

**Bearbeiter:** Karsten Gaede

**Zitiervorschlag:** BGH 4 StR 657/98, Urteil v. 11.02.1999, HRRS-Datenbank, Rn. X

---

**BGH 4 StR 657/98 - Urteil v. 11. Februar 1999 (LG Dortmund)**

**BGHSt 44, 361; Fehlerhafte Besetzung; Präklusion; Doppelverwertungsverbot; Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Strafschärfende Erwägung; Durchschnittlicher Wirkungsgehalt von Ecstasy.**

**§ 46 Abs. 3 StGB 1998; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG 1981; § 222b Abs. 1 StPO; § 338 Nr. 1 StPO; § 76 Abs. 2 GVG**

Leitsätze des Bearbeiters/BGH

**1. Die Revision kann auf die Verfahrensrüge, das Landgericht habe in erster Instanz fehlerhaft in der Besetzung mit zwei statt mit drei Berufsrichtern verhandelt, weil kein Beschluß nach § 76 Abs. 2 GVG gefaßt wurde, nur dann gestützt werden, wenn dieser Einwand rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form in der Hauptverhandlung geltend gemacht worden ist. (BGHSt)**

**2. Die strafschärfende Erwägung, das unerlaubte Handeltreiben mit Betäubungsmitteln sei die "verwerflichste Tatvariante des § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG", verstößt für sich allein genommen - als bloße "Leerformel" - gegen das Doppelverwertungsverbot. (BGHSt)**

**3. Zur Feststellung des durchschnittlichen Wirkungsgehalts bei Ecstasy-Tabletten.**

Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Dortmund vom 15. Juli 1998 im Strafausspruch mit den Feststellungen 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.
3. Die weiter gehende Revision wird verworfen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in vier Fällen und wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in sieben Fällen -zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und vier Monaten verurteilt. Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit seiner Revision, mit der er das Verfahren beanstandet und die Verletzung sachlichen Rechts rügt. Das Rechtsmittel hat zum Strafausspruch Erfolg; im übrigen ist es unbegründet. 1

Die Verfahrensbeschwerden dringen nicht durch. 2

1. Die Rüge fehlerhafter Besetzung des Gerichts (§ 338 Nr. 1 StPO) bleibt ohne Erfolg, weil die Revision infolge Präklusion von der Rüge ausgeschlossen ist (§ 338 Nr. 1 Halbsatz 2 i.V.m. §§ 222a, 222b StPO): 3

a) Die Revision beanstandet an sich zu Recht, daß das Landgericht in der Besetzung mit zwei - anstatt mit drei - Berufsrichtern (und zwei Schöffen) entschieden hat, obwohl es einen dahin gehenden Beschluß nach § 76 Abs. 2 GVG nicht gefaßt hatte. Ein solcher Beschluß war hier ungeachtet dessen zulässig - aber auch erforderlich -, daß das Hauptverfahren zunächst vor dem Schöffengericht eröffnet worden war, das die Sache gemäß § 270 Abs. 1 Satz 1 StPO an das Landgericht verwiesen hatte. Zwar sieht § 76 Abs. 2 GVG nach seinem Wortlaut die Möglichkeit für die Große Strafkammer, in dieser Weise über seine Besetzung zu beschließen, (nur) "bei der Eröffnung des Hauptverfahrens" vor. Nach Sinn und Zweck dieser durch das Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege vom 11. Januar 1993 (BGBl. I 50) eingeführten Regelung (vgl. BTDRs. 12/1217 S. 19, 46 f.) kann aber nichts anderes gelten, wenn die Zuständigkeit des Landgerichts durch eine Verweisung der Sache nach §§ 225a, 270 StPO begründet wird (vgl. zur Anwendung der entsprechenden Vorschrift des § 33b Abs. 2 JGG für die Jugendkammer als Berufungsgericht BGHR 4

JGG § 33b Abs. 2 Besetzungsentscheidung 1; ferner Kleinknecht/Meyer-Goßner StPO 43. Aufl. GVG § 76, Rdn. 4; a.A. wohl Böttcher/Mayer NStZ 1993, 153, 158).

