
Datum: 20.01.2022
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Strafsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 2 RVs 60/21
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2022:0120.2RVS60.21.00

Vorinstanz: Amtsgericht Altena, 4 Ls – 200 Js 1754/19 – 14/20

Tenor:

Das angefochtene Urteil wird mit den zugrundeliegenden Feststellungen – auch hinsichtlich des Mitangeklagten A – aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung – auch über die Kosten der Revision – an eine andere Schöffengerichtsabteilung des Amtsgerichts Altena zurückverwiesen.

Gründe:

I.

Das Amtsgericht – Schöffengericht – Altena hat mit Urteil vom 09.02.2021 den Angeklagten A wegen gemeinschaftlicher unerlaubter Abgabe von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge im minderschweren Fall zu einer Geldstrafe i.H.v. 50 Tagessätzen zu je 110 € verurteilt. Der Angeklagte B ist mit vorgenanntem Urteil wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und zwei Monaten, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt worden ist, verurteilt worden.

Gegen dieses Urteil hat der Angeklagte B mit bei dem Amtsgericht Altena per Fax am 10.02.2021 eingegangenem Schriftsatz seines Verteidigers vom 09.02.2021 zunächst allgemein Rechtsmittel eingelegt. Nach Zustellung des Urteils an den Verteidiger am 25.03.2021 hat der Angeklagte mit Schriftsatz seines Verteidigers vom 30.03.2021, welcher per Fax am selben Tag beim Amtsgericht Altena eingegangen ist, sein Rechtsmittel als Revision bezeichnet und dieses mit der Verletzung materiellen Rechts begründet.

1

2

3

4

Die Generalstaatsanwaltschaft Hamm hat mit Zuschrift vom 21.12.2021 beantragt, wie erkannt.	5
II.	6
Die gemäß §§ 335 Abs.1, 312 StPO statthafte und auch im Übrigen zulässige (Sprung-) Revision des Angeklagten B hat in der Sache einen – zumindest vorläufigen - Erfolg.	7
Die Feststellungen des Amtsgerichts tragen die Verurteilung des Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gemäß § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG nicht.	8
Die Generalstaatsanwaltschaft hat hierzu in ihrer Antragsschrift vom 21.12.2021 folgendes ausgeführt:	9
„1.	10
Das Amtsgericht hat - soweit hier relevant - folgende Feststellungen getroffen: Der Angeklagte bewahrte spätestens ab dem 13.05.2019 in seinem Zimmer in der Wohnung C-Straße 00 in D 300 Gramm Marihuana, 10 Ecstasy-Tabletten, 0,5 Gramm netto Haschisch sowie weitere 9,1 Gramm netto Marihuana auf. Von den zum Preis von 3.000 Euro auf Kommission erworbenen 300 Gramm Marihuana waren 250 Gramm zum gewinnbringenden Weiterverkauf durch den Angeklagten vorgesehen, um aus den Erlösen dessen Eigenkonsum zu finanzieren. Die weiteren aufbewahrten Betäubungsmittel - „mit Ausnahme der Ecstasy-Tabletten“ - waren zum Eigenkonsum des Angeklagten bestimmt.	11
Zum Wirkstoffgehalt der Betäubungsmittel hat das Amtsgericht festgestellt, dass die 300 Gramm Marihuana „mindestens einen Wirkstoffanteil im Bereich oberhalb der nicht geringen Menge besaßen, bei 5% Wirkstoff 15 Gramm THC und bei 10% 30 Gramm THC“.	12
2.	13
Die Feststellungen des Amtsgerichts tragen die Verurteilung des Angeklagten wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nicht. Verfügt ein Angeklagter - wie vorliegend - über verschiedene Einzelmengen von Betäubungsmitteln, die teilweise dem Eigenverbrauch und teilweise dem gewinnbringenden Weiterverkauf zu dienen bestimmt sind, kommt eine Verurteilung wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nur dann in Betracht, wenn die Handelsmenge den Grenzwert der nicht geringen Menge übersteigt (zu vgl. <i>Patzak</i> in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 8. Auflage, § 29a Rdnr. 159 ff.). Wird der Grenzwert der nicht geringen Menge erst durch die Gesamtmenge aus Handelsmenge und Eigenverbrauchsmenge erreicht, die ihrerseits jeweils unter dem Grenzwert liegen, liegt nur Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Handeltreiben gem. § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG vor. Dass die vom Angeklagten allein für den Weiterverkauf vorgesehene Menge von 250 Gramm Marihuana - weitere 50 Gramm Marihuana sowie die Kleinmenge Haschisch dienten zum Eigenverbrauch, der Verwendungszweck der Ecstasy-Tabletten wurde nicht festgestellt - jedoch eine für die Annahme einer nicht geringen Menge bei Cannabisprodukten erforderliche Wirkstoffmenge von 7,5 Gramm THC enthielt, hat das Amtsgericht nicht rechtsfehlerfrei festgestellt. Zwar durfte das Amtsgericht den Wirkstoffgehalt des nach den weiteren Feststellungen später an den Verkäufer zurückgegebenen und daher für eine Untersuchung nicht mehr zur Verfügung stehenden Betäubungsmittels grundsätzlich durch Schätzung bestimmen und war dazu auch zur Bestimmung des Schuldgehalts der Tat rechtlich gehalten. Das Amtsgericht hat jedoch	14

nicht in einer für das Revisionsgericht nachvollziehbaren Weise dargelegt, auf welcher tatsächlichen Grundlage seine Schätzung beruht. Insbesondere hat es keine weitergehenden Feststellungen zur Qualität des Betäubungsmittels - ggf. unter Berücksichtigung von Kaufpreis, Herkunft oder Beurteilung durch Tatbeteiligte - getroffen oder seine Annahme, das Marihuana habe einen Wirkstoffanteil „im Bereich oberhalb der nicht geringen Menge“ besessen, sonst tragfähig begründet.

