
Datum: 28.02.2013
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Strafsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 2 RVs 2/13
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2013:0228.2RVS2.13.00

Vorinstanz: Landgericht Hagen, 45 Ns 200 Js 402/11 (8/12)

Tenor:

Das angefochtene Urteil wird im Rechtsfolgenausspruch hinsichtlich der Gesamtfreiheitsstrafe sowie der Einzelstrafe zu der Tat unter Ziffer B. II.1)

der Urteilsgründe mit den insoweit zugrunde liegenden Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird in diesem Umfang zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts Hagen zurückverwiesen.

Im Übrigen wird die Revision als offensichtlich unbegründet verworfen.

Gründe:

I.

Mit Urteil des Amtsgerichts Iserlohn – Schöffengericht – vom 14. Dezember 2011 ist der Angeklagte unter Freisprechung im Übrigen wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln sowie wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in drei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt worden. Auf die Berufungen der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten ist mit Urteil des Landgerichts Hagen vom 1. August 2012 das Urteil des Amtsgerichts Iserlohn dahingehend abgeändert worden, dass der Angeklagte unter Freisprechung im Übrigen wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in 13 Fällen sowie wegen unerlaubten Besitzes von

1

2

3

Betäubungsmitteln in drei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und zehn Monaten verurteilt worden ist.

Gegen dieses Urteil wendet sich der Angeklagte mit der auf die materielle Rüge gestützten Revision.

Die Generalstaatsanwaltschaft hat wie aus dem Tenor ersichtlich beantragt.

II.

Die form- und fristgerecht eingelegte und auch im Übrigen zulässige Revision des Angeklagten war – soweit sie den Schuldspruch sowie die Einzelstrafen zu den Taten unter Ziffer B. II. 2 – 17. der Urteilsgründe betrifft, als unbegründet zu verwerfen, da die Nachprüfung des Urteils aufgrund der Revisionsrechtfertigung insoweit keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben hat (§ 349 Abs. 2 StPO). Der Senat verweist diesbezüglich auf die zutreffenden Ausführungen der Generalstaatsanwaltschaft in deren Antragsschrift vom 23. Januar 2013.

Im Rechtsfolgenausspruch unterlag das angefochtene Urteil mit den insoweit dazugehörigen Feststellungen jedoch hinsichtlich der Gesamtfreiheitsstrafe sowie der Einzelstrafe zu der Tat unter Ziffer B. II. 1. der Urteilsgründe der Aufhebung, da die Feststellungen des Landgerichts insoweit Rechtsfehler hinsichtlich der Annahme der Gewerbsmäßigkeit des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln aufweisen.

Die Generalstaatsanwaltschaft hat in ihrer Antragsschrift hierzu Folgendes ausgeführt:

„Die Überprüfung des Rechtsfolgenausspruchs deckt hingegen hinsichtlich der Annahme Gewerbsmäßigkeit des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln im Fall zu II. 1.) des Urteils Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten auf.

Die Annahme gewerbsmäßigen Handelns im Sinne des § 29 Abs. 3 BtMG hat die Feststellung einer nachhaltigen Gewinnerzielungsabsicht von einigem Gewicht zur Voraussetzung, die sich indes auch auf die Erlangung von Nebeneinnahmen beziehen kann (BGH, NStZ-RR 2008, 212 -213). Liegt nach der Auffassung der Tatrichterinnen das Regelbeispiel des gewerbsmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln vor, müssen hierzu im Urteil Feststellungen getroffen werden. Erforderlich sind Einzelheiten zur Vorgehensweise des Täters, die eine Einnahmequelle von einigem Umfang und einiger Dauer belegen (Senatsbeschluss vom 16.09.2002, NStZ-RR 2004, 131).

Das Tatgericht hat vorliegend aus den Umständen, dass es sich um eine große Menge von Betäubungsmitteln gehandelt habe, der Angeklagte aber nur in geringem Umfang Sozialleistungen beziehe, selbst seinen Konsum finanzieren müsse und in erheblichem Umfang Verpackungsmaterial aufgefunden worden sei, den Schluss gezogen, dass durch den Verkauf des aufgefundenen Marihuanas eine auf Dauer angelegte Einnahmequelle des Angeklagten vorliege. Das Tatgericht hat jedoch weder Feststellungen zu den Preisen, zu denen der Angeklagte das Marihuana eingekauft hat, noch zu dem Ankaufszeitpunkt, dem beabsichtigten Vertriebszeitraum, zu den Kunden des Angeklagten und seinem Eigenkonsumanteil treffen können. Damit fehlt es an einer ausreichenden objektiven Grundlage für die Bestimmung der wirtschaftlichen Verhältnisse einer nachhaltigen Gewinnerzielungsabsicht von einigem Gewicht.

Bei der Vorschrift des § 29 Abs. 3 BtMG handelt es sich zudem nicht um einen eigenständigen Tatbestand, sondern um eine Strafzumessungsregel. Sind bei einer Strafzumessungsregel die Voraussetzungen eines Regelbeispiels - hier der Gewerbsmäßigkeit - erfüllt, so indiziert dies das Vorliegen eines besonders schweren Falles. Die Vermutung für das Vorliegen eines besonders schweren Falles kann jedoch durch andere Umstände, die die Regelwirkung entkräften, kompensiert werden, so dass auf den normalen Strafrahmen zurückzugreifen ist. Die indizielle Bedeutung des Regelbeispiels wird dann entkräftet, wenn die Tat in ihrem Unrechts- oder Schuldgehalt derart vom Normfall des Regelbeispiels abweicht, dass die Anwendung des modifizierten Strafrahmens als unangemessen erscheint. Ob dies so ist, kann der Tatrichter erst nach umfassender Abwägung aller Umstände entscheiden (BGH,

NStZ-RR 1997, 121). Dem angefochtenen Urteil lässt sich jedoch nicht entnehmen, dass sich das Landgericht der Notwendigkeit einer solchen Gesamtwürdigung bewusst gewesen ist. Die Formulierungen der Straf-

kammer zum Vorliegen eines besonders schweren Falles und zur Wahl des Strafrahmens sprechen vielmehr dafür, dass die Strafkammer davon ausgegangen ist, dass schon die Gewerbsmäßigkeit des Handeltreibens zwingend die Anwendung des erschwerten Strafrahmens des § 29 Abs. 3 BtMG zur Folge hat. Eine Erörterung in den Urteilsgründen, ob die Indizwirkung des Regelbeispiels entkräftet wird, wäre indes nur dann nicht erforderlich, wenn die Anwendung des normalen Strafrahmens fern läge (zu vgl. Schleswig-Holsteinisches OLG, SchIHA 2003, 215).

So liegt es hier nicht. Die Strafkammer führt bei der Strafzumessung Strafmilderungsgründe an, die einer Erörterung bei Anwendung des Regelbeispiels bedurft hätten.

Wegen dieser aufgezeigten Mängel, auf denen das Urteil beruht, kann das angefochtene Urteil im Rechtsfolgenausspruch zur Einzelstrafe der Tat zu Ziff. II. 1.) sowie der Gesamtstrafe keinen Bestand haben.“

Diesen Ausführungen schließt sich der Senat nach eigener Sachprüfung an.

Das angefochtene Urteil war daher im Rechtsfolgenausspruch hinsichtlich der Gesamtfreiheitsstrafe sowie der Einzelstrafe zu der Tat unter Ziffer B. II. 1. der Urteilsgründe mit den insoweit zugrunde liegenden Feststellungen aufzuheben und die Sache insoweit gemäß § 354 Abs. 2 S. 1 StPO zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts Hagen zurückzuverweisen.