

BtMG, während der unerlaubte Erwerb (der Eigenverbrauchsmenge) nach § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG von dem Verbrechenstatbestand des unerlaubten Besitzes einer nicht geringen Menge nach § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG verdrängt wird (*BGHR BtMG*, § 29 Abs. 1 Nr. 1 Konkurrenzen 5).

2. Für die Glaubhaftigkeitsbeurteilung ist gerade bei belastenden Aussagen des einzigen Zeugen oder Mitbesch. im Bereich der Btm-Straftaten regelmäßig ein wesentlicher Gesichtspunkt, ob sich der Zeuge durch seine Aussage in dem gegen ihn selbst gerichteten Verfahren im Hinblick auf § 31 BtMG entlasten wollte; für diesen Fall besteht nämlich die nicht fernliegende Gefahr, dass der »Aufklärungshelfer«, der sich durch seine Aussage Vorteile verspricht, den nicht Geständigen zu Unrecht belastet. Ist ein geständiger Mitbesch., auf dessen belastender Aussage die Überführung des Angekl. entscheidend gestützt wird, bereits wegen Beteiligung an derselben Straftat verurteilt worden, muss die Beweiswürdigung deshalb erkennen lassen, ob sich der Betreffende eine Strafmilderung als Aufklärungshelfer verdient hat (*BGH NStZ-RR* 2003, 245; *NStZ* 2004, 691; *NStZ-RR* 2009, 212; *OLG Koblenz StV* 2007, 71; *NStZ* 2008, 359). Im Fall einer geleisteten Aufklärungshilfe ist deren Wahrheitsgehalt auch insoweit zu untersuchen, als sie über den verfahrensbedeutsamen Aussageteil hinausgeht. Stellt sich heraus, dass der Zeuge in anderen Punkten unwahre Angaben gemacht hat, bedürfte die Glaubhaftigkeit seiner belastenden Aussage einer besonders eingehenden Begründung (vgl. *BGHSt* 44, 153 [= *StV* 1998, 580]; *NStZ-RR* 2003, 332; *OLG Koblenz NStZ* 2008, 359).

3. Ein minder schwerer Fall nach § 29a Abs. 2 BtMG darf nicht allein mit Blick auf die hohe Wirkstoffmenge der erworbenen oder veräußerten Btm versagt werden (*Senat*, Beschl. v. 25.09.2015 – 4 Ss 146/15). Für das Vorliegen eines minder schweren Falles ist entscheidend, ob das gesamte Tatbild einschließlich aller subjektiven Momente und der Täterpersönlichkeit vom Durchschnitt der erfahrungsgemäß gewöhnlich vorkommenden Fälle in einem so erheblichen Maße abweicht, dass die Anwendung des milderen Strafrahmens geboten erscheint. Für die Prüfung dieser Frage ist eine Gesamtbetrachtung erforderlich, bei der alle Umstände heranzuziehen und zu würdigen sind, die für die Wertung der Tat und des Täters in Betracht kommen, gleichgültig, ob sie der Tat innewohnen, sie begleiten, ihr vorausgehen oder nachfolgen. Nichts anderes gilt bei Straftaten nach dem BtMG (vgl. *BGHR BtMG*, § 30 Abs. 2 Gesamtwürdigung 4; *Senat* a.a.O.).

Mitgeteilt von RA *Joachim Bremer*, Frankfurt/M.

Gewerbsmäßiger Btm-Handel

BtMG § 29; StPO § 267

Ist beim Handeltreiben mit Btm in Anbetracht von Abgabemengen und Tattfrequenz von einem nur geringen Gewinn auszugehen, ist die Annahme von Gewerbsmäßigkeit i.S.d. § 29 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BtMG zwar nicht ausgeschlossen; es bedarf in einem solchen Fall der Annahme der Gewerbsmäßigkeit allerdings einer eingehenden Begründung.

