

HRRS-Nummer: HRRS 2011 Nr. 135

Bearbeiter: Ulf Buermeyer

Zitiervorschlag: BGH HRRS 2011 Nr. 135, Rn. X

BGH 3 StR 75/10 - Beschluss vom 27. April 2010 (LG Oldenburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Eigennützigkeit; Gewinnstreben); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Vorwegvollzug).

§ 29 BtMG; § 30a BtMG; § 64 StGB; § 67 StGB

Entscheidungstenor

1. Auf die Revision der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Oldenburg vom 12. November 2009 mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben

a) im Fall II. A. der Urteilsgründe,

b) im Ausspruch über die Gesamtstrafe,

c) soweit eine Entscheidung über die Reihenfolge der Vollstreckung der Freiheitsstrafe und der Maßregel unterblieben ist.

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. Der Schuldspruch des vorgenannten Urteils wird im Übrigen berichtigt und zur Klarstellung dahin neu gefasst, dass die Angeklagte des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 18 Fällen, des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln in jeweils nicht geringer Menge sowie des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in zwei Fällen schuldig ist.

3. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe

Das Landgericht hat die Angeklagte "des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in 22 Fällen, davon in 20 Fällen mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, wobei sie in einem Fall eine Schusswaffe sowie einen sonstigen Gegenstand, der seiner Art nach zur Verletzung von Personen geeignet und bestimmt ist, mit sich führte und in zwei Fällen tateinheitlich unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge vorlag", schuldig gesprochen und sie zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Außerdem hat es die Unterbringung der Angeklagten in einer Entziehungsanstalt sowie den Verfall von Wertersatz in Höhe von "550,- € Bargeld" angeordnet. Mit ihrer auf die Sachrüge gestützten Revision wendet sich die Angeklagte gegen dieses Urteil. Das Rechtsmittel hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg. Im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. 1

1. Im Fall II. A. tragen die Feststellungen den Schuldspruch wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln gemäß § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG nicht, da den Urteilsgründen ein eigennütziges Handeln der Angeklagten nicht zu entnehmen ist. Der Generalbundesanwalt hat in seiner Antragschrift hierzu Folgendes ausgeführt: 2

"Unter Handeltreiben ist jedes eigennützige Bemühen zu verstehen, das darauf gerichtet ist, den Umsatz von Betäubungsmitteln zu ermöglichen oder zu fördern (BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 70). Eigennützig handelt, wer vom Streben nach Gewinn geleitet wird oder sich irgendeinen anderen persönlichen Vorteil verspricht, durch den er materiell oder - bei entsprechender Sachlage - immateriell besser gestellt wird (BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 2, 26, 33, 34). Die Strafkammer hat festgestellt, dass der in Strafhafte befindliche drogenabhängige Lebensgefährte der Angeklagten, R., und sein Mithäftling E. den Zeugen V. aufforderten, für sie und für andere 3

Inhaftierte Heroin bei der Angeklagten abzuholen (UA S. 5). Anlässlich eines Besuchs bei der Angeklagten habe diese den Zeugen gefragt, ob er etwas für ihren Freund mitnehmen könne und ihm schließlich 12 Gramm Heroin in Kugeln zu je 3 Gramm abgepackt und ausgehändigt (UA S. 6). Zu einer Bezahlung der Betäubungsmittel verhalten sich die Urteilsgründe nicht. Auch lassen sie nicht erkennen, ob R. und E. diese mit Wissen der Angeklagten in der Justizvollzugsanstalt gewinnbringend zu veräußern beabsichtigten. Die Feststellung, dass sie von dem Zeugen V. die Bezahlung der verloren geglaubten Betäubungsmittel verlangten (UA S. 6), lässt keinen zureichenden Schluss auf geplante Rauschgiftgeschäfte in der Justizvollzugsanstalt zu, welche die Angeklagte gegebenenfalls hätte ermöglichen oder fördern wollen. Auch geht aus den Feststellungen nicht hervor, dass für die Angeklagte mit der Aushändigung der Betäubungsmittel an den Zeugen V. irgendein sonstiger materieller oder immaterieller Vorteil verbunden war. Angesichts der Tatumstände erscheint es jedenfalls nicht fernliegend, dass die Angeklagte die Betäubungsmittel ihrem drogenabhängigen Lebensgefährten zukommen lassen wollte, ohne damit einen Gewinn oder anderweitigen Vorteil zu erstreben."