b) Das Fehlen des Beschlusses nach § 76 Abs. 2 GVG hat zur Folge, daß die Strafkammer in der regulären Besetzung mit drei Berufsrichtern und zwei Schöffen (§ 76 Abs. 1 Satz 1 GVG) hätte verhandeln müssen, sie mithin nicht vorschriftsmäßig besetzt war (Schlothauer StV 1993, 147, 150). Dabei kann dahinstehen, ob § 76 Abs. 2 GVG die Beschlußfassung nunmehr auch dann gebietet, wenn wegen des Umfangs oder der Schwierigkeit der Sache die Strafkammer mit drei Berufsrichtern besetzt ist (§ 76 Abs. 2 letzte Alt. StPO; in diesem Sinne BTDRs. 12/1217 S. 47; ebenso wohl Kissel GVG 2. Aufl. § 76 Rdn. 4, 5; verneinend Rieß in Löwe/Rosenberg GVG 24. Aufl. Anhang Rdn. 46 m.w.N.). Jedenfalls hat das Entlastungsgesetz, wie die dem § 76 Abs. 2 GVG vorangehende und - soweit hier von Interesse - unverändert gebliebene Regelung des Absatzes 1 Satz 1 der Vorschrift zeigt, die gesetzliche Regelbesetzung der Strafkammer mit drei Berufsrichtern unangetastet gelassen, die deshalb auch dann maßgebend ist, wenn eine ausdrückliche Beschlußfassung unterbleibt (Rieß aaO; Siegismund/Wickern wistra 1993, 136, 139).

c) Die Revision kann die fehlerhafte Besetzung jedoch nicht rügen, weil der Angeklagte und sein Verteidiger weder den in § 222b Abs. 1 StPO vorgesehenen Besetzungseinwand in der Hauptverhandlung erhoben noch die Unterbrechung der Hauptverhandlung zur Prüfung der Besetzung (§ 222a Abs. 2 StPO) beantragt haben (§ 338 Nr. 1 Halbsatz 2 StPO). Die Besetzung der Strafkammer für die am 26. Juni 1998 beginnende Hauptverhandlung wurde dem Angeklagten und dem Verteidiger mit Verfügung des Vorsitzenden vom 25. Mai 1998 gemäß § 222a Abs. 1 StPO mitgeteilt (SA Bd. 11 Bl. 340). Hiernach konnte der Einwand, daß das Gericht "vorschriftswidrig besetzt" sei, nach § 222b Abs. 1 Satz 1 StPO nur bis zum Beginn der Vernehmung des Angeklagten in der Hauptverhandlung geltend gemacht werden.

Entgegen der Auffassung der Revision war der Einwand zur Erhaltung der Besetzungsrüge auch nicht etwa entbehrlich. Der Senat teilt nicht die Auffassung, die durch das Strafverfahrensänderungsgesetz 1979 vom 5. Oktober 1978 (BGBl. I 1645) eingeführte Präklusionsregelung für Besetzungsrügen sei auf den hier zu entscheidenden Fall deshalb nicht anwendbar, weil bis zum Inkrafttreten des § 76 Abs. 2 GVG die Strafkammer ausnahmslos mit drei Berufsrichtern besetzt gewesen sei und deshalb §§ 222b, 338 Nr. 1 Halbsatz 2 StPO die Besetzungsrüge in der Revision nur dann ausschließen, wenn die Vorschriftswidrigkeit die Personelle Zusammensetzung, nicht aber auch die Größe der Strafkammer, also die zahlenmäßige Besetzung betreffe. Es spricht nichts dafür, der Gesetzgeber hätte die mit § 76 Abs. 2 GVG zur Entlastung geschaffene "reduzierte" Besetzung im Widerspruch zu dieser Zielsetzung von der Präklusionswirkung ausnehmen wollen. Der Wortlaut der unverändert gebliebenen Vorschriften der §§ 222b, 338 Nr. 1 StPO, der unterschiedlos auf "die vorschriftswidrige Besetzung" abstellt, gibt hierfür nichts her. Auch der gesetzgeberische Zweck der Rügepräklusion, die im Interesse der Verfahrensbeschleunigung dazu beitragen soll, die Urteilsaufhebung wegen eines - in aller Regel nur auf Irrtum beruhenden - Besetzungsfehlers zu vermeiden (vgl. Gollwitzer in Löwe/Rosenberg StPO 25. Aufl. § 222a und § 222b, jew. Rdn. 1 m.N.), spricht nicht für eine Beschränkung des Anwendungsbereichs der Vorschriften auf die personelle Zusammensetzung des Gerichts. Hat deshalb die Strafkammer zwar die Besetzung mit zwei Berufsrichtern nach § 76 Abs. 2 Halbsatz 1 GVG beschlossen, wird aber (erst) mit der Revision gerügt, die Besetzung der Strafkammer sei fehlerhaft gewesen, weil Umfang oder Schwierigkeit der Sache die Zuziehung eines dritten Richters erfordert hätten (§ 76 Abs. 2 Halbsatz 2 GVG), so gibt es (ungeachtet der ohnehin nur eingeschränkten Überprüfbarkeit der Entscheidung; vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner aaO GVG § 76 Rdn. 8 i.V.m. § 74 Rdn. 10) keinen überzeugenden Grund, die Präklusionswirkung zu verneinen, wenn der Besetzungseinwand nicht entsprechend § 222b StPO in der Hauptverhandlung geltend gemacht worden ist. Fehlt der Beschluß nach § 76 Abs. 2 GVG, so kann im Ergebnis nichts anderes gelten (wie hier Rieß aaO Rdn. 52).