OLG Stuttgart, Beschl. v. 14.03.2016 – 6 Ss 791/15

Aus den Gründen: I. Das *AG Stuttgart* hat den Angekl. wegen unerlaubten gewerbsmäßigen Handeltreibens mit Btm in zwei Fällen zu der Gesamtstrafe von 8 M. Freiheitsstrafe verurteilt. Der Angekl. wendet sich mit der Sprungrevision gegen seine Verurteilung.

1. Das *AG* hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

a) Der Angekl., der selbst ab und zu Marihuana konsumiert, verkaufte spätestens seit Anfang August 2015 Btm, insbes. Marihuana, um sich hierdurch eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einigem Umfang und einiger Dauer zu Finanzierung seine Marihuanakonsums und seines Lebensunterhalts zu verschaffen. In Ausführung dieses Tatplans beging er u.a. folgende Straftaten: Am 05.08.2015 verkaufte er um 15.21 Uhr an den gesondert verfolgten V. ein Tütchen mit 1,21g netto Marihuana zum Preis von 25,- Euro. Am 11.08.2015 um 15.35 Uhr übergab er an einen unbekannt gebliebenen Abnehmer ein Tütchen Marihuana zu einem unbekanntem Preis. Kurz darauf, um 15.41 Uhr verkaufte er an den gesondert verfolgten Z. ein Tütchen mit 1,5g netto Marihuana zu einem Preis von 20,- Euro. Der Angekl. wusste, dass er nicht im Besitz der hierfür erforderlichen behördlichen Erlaubnis war. [...]

II. Die zulässige Revision des Angekl. führt zur Aufhebung des Urteils des *AG Stuttgart*.

1. Das *AG* hat eine Strafbarkeit des Angekl. wegen gewerbsmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Btm mit unzureichenden Darlegungen und damit rechtsfehlerhaft bejaht. Besonders die Annahme von Gewerbsmäßigkeit bedarf einer eingehenden Begründung, wenn der Täter nur einen geringen Gewinn aus dem Betäubungsmittelgeschäft erwarten kann oder – wie hier – tatsächlich erzielt (vgl. *BGH*, Beschl. v. 20.03.2008, 4 StR 63/08, – beck-online –).

Die *GStA* hat in ihrer Antragschrift insoweit Folgendes ausgeführt:

»Diesen Anforderungen wird die Beweiswürdigung des *AG* im Hinblick auf die für das Vorliegen der Voraussetzungen des Handeltreibens, und die für das Vorliegen der Gewerbsmäßigkeit des Handeltreibens erforderlichen Feststellungen nicht gerecht. Die Annahme des *AG* der Angekl. habe zum einen in zwei Fällen Marihuana gewinnbringend verkauft und zum anderen sich durch den gewinnbringenden Verkauf von Btm eine Einnahmequelle von einem erheblichem Umfang erschließen wollen, beruht angesichts der festgestellten Umstände nicht auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage.

Einen gewichtigen Umstand für die Beurteilung der Gewinnerzielungsabsicht stellen die Preise dar, zu denen der Angekl. das Marihuana eingekauft und verkauft hat (*OLG Stuttgart*, a.a.O.; *OLG Hamm*, Beschl. v. 16.09.2002 – 2 Ss 769/02 –, juris Rn. 20). Das Urteil des Einkaufspreises, zu welchem sich der Angekl. das Marihuana beschafft hat, nichts mit. Dem Urteil lassen sich auch sonst keine hinreichenden tragfähigen Umstände entnehmen, die allein oder bei einer Gesamtschau als objektive Grundlage den Schluss auf den für Handeltreiben erforderlichen Eigennutz des Angekl. sowie die Absicht, sich durch den gewinnbringenden Verkauf von Btm eine Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu verschaffen, zulassen könnten. Als solche Umstände kommen insbes. in Betracht: die Begleitumstände bei Anbahnung und konkreter Abwicklung des verfahrensgenständlichen Verkaufsvorgangs sowie Art, Häufigkeit und Inhalt der erwähnten weiteren Kontaktaufnahme(n) und

