
Datum: 11.02.2010
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Strafsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 2 (6) Ss 511/09 (190/09)
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2010:0211.2.6SS511.09.190.0.00

Vorinstanz: Amtsgericht Altena, 4 Ls-200 Js 2433/08-15/09

Tenor:

Das angefochtene Urteil wird mit den zugrunde liegenden Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an eine andere Abteilung des Amtsgerichts

– Schöffengericht – Altena zurückverwiesen.

Gründe:

I.

Das Amtsgericht – Schöffengericht – Altena hat den Angeklagten mit Urteil vom 21. September 2009 wegen Abgabe von Betäubungsmitteln an Jugendliche in

zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe in Höhe von einem Jahr und

sechs Monaten verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Es hat in der Sache "aufgrund der nachvollziehbaren und geständigen Einlassung des Angeklagten" folgende Feststellungen getroffen:

"Der Angeklagte ist in der selben Firma beschäftigt, wie die am 7.10.1990 geborene Zeugin T. Der Angeklagte und die Zeugin, die wegen einer Behinderung auf einen Rollstuhl

1

2

3

4

5

6

angewiesen ist, kamen sich näher und es entwickelte sich eine Freundschaft. Die Zeugin, die wußte, daß der Angeklagte Erfahrung mit Drogen hatte, bat diesen dann, für sie Amphetamin zu besorgen.

Der Angeklagte wollte der Zeugin diesen Gefallen auch tun, hatte aber Zweifel daran, der Zeugin tatsächlich Rauschmittel geben zu können. 7

1. Er verkaufte der Zeugin T daher Anfang April 1 g eines Pulvers zum Preis von 10 Euro. 8
Der Zeugin T erklärte der Angeklagte, es handele sich um Amphetamin. In der Hauptverhandlung hat er nicht ausschließbar angegeben, er habe ihr zu Pulver zermahlene Koffeintabletten gegeben.

2. Im Mai 2008 verkaufte er der Zeugin T 5 Tütchen zu je 1 g, wobei er der Zeugin erklärte, 9
es handele sich um Amphetamin. Auch in diesem Fall hatte er nicht ausschließbar zermahlene Koffeintabletten abgefüllt. Der Preis betrug 50 Euro, von denen die Zeugin 30 Euro anzahlte.

Eine Erlaubnis des Bundesgesundheitsamtes zum Verkehr mit Betäubungs-mitteln hat der 10
Angeklagte nicht."

Weiter hat das Amtsgericht u.a. ausgeführt: 11

"Der Angeklagte hat sich damit wegen Abgabe von Betäubungsmitteln an 12

Ju-gendliche in 2 Fällen strafbar gemacht. Wegen der Gleichstellung in § 29 Abs. 6 BtMG 13
kam es nicht darauf an, daß es sich nicht ausschließbar um Koffein ge-handelt hatte, die Zeugin hat an Amphetamin geglaubt.

Im Hinblick darauf, daß der Angeklagte nicht ausschließbar der Zeugin Koffein als 14
Amphetamin verkauft hat, ist von einem minderschweren Fall im Sinn des § 29 a Abs. 2 auszugehen.

Angewandte Vorschriften: §§ 1, 3, 29 a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 29 Abs. 6 BtMG, 53 StGB. 15

Im übrigen hat der Angeklagte tateinheitlich zu den beiden Taten der Abgabe von 16
Betäubungsmitteln an Jugendliche zweimal den Tatbestand des unerlaub-ten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln erfüllt, § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG, 52, 53 StGB. Dies ist in Anklage und Tenor schlicht übersehen worden."

Gegen dieses am 21. September 2009 verkündete und seinem Verteidiger am 17

29. Oktober 2009 zugestellte Urteil hat der Angeklagte durch anwaltlichen Schriftsatz vom 25. 18
September 2009, am selben Tag bei dem Amtsgericht Altena eingegangen, Revision eingelegt und diese mit weiterem anwaltlichen Schriftsatz vom

05. Novem-ber 2009, bei dem Amtsgericht Altena eingegangen am 19

06. November 2009, begrün-det. Der Angeklagte rügt mit näheren Ausführungen die 20
Verletzung materiellen Rechts. Namentlich beanstandet er, dass er bei dem vorliegenden Sachverhalt nicht hätte gemäß § 29 a Abs. 1 Nr. 1 BtMG verurteilt werden dürfen, da er der Zeugin lediglich zerbröselte Koffeintabletten verkauft habe. § 29 a BtMG sei in § 29 Abs. 6 BtMG aber nicht aufgeführt. Die Anwendung des § 29 a BtMG in diesen Fällen stelle eine

verbotene Analogie dar. Die Verurteilung könne mangels eines vorherigen entsprechenden Hinweises auch nicht – wie es das Amtsgericht getan habe – auf den Tatbestand des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln gestützt werden. Im Übrigen sei die Strafe viel zu hart.