d) Maßgebend für die Präklusion ist, ob die Prüfung der ordnungsgemäßen Zusammensetzung des Gerichts bereits zu Beginn des Verfahrens durchführbar und den Verfahrensbeteiligten, die insoweit Zweifel haben, auch zuzumuten ist (vgl. Gollwitzer aaO § 222b Rdn. 1). Aus diesem Grund sind von der Präklusionswirkung nach der Rechtsprechung für den Rügeberechtigten objektiv nicht erkennbare Besetzungsfehler (vgl. dazu BGHR StPO § 338 Nr. 1 Schöffe 5) sowie solche ausgeschlossen, die sich allein aus Mängeln in der Person des Richters ergeben oder erst im Laufe der Hauptverhandlung eintreten (BGHSt 34, 236; 35, 164, jew. zur Mitwirkung eines blinden Richters; ferner Gollwitzer aaO Rdn. 18, 39 m.N.). Um solch einen Fall handelt es sich hier jedoch nicht.

Der Verteidiger hätte sich unschwer durch Nachfrage beim Gericht oder durch Einblick in die Sachakten Kenntnis darüber verschaffen können, daß ein Besetzungsbeschluß nach § 76 Abs. 2 GVG nicht ergangen war. Dies gilt hier um so mehr, als die Sachakten unter Einschuß der Terminsverfügung des Vorsitzenden dem Verteidiger auf seinen Antrag wenige Tage vor Beginn der Hauptverhandlung noch einmal zur Einsicht überlassen wurden (SA Bd. 11 Bl. 348, 350). Daß der Verteidiger möglicherweise im Vertrauen auf das Vorliegen des erforderlichen Gerichtsbeschlusses nach § 76 Abs. 2 GVG insoweit eine Nachprüfung unterlassen hat, ändert an der Präklusion der Rüge nichts (vgl. BGHR StPO § 338 Nr. 1 Vertreter 4).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, daß erst die Entscheidung der Strafkammer über ihre Besetzung nach § 76 Abs. 2 GVG den gesetzlichen Richter im Sinne von Art. 101 Abs. -1 Satz 2 GG, § 16 Satz 2 GVG bestimmt (Kissel aaO Rdn. 5; Mayr in KK/StPO 3. Aufl. GVG § 76 Rdn. 4; Siegismund/Wickern aaO: "konstitutiv"). Denn durch die Präklusionsregelung wird nicht die Verfassungsgarantie des gesetzlichen Richters als solche angetastet, sondern - in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise (BVerfG Vorprüfungsausschuß -NSTZ 1984, 370, 371) - lediglich ihre zeitliche Geltendmachung (Gollwitzer aaO § 222a Rdn. 1; Schlüchter in SK/StPO § 222a Rdn. 3; Treier in KK/StPO aaO § 222a Rdn. 2).

