtlich unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. 17