Die Generalstaatsanwaltschaft in Hamm hat beantragt wie beschlossen. 21

II. 22

Die zulässige Revision des Angeklagten hat auch in der Sache einen zumindest vorläufigen Erfolg und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils mit den Feststellungen sowie zur Zurückverweisung der Sache an eine andere Abteilung des Amtsgerichts – Schöffengericht – Altena, §§ 353 Abs. 1, 2, 354 Abs. 2 StPO. 23

Die Generalstaatsanwaltschaft hat in ihrer Stellungnahme hierzu ausgeführt: 24

"Die Revision ist rechtzeitig eingelegt sowie frist- und formgerecht mit der Sachrüge im Ergebnis formgerecht begründet worden. In der Sache ist ihr ein zumindest vorläufiger Erfolg nicht zu versagen. 25

Der Schuldspruch auf Grundlage der getroffenen tatsächlichen Feststellungen hält rechtlich Nachprüfung nicht stand. Das Amtsgericht hat verkannt, dass 26

§ 29 Abs. 6 BtMG keine Legaldefinition dahin enthält, dass als Betäubungs-mittel ausgegebene Stoffe ebenfalls als solche gelten, mit der Folge, dass die den Umgang mit Betäubungsmitteln betreffenden Strafvorschriften sich sämt-lich auch auf als Betäubungsmittel ausgegebene Substanzen erstrecken 27

wür-den. Vielmehr handelt es sich bei § 29 Abs. 6 BtMG um einen eigenen Straf-tatbestand der ausschließlich hinsichtlich des Strafrahmens auf § 29 28

Abs. 1 Nr. 1 BtMG verweist und nur in dem beschränkten Umfang seines Wortlauts den Verkehr mit als Betäubungsmittel ausgegebenen Stoffen demjenigen mit ech-ten Betäubungsmitteln gleichstellt (zu vgl. Körner, BtMG, 6. Aufl., § 29 Rdnr. 2141). Demnach ist in den Fällen, in denen der Täter weiß, dass er lediglich mit einem Betäubungsmittelimitat Handel treibt, es abgibt oder veräußert, der Strafrahmen ausschließlich § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG zu entnehmen. Anders verhält es sich dann, wenn der Täter irrig annimmt, es handele sich bei der Substanz, mit der er in vorbezeichneter Weise Umgang hat, tatsächlich um Betäubungsmittel; nur in diesem Fall finden die Strafbestimmungen für beson-ders schwere Fälle Anwendung bzw. können die Verbrechenstatbestände nach dem BtMG erfüllt sein (zu vgl. Körner, a.a.O., § 29 Rdnrn. 273, 2183, 2185). Für eine derartige Fehlvorstellung des Angeklagten ist vorliegend indes nichts festgestellt. Damit können Schuld- und Rechtsfolgenausspruch keinen Bestand haben. 29

Da jedoch das Amtsgericht vor dem Hintergrund seiner fehlerhaften rechtli-chen Bewertung eine weitere Aufklärung des Sachverhaltes unterlassen hat und in einer erneuten Verhandlung ggf. ergänzende Feststellungen zu der tatsächlichen Beschaffenheit der von dem Angeklagten an die Zeugin abgege-benen Substanzen und seinen diesbezüglichen Vorstellungen möglich 30

er-scheinen, unterliegen die tatsächlichen Feststellungen ebenfalls der Aufhe-bung." 31

32

Diesen zutreffenden Ausführungen schließt sich der Senat an und macht sie zum Gegenstand seiner Entscheidung. Ergänzend merkt der Senat Folgendes an:

§ 29 Abs. 6 BtMG ist ein eigener Straftatbestand, der lediglich bezüglich des Strafrahmens auf § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG verweist (Körner, BtMG, 6. Aufl., § 29 Rdnr. 2141; vgl. BGH, Urteil vom 20. August 1991 – 1 StR 321/91 -; Beschluss vom 23. April 1993 – 3 StR 145/93 -, NStZ 1993, 444; Urteil vom 22. März 2002

– 2 StR 569/01 -, NStZ 2002, 439 f.). Er erfasst das Handeltreiben, die Abgabe und die Veräußerung (Körner, a.a.O., § 29 Rdnr. 2141) von Stoffen, die keine Betäubungsmittel sind, aber als solche ausgegeben werden (Körner, a.a.O., § 29 Rdnr. 2167). In subjektiver Hinsicht setzt § 29 Abs. 6 BtMG Vorsatz voraus. Der Vorsatz erfordert das Wissen des Täters, dass es sich bei seiner Ware um Nicht-Betäubungsmittel handelt und dass er den Willen hat, Nicht-Betäubungsmittel als Betäubungsmittel in Verkehr zu bringen (Körner, a.a.O., § 29 Rdnr. 2166; Weber, BtMG, 3. Aufl. 2009, § 29 Rdnr. 1885). Die Vorstellung des Verkäufers von der Eigenschaft des Stoffes entscheidet hierbei darüber, ob Handlungen nach § 29

Abs. 1 BtMG oder nach § 29 Abs. 6 BtMG zu verfolgen sind (Körner, a.a.O., § 29 Rdnr. 2166).