Im übrigen kann auch nicht unberücksichtigt bleiben, daß der Gesetzgeber mit der Einführung des § 76 Abs. 2 GVG unbeschadet der Befristung der Regelung "grundsätzlich" eine Besetzung -der erstinstanzlich entscheidenden Strafkammern mit zwei Berufsrichtern vorgesehen und die Erwartung verbunden hat, daß diese Besetzung in der Mehrheit der Fälle" zu beschließen sein werde (BTDrs 12/1217 S. 47). Angesichts dieser gesetzgeberischen Intention, der - was die Revision auch nicht in Frage stellt - die "reduzierte" Besetzung der Strafkammer hier entsprach (Kissel aaO Rdn. 3: "Normalfall"- ebenso Böttcher/Mayer aaO; Rieß aaO Rdn. 47; Siegismund/Wickern aaO: kein Ermessen), erscheint es gerechtfertigt, das Fehlen des Besetzungsbeschlusses nach § 76 Abs. 2 GVG jenen Besetzungsmängeln zuzurechnen, auf die die Präklusionsregelung der §§ 222a, 222b, 338 Nr. 1 Halbsatz 2 StPO Anwendung findet (in diesem Sinne auch Rieß aaO Rdn. 52 a.E.).

e) Soweit die Revision in diesem Zusammenhang neben § 338 Nr. 1 StPO als weiteren absoluten Revisionsgrund auch den des § 338 Nr. 5 StPO i.V.m. § 226 StPO geltend macht, verkennt sie, daß für die Rüge der Besetzung der Richterbank allein § 338 Nr. 1 StPO gilt (Pfeiffer StPO 2. Aufl. § 338 Rdn. 17; Hanack in Löwe/Rosenberg StPO 24. Aufl. § 338 Rdn. 80; HK-Temming StPO § 338 Rdn. 22).

2. Auch die Rüge der Verletzung des § 250 StPO hat im Ergebnis keinen Erfolg.

a) Allerdings beanstandet die Revision zu Recht, daß für die auf »Anordnung des Vorsitzenden" (SA Bd. 11 Bl. 369) erfolgte Verlesung der Mitteilung des Evangelischen Krankenhauses Unna weder die Voraussetzungen des § 251 StPO noch die des § 256 StPO vorlagen. Für eine Verlesung nach § 251 Abs. 2 StPO fehlte es bereits an dem nach Absatz 4 Satz 1 der Vorschrift erforderlichen Beschluß des Gerichts. Auf § 256 Abs. 1 Satz 1 StPO konnte die Verlesung nicht gestützt werden, weil das Verfahren gegen den Angeklagten nicht eine Körperverletzung zum Gegenstand hatte (vgl. Kleinknecht/MeyerGoßner aaO § 256 Rdn. 16 m.N.). Unabhängig davon war die Verlesung auch deshalb unzulässig, weil das ärztliche Attest Auskunft darüber gab, was der Zeuge R. seinerzeit den Ärzten gegenüber als Ursache seiner im Krankenhaus behandelten Kopfverletzung angegeben hatte. Indem das Landgericht dies zum Gegenstand der Verhandlung machte (vgl. UA 21/22), hat es den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme verletzt (BGHSt 4, 155, 156; Kleinknecht/Meyer-Goßner aaO § 256 Rdn. 15 m.w.N.).

b) Entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts in seiner Antragsschrift vom 1. Dezember 1998 scheidet die Rüge nicht schon deshalb, weil der Angeklagte und sein Verteidiger es unterlassen haben, gegen die Anordnung des Vorsitzenden eine Entscheidung des Gerichts nach § 238 Abs. 2 StPO herbeizuführen, vielmehr Einwendungen "gegen die Anordnung der Verlesung nicht erhoben" (SA Bd. 11 Bl. 369). Deren bedurfte es hier zum Erhalt der Rüge nicht (vgl. BGH NSTZ 1988, 283; Kleinknecht/Meyer-Goßner aaO § 251 Rdn. 42, § 256 Rdn. 24 m.w.N.).