Es kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass der Schuldspruch nicht auf diesem Rechtsfehler beruht. Insbesondere kann nicht aufgrund der bloßen Menge des Betäubungsmittels sicher davon ausgegangen werden, dass die Grenze zur nicht geringen Menge betreffend die Handelsmenge in jedem Fall überschritten war. Dies wäre - bezogen auf die Handelsmenge von 250 Gramm - zwar noch bei einem Wirkstoffgehalt von 3 Prozent, nicht mehr aber bei einem niedrigeren Wirkstoffgehalt der Fall gewesen. Da der mittlere THC-Gehalt von Marihuana im Jahr 2019 2,6 Prozent betrug (zu vgl. BT-Drs. 19/32520, S. 3) und auch nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine durchschnittliche Qualität bei Marihuana bereits ab einem Wirkstoffgehalt von 2 Prozent angenommen werden kann (*Patzak*, aaO, Vor §§ 29ff. Rdnr. 339 ff.), bedarf die Sache insoweit weiterer Aufklärung.

3. 16

Dieser Rechtsfehler dürfte gemäß § 357 StPO zur Erstreckung der Aufhebung auch auf den nichttreidierenden Mitangeklagten A führen, der vom Amtsgericht wegen „gemeinschaftlicher unerlaubter Abgabe“ derjenigen Betäubungsmittelmenge verurteilt worden ist, deren Bewertung als nicht geringe Menge nach dem Vorgesagten nicht frei von Rechtsfehlern ist.“ 17

Diesen zutreffenden Ausführungen schließt sich der Senat nach eigener Prüfung an. 18

Das angefochtene Urteil war daher insgesamt – auch gemäß § 357 StGB hinsichtlich des nichttreidierenden Mitangeklagten A - mit den Feststellungen gemäß § 353 StPO aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an eine andere Abteilung des Amtsgerichts Altena zurückzuverweisen, § 354 Abs. 2 StPO. 19

Hinsichtlich der erneuten Entscheidung weist der Senat auf Folgendes hin: 20

Die Feststellungen des Amtsgerichts sind lückenhaft und damit ebenfalls rechtsfehlerhaft, soweit keine Feststellungen dazu getroffen worden sind, ob die Ecstasy Tabletten zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmt waren, sowie zu deren Wirkstoffgehalt. 21

Auch der Strafausspruch hinsichtlich des Angeklagten und Revisionsführers B hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Das Amtsgericht hat rechtsfehlerhaft das Vorliegen eines minder schweren Falles gemäß § 29 a Abs. 2 BtMG verneint. Es ist zu beanstanden, dass das Amtsgericht trotz Vorliegens von überwiegenden Strafmilderungsgründen einen minder schweren Fall allein im Hinblick auf die Betäubungsmittelmenge und die daraus theoretisch folgende Anzahl möglicher Konsumenten verneint hat. Die zum Handelstreiben bestimmte Betäubungsmittelmenge von 250 g ist nicht derart gravierend, als dass sie die mildernden Faktoren im Rahmen der Abwägung überwiegen würde. Insbesondere hat das Amtsgericht nicht erkennbar bedacht, dass bereits der - nach den bisherigen (fehlerhaften) Feststellungen – nicht erheblich über dem Grenzwert zur nicht geringen Menge liegende Wirkstoffgehalt für sich genommen schon einen minder schweren Fall begründen kann (vgl. BGH, Beschlüsse vom 15.03.2017, 2 StR 294/16, NJW 2017, 2776 und vom 20.08.2019, 1 StR 209/19, NStZ 2020, 231). Hinzu kommt vorliegend, dass der Revisionsführer die 300 Gramm Marihuana mit Unterstützung des Mitangeklagten zu dem unbekannt gebliebenen Dealer zurückbrachte, 22

was den Unrechtsgehalt der Tat abschwächt.

Die Feststellungen tragen zudem eine Verurteilung des nichtrevidierenden Mitangeklagten A wegen mittäterschaftliche Abgabe von Betäubungsmitteln – unabhängig von der Frage des Vorliegens einer nicht geringen Menge von Marihuana – nicht. Die vorübergehende Verwahrung des Marihuanas in der eigenen Wohnung stellt sich von der rechtlichen Einordnung als unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln (gegebenenfalls in nicht geringer Menge) dar. Die Begleitung des Angeklagten B bei der Rückgabe des Marihuanas war lediglich eine fremdnützige Unterstützungshandlung, welche eine Beihilfe zur Abgabe von Betäubungsmitteln (in nicht geringer Menge) – gegebenenfalls in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz an diesen, begangen durch die Zeit der Verwahrung in der eigenen Wohnung - begründen kann.