

HRRS-Nummer: HRRS 2008 Nr. 66

Bearbeiter: Karsten Gaede

Zitiervorschlag: BGH HRRS 2008 Nr. 66, Rn. X

BGH 5 StR 393/07 - Beschluss vom 8. November 2007 (LG Zwickau)

Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (ungehinderte Zugang zur Sache; Handeltreiben).

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

Leitsatz des Bearbeiters

Der Besitz von Betäubungsmitteln nach § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG setzt einen tatsächlich ungehinderten Zugang zur Sache voraus.

Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Zwickau vom 24. April 2007 nach § 349 Abs. 4 StPO

a) im Schuldspruch dahingehend geändert, dass der Angeklagte wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen sowie wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in 22 Fällen verurteilt ist;

b) im Strafausspruch hinsichtlich der Einzelstrafe für die Tat zu II. d) vierter Fall (Tatzeit: 11. September 2006) und im Gesamtstrafausspruch aufgehoben.

2. Die weitergehende Revision wird nach § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet verworfen.

3. 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 Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen in Tatmehrheit mit unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in 21 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und drei Monaten verurteilt. Die Revision des Angeklagten hat mit der Sachrüge den aus dem Beschlusstenor ersichtlichen Erfolg, im Übrigen ist sie aus den Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts unbegründet. 1

1. Der Schuldspruch für die Tat am 11. September 2006 ist rechtsfehlerhaft. 2

Der Generalbundesanwalt hat hierzu ausgeführt: 3

"Nach den rechtsfehlerfreien Urteilsfeststellungen hat sich der Beschwerdeführer im Fall 24 der Urteilsgründe nicht wegen Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nach § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG schuldig gemacht (vgl. nur Körner, BtMG, 5. Aufl., § 29 Rdnr. 1069 m.w.N.; Weber, BtMG, 2. Aufl., § 29 Rdnr. 834; vgl. auch BGHR StGB § 242 Abs. 1 Gewahrsam 7). Der für den Besitz im Sinne des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG entscheidende tatsächlich ungehinderte Zugang zur Sache bestand im Zeitpunkt der Festnahme der Verurteilten M. am 11. September 2006 für den Angeklagten H. (noch) nicht. Insbesondere hatte er keine hinlänglichen Vorkehrungen zur Gewahrsamsausübung getroffen (vgl. dazu BGHR StGB § 242 Abs. 1 Gewahrsam 7). 4

Hingegen belegen die Urteilsfeststellungen ein Handeltreiben mit Betäubungsmitteln gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG. Da ein auf die Gesamtmenge von 70 Gramm Heroingemisch gerichteter Umsatzwillen nicht festzustellen war (UA S. 18), ist der Verbrechenstatbestand des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG auch hinsichtlich der Begehungsform des Handeltreibens nicht erfüllt (vgl. dazu Körner, BtMG, 5. Aufl., § 29a Rdnr. 96; BGH, Beschluss vom 5. Dezember 1995 - 4 StR 698/95 - 5

). Ausgehend hiervon ist das Urteil im Schuldspruch - wie beantragt - abzuändern (zur Beschwer des Angeklagten vgl. nur § 24 Abs. 3 BZRG). Die Vorschrift des § 265 Abs. 1 StPO steht dem nicht entgegen, weil dem Beschwerdeführer mit der Anklageschrift vom 20. Dezember 2006 insoweit ein Handeltreiben vorgeworfen worden war."

Dem schließt sich der Senat an.

6

Die Änderung des Schuldspruchs veranlasst die Aufhebung des zugehörigen Einzelstrafauspruchs. Dass der Tatrichter bei rechtsfehlerfreier Bewertung ebenso wie bei den anderen 21 Fällen des Handeltreibens einen besonders schweren Fall im Sinne des § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG angenommen hätte - und damit die Strafe einer einen identischen Strafraum wie § 29a BtMG zur Verfügung stehenden Vorschrift entnommen hätte -, kann angesichts der in diesem Fall erfolgten Sicherstellung der gesamten Rauschgiftmenge nicht hinreichend sicher angenommen werden.

7

Die Aufhebung der Einzelfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten führt zur Aufhebung der Gesamtstrafe. Die Feststellungen zur Strafzumessung können hier jedoch aufrecht erhalten bleiben, weil lediglich ein Subsumtionsfehler vorliegt. Der neue Tatrichter kann insoweit neue Feststellungen treffen, die den bisherigen nicht widersprechen.

8