Die Verfahrensbeschwerde bleibt gleichwohl ohne Erfolg, weil das Urteil. auf dem Verstoß nicht beruht (§ 337 Abs. 1 StPO) Das Landgericht hat nämlich die Einlassung des Angeklagten, der Zeuge R. sei bei einem Vorfall im Sommer 1996 im Zusammenhang mit einem gescheiterten Rauschgiftgeschäft überfallen und beraubt worden, wobei er sich eine Kopfverletzung zugezogen habe (UA 16), schon auf Grund der Angaben dieses Zeugen für widerlegt erachtet, dessen Darstellung von dem Zeugen von S. bestätigt wurde. Die wie die einleitende Wendung "auch..." zeigt (UA 21) - lediglich ergänzend herangezogene Bescheinigung des Krankenhauses war mithin für die Überzeugungsbildung nicht ausschlaggebend, zumal der Angeklagte nach seiner Einlassung die Kenntnis über den fraglichen Vorfall ohnehin nur vom Hörensagen hatte.

1. Die Überprüfung des Urteils aufgrund der Sachrüge hat zum Schuldspruch keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben. Dies gilt auch, soweit das Landgericht ihn in sieben Fällen wegen Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge" (§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG) verurteilt hat.

a) Der Erörterung bedürfen lediglich die Feststellungen zum Wirkstoffgehalt der Ecstasy-Tabletten, mit denen der Angeklagte Handel getrieben hat. Entgegen der Auffassung der Revision fehlt es für die Annahme des Landgerichts, der Wirkstoffgehalt habe "bei allen Lieferungen mindestens bei durchschnittlich 90 mg pro Tablette" gelegen (UA 28), nicht

an einer ausreichenden Tatsachengrundlage. Die Bestimmung des Schuldumfangs und der Nachweis der tatbestandlichen Voraussetzungen der "nicht geringen Menge" erfordern es, daß entweder konkrete Feststellungen über die Qualität des Betäubungsmittels getroffen werden oder daß von der für den Angeklagten günstigsten Qualität ausgegangen wird, die nach den Umständen in Frage kommt (st. Rspr.; BGHSt 33, 8, 15).

b) Diese Grundsätze der Rechtsprechung hat das Landgericht beachtet. Zwar hat der Bundesgerichtshof in der Entscheidung BGHSt: 42, 255 darauf verwiesen, die unterschiedlichen Wirkstoffkombinationen und die Schwankungen in den Wirkstoffkonzentrationen der einzelnen als Ecstasy vertriebenen Tabletten ließen die ausreichend sichere Feststellung einer Mindestkonzentration pro Tablette, die in der Praxis erfahrungsgemäß nicht unterschritten werde, nicht zu (aaO S. 267; ebenso BGH StV 1997, 406 in einem Fall von "500 Ecstasy-Tabletten mittlerer Qualität"). Doch ist das nicht dahin zu verstehen, daß deshalb jegliche Schätzung des Wirkstoffgehalts, wie sie der Bundesgerichtshof sonst zugelassen hat (vgl. BGHR BtMG § 30 Abs. 1 Nr. 4 nicht geringe Menge 7), bei nicht untersuchten Ecstasy-Tabletten von vornherein ausgeschlossen sein sollte. Andernfalls wäre bei nicht sichergestellten, auch großen Lieferungen von Ecstasy-Tabletten regelmäßig im Zweifel eine "nicht geringe Menge" zu verneinen, was zu einem unerträglichen Zurückweichen des gebotenen Strafrechtsschutzes führen würde. Davon ist der Bundesgerichtshof in der Entscheidung BGHSt 42, 255 auch nicht ausgegangen, die einen Fall betraf, in dem - wie hier - von mehreren festgestellten Lieferungen nur eine untersucht wurde. Der Hinweis in dieser Entscheidung auf die unterschiedlich vorkommenden Wirkstoffkonzentrationen in Ecstasy-Tabletten schränkt deshalb die tatrichterliche Beweiswürdigung nicht grundsätzlich ein, sondern besagt nur, daß es im Hinblick auf den Zweifelsgrundsatz für Schätzung hier in besonderem Maße aussagekräftiger objektiver, den Einzelfall betreffender Grundlagen bedarf.