So ist ein auf Gewinnerzielung gerichtetes Veräußerungsgeschäft auch dann als vollendendetes unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln im Sinne des § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG zu werten, wenn der Stoff, auf den sich die Verhandlungen

beziehen, ein irrig für Betäubungsmittel gehaltenes Imitat ist (BGH, Urteil vom

14. April 1999 – 3 StR 22/99 -, NJW 1999, 2683 f.; Körner, a.a.O., § 29 Rdnr. 2169; Weber, a.a.O., § 29 Rdnr. 1886, 1877). Denn Handeltreiben mit Betäubungsmitteln nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG liegt bereits dann vor, wenn der Verkäufer sich zur Lieferung von Betäubungsmitteln verpflichtet (BGH, Urteil vom 14. April 1999 – 3 StR 22/99, a.a.O.; Körner, a.a.O., § 29 Rdnr. 2169, 2144).

Verkauft der Täter dagegen ihm zur Verfügung stehende Betäubungsmittel irrtümlich als Imitate, so ist er wegen Pseudo-Drogenhandels nach § 29 Abs. 6 BtMG zu

bestrafen (Körner, a.a.O., § 29 Rdnr. 2169).

Ein (vollendetes) Verbrechen nach § 29 a BtMG kommt nur dann in Betracht, wenn der Täter Betäubungsmittelimitate in nicht geringen Mengen (§ 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG) in dem Glauben verkauft, es handle sich um echte Betäubungsmittel (BGH, Urteil vom 14. April 1999, a.a.O., Körner, a.a.O., § 29 Rdnr. 2144, 2184 f.), da § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG kein anderer Begriff des Handeltreibens zugrundeliegt als § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG (BGH, Urteil vom 14. April 1999, a.a.O.).

Der Verbrechenstatbestand des § 29 a Abs. 1 Nr. 1 BtMG setzt hingegen eine Abgabe, Verabreichung oder Verbrauchsüberlassung von - echten - Betäubungsmitteln voraus (Weber, a.a.O., § 29 a Rdnr. 5). In subjektiver Hinsicht ist u.a. erforderlich, dass der Täter zumindest mit bedingtem Vorsatz von einer Betäubungsmittelleigenschaft ausging. Bei einer Abgabe von Imitaten kommt, sofern der Täter zumindest bedingten Vorsatz hinsichtlich der Beschaffenheit als Betäubungsmittel hatte, nur eine versuchte Abgabe (§ 29 a Abs. 1 Nr. 1 BtMG, § 23 Abs. 1 StGB) in Betracht. Geht der Täter jedoch nicht von einer

Betäubungsmittleigenschaft, sondern von einem Imitat aus, ist § 29 Abs. 6 BtMG zu prüfen (vgl. BGH, Urteil vom

22. März 2002 – 2 StR 569/91 -, NStZ 2002, 439 f.; Körner, a.a.O., § 29 a 43

Rdnr. 14 f.). 44

Nach den (bisher) getroffenen Feststellungen kommt danach nur ein unerlaubtes 45
Handeltreiben mit Betäubungsmittelimitaten gemäß § 29 Abs. 6 BtMG, nicht aber eine
Verurteilung wegen des Qualifikationstatbestandes des § 29 a Abs. 1 Nr. 1 BtMG in Betracht.
Der Schuldspruch wegen Abgabe von Betäubungsmitteln an Jugendliche kann deshalb
keinen Bestand haben. Eine Schuldspruchänderung scheidet aus. Der Senat kann nicht
ausschließen, dass ergänzende Feststellungen zu der tatsächlichen Beschaffenheit des
"Pulvers" und der dahingehenden Vor-stellung des Angeklagten getroffen werden können, die
möglicherweise infolge der rechtsfehlerhaften Bewertung unterblieben sind und zu einer
abweichenden rechtlichen Bewertung führen können.

Hierbei wird bei der Würdigung der Einlassung eines Angeklagten der Grundsatz zu beachten 46
sein, dass entlastende Angaben, für deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit es keine
ausreichenden Beweise gibt, nicht ohne weiteres als unwiderlegbar der Ent-scheidung des
Tatrichters zugrunde zu legen sind. Vielmehr hat das Gericht auf der Grundlage des
gesamten Beweisergebnisses wertend darüber zu befinden, ob die Angaben des
Angeklagten geeignet sind, die Überzeugungsbildung zu beeinflussen. Hierbei erfordert die
Zurückweisung einer Einlassung nicht, dass sich ihr Gegenteil positiv feststellen lässt (vgl.
BGH, NStZ 1990, 448).

Sollte das Amtsgericht keine abweichenden oder ergänzenden Feststellungen treffen können, 47
wird der Strafraum nicht § 29 a Abs. 2 BtMG, sondern § 29 Abs. 6 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1 BtMG
zu entnehmen sein.