Verkaufsbemühungen des Angekl. in der Folgezeit (*OLG Stuttgart*, a.a.o.; *OLG Hamm*, Beschl. v. 28.02.2013 2 RVs 2/13 – juris, Rn. 8 f.); von Relevanz können bei der Gesamtwürdigung nicht zuletzt auch etwaige schlechte wirtschaftliche Verhältnisse des Angekl. im Tatzeitraum sein (*BGH NStZ-RR* 2008, 212). Wenn in Anbetracht von Abgabemengen und Tatfrequenz von einem nur geringen Gewinn auszugehen ist, ist die Annahme von Gewerbsmäßigkeit i.S.d. § 29 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BtMG zwar nicht ausgeschlossen, weil sich diese auf die Erzielung bloßer Nebeneinnahmen beziehen kann; in einem solchen Fall bedarf die Annahme der Gewerbsmäßigkeit allerdings einer eingehenden Begründung (*BGH NStZ-RR* 2008, 212). Sofern sich das amtsgerichtliche Urteil im Räumen der Beweiswürdigung vollumfänglich auf das Geständnis des Angekl. beruft, so ist dem Revisionsgericht diesbezüglich eine Nachprüfung ebenfalls nicht möglich, da dem Urteil nicht zu entnehmen ist, wie sich der Angekl. eingelassen hat Die Wiedergabe der Einfassung des Angekl. im Urteil ist in § 267 StPO zwar nicht vorgeschrieben, ohne deren Wiedergabe und ihrer Würdigung kann das Revisionsgericht – wie hier – indes nicht nachvollziehen, ob der Beurteilung des Sachverhalts »plausible« und rechtlich fehlerfreie Erwägungen zugrunde liegen (*BGH NStZ* 1992, 49).

Ungeachtet der Umstände, dass das *Tatgericht* nicht den Regelstrafrahmen des § 29 Abs. 3 BtMG angewandt hat, beruht das Urteil auch auf der Gesetzesverletzung. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das *Tatgericht* bei einer reinen Veräußerungshandlung – ohne Handel treiben – eine anderslautenden Rechtsfolge ausgesprochen hätte.«

Dem schließt sich der *Senat* an. [...]

3. Auf den unzureichenden Begründungen beruht das Urteil, 337 Abs. 1 StPO. Es ist nicht auszuschließen, dass das *AG* bei rechtsfehlerfreier Anwendung des § 29 BtMG nicht nur geringere Einzelstrafen verhängt, sondern insgesamt einen anderslautenden Rechtsfolgenausspruch getroffen hätte. [...]

Mitgeteilt von RA *Hans Steffan*, Stuttgart.

Handeltreiben mit Btm

BtMG § 29a Abs. 1, 2; StPO § 267

1. Die Möglichkeit, dass der Angeklagte Btm nur zum Einkaufspreis ohne Gewinn verkauft und auch sonst keinen persönlichen Vorteil erwartet hat, steht der Annahme eigennützigens Handelns entgegen.

2. Waren die erworbenen Btm teils zum Weiterverkauf und teils zum Eigenverbrauch bestimmt, darf nicht offen bleiben, welcher Anteil für den späteren Verkauf vorgesehen war. Der Tatrichter muss dies konkret, notfalls unter Beachtung des Zweifelssatzes durch Schätzung, feststellen.

3. Ist ein geständiger Mitbeschuldigter, auf dessen belastender Aussage die Überführung des Angeklagten entscheidend gestützt wird, bereits wegen Beteiligung an derselben Straftat verurteilt worden, muss die Beweiswürdigung erkennen lassen, ob sich der Betreffende eine Strafminderung als Aufklärungsgelhilfe verdient hat.