c) Dem wird das angefochtene Urteil gerecht: Das Landgericht stützt seine Überzeugung von einem Mindestwirkstoffgehalt pro Tablette von 90 mg MDE in erster Linie auf, die Untersuchung der im Fall II. 11 der Urteilsgründe (sichergestellten 2.070 Tabletten, die einen "durchschnittlichen Wirkstoffgehalt von 99,12 mg MDE ergeben hat (UA 13, 28). Wenn es hiervon ausgehend "unter Berücksichtigung eines Sicherheitsabschlages" in den übrigen Fällen "durchschnittlich 90 mg pro Tablette" angenommen hat, so ist dies aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Für diese Schätzung durfte es sich auf die Angaben des Zeugen R. stützen, wonach die Qualität der Tabletten in allen Fällen gleich" gewesen sei (UA 28). Soweit die Revision hiergegen einwendet, das Landgericht habe nicht dargetan, daß dieser Zeuge auch von den im Fall II. 11 gelieferten Tabletten probiert habe, entfernt sie sich in unzulässiger Weise von den allein maßgeblichen Gründen des Urteils; denn danach hat der Zeuge von jeder Lieferung des Angeklagten eine oder mehrere Tabletten konsumiert (UA 28). Dies schließt die für die Bestimmung des geschätzten Wirkstoffgehalts zum Vergleich herangezogene letzte Lieferung, deren Tabletten chemisch-toxikologisch untersucht wurden, ein.

2. Der Strafausspruch kann jedoch nicht bestehen bleiben. Zu Recht beanstandet die Revision die vom Landgericht bei allen Taten straferschwerend berücksichtigte Erwägung, "daß der Angeklagte mit dem Handeltreiben jeweils die verwerflichste der Totalalternativen des § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG und des § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG verwirklicht hat" (UA 31).

a) Mit dieser Erwägung hat das Landgericht gegen das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB verstoßen; denn es hat dem Angeklagten das Handeltreiben als solches strafschärfend angelastet. Das ist unzulässig (in diesem Sinne BGH, Beschluß vom 25. Januar 1984 - 2 StR 811/83; OLG Frankfurt StV 1997, 639 f; Körner BtMG 4. Aufl. § 29 Rdn. 278). Demgegenüber hat allerdings der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs in der Entscheidung NSTZ 1986, 368 ohne nähere Begründung zu erkennen gegeben, er erachte diese Erwägung für zulässig, nachdem sich bereits zuvor der 3. Strafsenat in gleicher Richtung geäußert hatte (BGH NJW 1980, 1344). Jene Entscheidungen binden den erkennenden Senat jedoch nicht, weil diese darin zur Reichweite des § 46 Abs. 3 StGB vertretene Rechtsauffassung die Entscheidungen nicht trägt. Der Senat vermag ihr aber auch nicht beizutreten:

b) Die Gefahren, die mit dem Verbreiten von Rauschgift verbunden sind, sind der Grund für die Strafbarkeit des Handeltreibens (BGH, Beschluß vom 26. März 1985 - 1 StR 118/85). Dies schließt es aus, im Handeltreiben als solchem zugleich ein eigenständiges straf erhöhendes Moment zu finden. Aus der Zielsetzung der Neuordnung des Betäubungsmittelstrafrechts durch das Gesetz vom 28. Juli 1981 (BGBl. I 681), einerseits den drogenabhängigen Straftätern auch zu helfen, (BTDrs 9/27 S. 26), andererseits "namentlich für den Fall, daß jemand, ohne selbst abhängig zu sein, Gewinn aus der Abhängigkeit anderer zu ziehen sucht, derartigen Tätern auch mit erhöhten Strafdrohungen entgegenzutreten" (BTDrs 91500 (neu) S. 2), ergibt sich nichts Gegenteiliges. Das Gesetz hat in § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG für sämtliche darin aufgeführten Tatbestandsalternativen denselben Strafraum vorgesehen. Hätte der Gesetzgeber gerade das Handeltreiben als gegenüber anderen Formen des Umgangs mit illegalen Drogen strafwürdiger angesehen, hätte es - auch im Hinblick auf die zwingende Regelung des § 46 Abs. 3 StGB - nahegelegen, die Strafdrohung dafür gegenüber den anderen Tatbestandsalternativen - zu erhöhen (zutreffend OLG Frankfurt aaO S. 640). Das hat der Gesetzgeber aber - und zwar auch im Zusammenhang mit späteren