Dem schließt sich der Senat an.

4

Der Senat sieht davon ab, den Schuldspruch auf Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge umzustellen, da nicht auszuschließen ist, dass in der neuen Hauptverhandlung Feststellungen getroffen werden können, die eine Verurteilung der Angeklagten wegen täterschaftlichen oder mittäterschaftlichen Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge oder - im Falle fehlenden eigennützligen Handelns der Angeklagten - (auch) wegen Beihilfe zum Handelns ihres Lebensgefährten tragen. Bei Annahme täterschaftlichen oder mittäterschaftlichen Handelns der Angeklagten mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge wird der neue Tatrichter mit Blick auf den Qualifikationstatbestand des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG Gelegenheit haben, den Ladezustand der Schreckschusspistole festzustellen (BGH NSTZ 2006, 176, 177). Sollte die neue Hauptverhandlung zu einer Verurteilung der Angeklagten wegen (ggfs. tateinheitlich zum Betäubungsmittelbesitz begangener) Beihilfe zum Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge führen, weist der Senat rein vorsorglich darauf hin, dass allein die Bewaffnung des Gehilfen nicht die Verurteilung wegen Beihilfe zum bewaffneten Betäubungsmittelhandel rechtfertigen kann (BGH NSTZ-RR 2002, 277; BGH StV 2005, 558).

5

2. Im Übrigen tragen die Urteilsfeststellungen nur in einem Fall - im Fall II. C. 3. der Urteilsgründe - eine tateinheitliche Verurteilung der Angeklagten wegen Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge. Soweit der Tenor des angefochtenen Urteils eine tateinheitliche Verurteilung wegen Besitzes von Betäubungsmitteln in zwei tateinheitlichen Fällen ausweist, ist der verbleibende Schuldspruch deshalb zu berichtigen. Der ersichtlich auf ein Zählversehen zurückgehende Rechtsfehler hat sich bei Bemessung der verbleibenden Einzelstrafen nicht ausgewirkt. Darüber hinaus hat der Senat den von der Aufhebung nicht erfassten Teil des Schuldspruchs zum besseren Verständnis neu gefasst.

6

Die Aufhebung des Schuld- und Strafausspruchs im Fall II. A. zieht die Aufhebung der Gesamtfreiheitsstrafe nach sich.

7

3. Das Landgericht hat es schließlich rechtsfehlerhaft unterlassen zu prüfen, ob ein Teil der verhängten Gesamtfreiheitsstrafe vor der Maßregel nach § 64 StGB zu vollziehen ist (§ 67 Abs. 2 Satz 2 und 3 StGB). Insoweit schließt sich der Senat den folgenden Ausführungen in der Antragschrift des Generalbundesanwalts an:

8

"Die Aufhebung des Schuldspruchs in Fall II. A. nötigt nicht zur Aufhebung des Maßregelausspruchs, da die Anordnung der Unterbringung gemäß § 64 StGB auch bei Aufhebung der Verurteilung wegen der Tat zu Ziffer II. A. revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist. Die Strafkammer hat es jedoch rechtsfehlerhaft unterlassen, die Reihenfolge der Vollstreckung gemäß § 67 Abs. 2 Satz 2, 3 StGB zu bestimmen. Danach soll das Gericht bei Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 StGB neben einer zeitigen Freiheitsstrafe von über drei Jahren bestimmen, dass ein Teil der Strafe vor der Maßregel zu vollziehen ist. Dieser Teil der Strafe ist so zu bemessen, dass nach seiner Vollziehung und einer anschließenden Unterbringung eine Entscheidung über die Aussetzung der Reststrafe zur Bewährung nach § 67 Abs. 5 Satz 1 StGB möglich ist. Der Angeklagte ist durch die unterbliebene Anwendung von § 67 Abs. 2 StGB beschwert, weil die von § 67 Abs. 1 StGB abweichende Vollstreckungsreihenfolge auch der Sicherung des Therapieerfolges dient und bei dessen Eintritt die Möglichkeit besteht, dass der Angeklagte unter Anrechnung der Unterbringungsdauer schon zum Halbstrafenzeitpunkt entlassen wird (BGH, Beschl. vom 21. August 2007 - 3 StR 263/07; Fischer StGB 57. Auflage § 67 Rdn. 10)."

9