4. Ein minder schwerer Fall nach § 29a Abs. 2 BtMG darf nicht allein mit Blick auf die hohe Wirkstoffmenge der erworbenen oder veräußerten Btm versagt werden. (amtl. Leitsätze)

OLG Koblenz, Beschl. v. 30.11.2015 – 2 OLG 4 Ss 186/15

Aus den Gründen: 1. Das *AG – SchöG – Mainz* verurteilte den Angekl. am 27.01.2015 wegen unerlaubten Handeltreibens mit Btm in nicht geringer Menge in zwei Fällen (Einzelfreiheitsstrafen: jew. 1 J. 6 M.) unter Einbeziehung der Strafe [...] zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 2 J. 6 M. [...].

Gegen das Ur. legten der Angekl. und zu seinen Ungunsten die StA Berufung ein. [...]

2. Durch Ur. v. 31.07.2015 hat die 2. Kl. *StrK* des *LG Mainz* die Berufung des Angekl. als unbegründet verworfen und das erstinstanzliche Ur. auf die Berufung der StA im Rechtsfolgenausspruch dahin abgeändert, dass der Angekl. zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 J. verurteilt wurde (Einzelfreiheitsstrafen: jeweils 2 J. 3 M.). [...]

Nach den Feststellungen des *LG* erwarb der Angekl. am 13.12.2012 bei dem Zeugen K. in B. 500 g Amphetamin mit einem Wirkstoffgehalt von 6 %, entspr. 30 g Amphetaminbase, sowie eine unbekannte Anzahl Ecstasy-Tabletten zu einem nicht feststellbaren Kaufpreis, um »einen geringen Teil des erworbenen Amphetamins« selbst zu konsumieren und den »überwiegenden Anteil« gewinnbringend weiterzuverkaufen. Ende Dezember 2012 soll der Angekl. dann seinerseits dem Zeugen K. in B. 30 g Kokain mit einem Wirkstoffgehalt von 84,3 %, entspr. 25,29 g Kokainhydrochlorid, zum Grammpreis von 92 € verkauft und von K. eine unbekannte Anzahl von Ecstasy-Tabletten erworben haben.

Gegen das Berufungsur. hat der Angekl. [...] Revision eingelegt. [...]

II. Die rechtzeitig angebrachte sowie form- und fristgerecht begründete Revision hat bereits mit der Sachrüge einen zumindest vorläufigen Erfolg. [...]

1. Der Schuldspruch zum Fall 2 kann bereits deshalb keinen Bestand haben, weil die Feststellungen die Verurteilung wegen unerlaubten Handeltreibens mit Btm (in nicht geringer Menge) nicht tragen. Nach st. Rspr. des *BGH* fällt unter den Begriff des Handeltreibens jede eigennützige auf Umsatz gerichtete Tätigkeit, selbst wenn es sich nur um eine gelegentliche, einmalige oder auch nur vermittelnde Tätigkeit handelt (*BGHSt* 25, 290 [291]; 28, 308 [309]; 29, 239 [240]; 31, 145 [147, 148] [= StV 1983, 108]; 50, 252 [256] [= StV 2006, 19]; *BGHR* BtMG, § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 1–4, 7, 15, 54). Eigennützig ist ein solches Vorgehen nur, wenn das Handeln des Täters vom Streben nach Gewinn geleitet wird, oder wenn er sich irgendeinen anderen persönlichen Vorteil davon verspricht (*BGHSt* 28, 308 [309]; *BGHR* BtMG, § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 2, 15). Die Feststellungen belegen ein solch eigennütziges Vorgehen des Angekl. nicht. Auch wenn Entgeltlichkeit vorliegt, so bleibt doch die Möglichkeit offen, dass der Angekl. das Kokain nur zum Einkaufspreis ohne Gewinn verkauft und dass er auch sonst keinen persönlichen Vorteil erwartet hat. Dies stünde einem eigennützigem Handeln entgegen (vgl. *BGHR* BtMG, § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 15 m.w.N.). Zu welchem Zweck der Angekl. die Ecstasy-Tabletten im Gegenzug erworben hat, bleibt ebenfalls völlig offen. In Betracht käme hinsichtlich des Kokains eine Bestrafung des Angekl. wegen unerlaubter Abgabe von Btm in nicht geringer Menge i.S.d.