Gesetzesänderungen - nicht getan. Vielmehr hat er mit dem OrgKG vom 15. Juli 1992 (BGBl 1 1302) zwar die Strafobergrenze des § 29 Abs. 1 BtMG auf fünf Jahre angehoben und durch Einführung des § 29 a BtMG die Betäubungsmittelkriminalität mit nicht geringen Mengen, da "außerordentlich verwerflich" (BTDRs 12/989 S. 30), gegenüber § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 BtMG a. F. zu Verbrechenstatbeständen aufgewertet, ohne deshalb aber das Handeltreiben als solches dabei, besonders hervorzuheben. § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG sieht demgemäß für das Handeltreiben (mit nicht geringen Mengen) keine andere Strafdrohung vor als für die Herstellung, die Abgabe und den Besitz. Daß die Auffassung, das Handeltreiben sei die "verwerflichste" Tatalternative, auch im übrigen nicht den gesetzlichen Vorgaben entspricht, zeigt etwa der Vergleich mit dem Strafraumen für die unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG). Die gegenüber § 30 Abs. 1 BtMG niedrigere Mindeststrafandrohung des § 29a Abs. 1 BtMG kann nämlich dahin verstanden werden, daß der Gesetzgeber das Handeltreiben im Vergleich zur Einfuhr als das weniger schwere Delikt (BGHSt 40, 73, 75) bewertet. Auch in dem (weiter) qualifizierten Tatbestand des § 30a BtMG hat der Gesetzgeber nicht etwa das Handeltreiben als besonders strafwürdig herausgestellt; vielmehr knüpft das erhöhte Mindeststrafmaß von fünf Jahren allein an die bandenmäßige Begehung (Absatz 1) bzw. die Bewaffnung (Absatz 2 Nr. 2 i.d.F. des Verbrechensbekämpfungsgesetzes vom 28. Oktober 1994, BGBl 1 3186) beim Umgang mit (nicht geringen Mengen) Rauschgift an.

Die von dem Landgericht möglicherweise unterstellte Intention des Gesetzgebers, gerade die Begehungsform des Handeltreibens generell schärfer zu bestrafen, wird somit durch das Gesetz nicht bestätigt (OLG Frankfurt aaO). Sie hätte auch zur Folge, daß für Fälle des Handeltreibens das jeweils vorgesehene Mindestmaß sowie der untere Bereich der Strafraumen grundsätzlich außer Betracht bleiben müßten, so wie umgekehrt die übrigen Tatalternativen im Vergleich generell milder zu beurteilen wären und deshalb für sie der obere Strafraumenbereich praktisch "gesperrt" wäre. Daß das nicht (gewollt) sein kann, liegt - zumal angesichts des in der Rechtsprechung entwickelten weiten Begriffs (vgl. dazu krit. zuletzt Paul StV 1998, 623) und der deshalb im Unrechtsgehalt höchst unterschiedlichen Erscheinungsformen des Handeltreibens - auf der Hand. Vielmehr kann die schuldangemessene Strafe - wie allgemein, so auch hier - immer nur aus der Sache selbst nach den Umständen des Einzelfalles innerhalb des gesamten, jeweils anwendbaren Strafraumens gefunden werden. 24

c) Danach stellt sich die hier beanstandete Erwägung ("verwerflichste Tatalternative") als bloße Leerformel dar (vgl. BGH NSTz 1987, 405; BGH, Urteil vom 24. April 1997 - 4 StR 687/96 - und Beschluß vom 23. Oktober 1997 4 StR 485/97). Zwar wäre das Landgericht durch § 46 Abs. 3 StGB nicht gehindert gewesen, dem Angeklagten, der - wenn auch als rechtlich unselbständige Teilakte des Handeltreibens (BGHSt 30, 28, 31) - mehrere Tatbestandsalternativen verwirklicht hat, dies straferschwerend anzulasten. Ebenso hätte es auch berücksichtigen dürfen, daß der Angeklagte mit dem zum Handeln bestimmten Rauschgift auch andere Personen in sein kriminelles Tun verstrickt und das geschützte Rechtsgut in besonders intensiver Form verletzt hat. Darüber, welches Gewicht diesen für das Tatunrecht und die Schuldschwere bedeutsamen Umständen gegenüber der Vielzahl strafmildernder Gesichtspunkte hier für die konkrete Strafbemessung zukommt, hat jedoch der Tatrichter zu befinden, an den der Senat deshalb die Sache zurückverweist. 25