

# **Oberlandesgericht Stuttgart, Beschluss vom 18.06.2012 – 2 Ss 154/12**

## **Tenor**

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Amtsgerichts Ulm vom 22. Dezember 2011 im Ausspruch über die Rechtsfolgen mit den dazugehörigen Feststellungen

a u f g e h o b e n.

2. Im Übrigen wird die Revision des Angeklagten mit der Maßgabe als unbegründet

v e r w o r f e n,

dass die Liste der angewandten Vorschriften wie folgt geändert wird:

§§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 1 Nr. 1, 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG.

3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Abteilung des Amtsgerichts Ulm

z u r ü c k v e r w i e s e n.

## **Gründe**

I.

### **Rn. 1**

Das Amtsgericht Ulm hat den Angeklagten mit Urteil vom 22. Dezember 2011 wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln zu der Freiheitsstrafe von sechs Monaten mit Strafaussetzung zur Bewährung verurteilt. Aus dem Urteil ergibt sich, dass das Amtsgericht die Verurteilung auf § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG (unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge) gestützt hat. Mit seiner (Sprung-) Revision erhebt der Angeklagte die Sachrüge und die nicht ausgeführte und deshalb nach § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO unzulässige Verfahrensrüge. Die Generalstaatsanwaltschaft hat beantragt, die Revision mit der Maßgabe zu verwerfen, dass der Angeklagte eines Vergehens des Besitzes von Betäubungsmitteln nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG schuldig ist, das Urteil im Rechtsfolgenausspruch aufzuheben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an das Amtsgericht Ulm zurückzuverweisen.

### **Rn. 2**

Zum Tatgeschehen stellt das Amtsgericht im Wesentlichen Folgendes fest:

### **Rn. 3**

Der Angeklagte, der Chemiker ist und bis heute über keine Genehmigung zum Umgang mit Betäubungsmitteln verfügt, kaufte im Jahr 1973 bei der Firma S. in Hamburg 10 Gramm Cathin (D-Norpseudoephedrin) und 100 Gramm Nitrazepam jeweils in Pulverform. Nach seinem Umzug nach U. nahm er beide Substanzen an seinen Arbeitsplatz bei der Universität U. mit und verwahrte sie dort in einem Schränkchen. Im Dezember 2009 wurde der Angeklagte von seinem Vorgesetzten angewiesen, sämtliche Chemikalien in dem Schränkchen zu entsorgen. Dabei wurde der Angeklagte auf die beiden Plastikdöschen mit noch 99,95 Gramm an reinem Nitrazepam sowie 7,595 Gramm an reinem Cathin aufmerksam. Er fand es zu schade, die beiden Substanzen wegzuworfen und bewahrte sie fortan in seiner Wohnung in U. auf, wobei er zumindest billigend in Kauf nahm, dass beide Substanzen dem Betäubungsmittelgesetz unterliegen. Dort wurden sie am 2. April 2011 bei der polizeilichen Durchsuchung der Wohnung aus anderem Grund sichergestellt. In Dosierung und Wirkung ist Nitrazepam den Benzodiazepinen vergleichbar, bei denen ab 2,4 Gramm des Wirkstoffs eine nicht geringe Betäubungsmittelmenge vorliegt.

II.

**Rn. 4**

Die zulässige Revision hat im aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg. Im Übrigen ist sie unbegründet.

**Rn. 5**

1. Die Sachrüge des Angeklagten hat zum Schuldspruch Erfolg, weil die vom Amtsgericht getroffenen Feststellungen seine Verurteilung wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nach § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG nicht tragen.

**Rn. 6**

Nach dieser Vorschrift macht sich nur derjenige strafbar, der Betäubungsmittel besitzt, ohne sie auf Grund einer Erlaubnis nach § 3 Abs. 1 BtMG erlangt zu haben. Hieran fehlt es.

**Rn. 7**

Das in der Medizin zur Behandlung von Schlafstörungen verwendete Nitrazepam wurde durch die 2. BtMÄndVO (BGBl I 1986, 1099) vom 23. Juli 1986 mit Wirkung vom 1. August 1986 in die Anlage III zum BtMG aufgenommen. Bei Cathin (B-Norpseudoephedrin) handelt es sich um den Wirkstoff der in Afrika heimischen Kath-Pflanze. Cathin wurde durch die 3. BtMÄndVO (BGBl I 1991, 712) vom 28. Februar 1991 mit Wirkung vom 15. April 1991 in die Anlage III zum BtMG eingefügt. Somit wurden die Substanzen, als der Angeklagte sie im Jahr 1973 erwarb, noch nicht vom Betäubungsmittelgesetz vom 22. Dezember 1971 erfasst.

**Rn. 8**

Die Nennung der Vorschrift des § 3 Abs. 1 BtMG im Straftatbestand des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG stellt eine Rechtsgrundverweisung dar. Die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 BtMG müssen deshalb ebenfalls vorliegen. Zu dem Zeitpunkt, als der Angeklagte die Stoffe im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG erwerben wollte, waren sie aber keine Betäubungsmittel, weil sie in den Anlagen zum BtMG nicht aufgeführt waren, so dass § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG nicht erfüllt ist. Es liegt auch kein Fall des § 3 Abs. 1 Nr. 2 BtMG (Herstellen ausgenommenen Zubereitungen) vor. Somit hat sich der Angeklagte nicht wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmittel in nicht geringer Menge strafbar gemacht. Das Auslegungsergebnis steht im Einklang mit der Überlegung, dass es überzogen erscheint, die Tat desjenigen, der Stoffe auch nach ihrer Aufnahme ins Betäubungsmittelgesetz in nicht geringer Menge in seinem Besitz behält, als Verbrechen mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr oder im minder schweren Fall von drei Monate bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe zu ahnden.

**Rn. 9**

2. Nach den Urteilsfeststellungen ist der Angeklagte jedoch eines Vergehens des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG schuldig. Nach der Vorschrift wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer Betäubungsmittel besitzt, ohne zugleich im Besitz einer schriftlichen Erlaubnis für den Erwerb zu sein. Im Gegensatz zu § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG verweist die Vorschrift nicht auf § 3 Abs. 1 BtMG. Vielmehr stellt sie mit dem Wort „zugleich“ klar, dass die schriftliche Erlaubnis für den Erwerb zum Zeitpunkt des Besitzes der Betäubungsmittel vorliegen muss. Damit folgt schon aus dem Wortlaut der Vorschrift, dass es nicht darauf ankommt, ob der Stoff bereits zum Zeitpunkt seines willentlichen Erwerbs durch den Angeklagten ein Betäubungsmittel war.

**Rn. 10**

Für die vom Senat vorgenommene Auslegung der Vorschrift spricht auch der Sinn der Einbeziehung von Stoffen durch den Gesetz- oder Verordnungsgeber in das Betäubungsmittelgesetz. Er besteht darin, den Stoff aufgrund seiner Gefahren für die menschliche Gesundheit sowohl des Einzelnen wie der

Bevölkerung im Ganzen und der mit dem Stoff verbundenen Risiken, davon abhängig zu werden, einem Erlaubnisvorbehalt zu unterstellen (vgl. BGHSt 42, 1 ff.). Diese Gefahren gehen auch von den bei Inkrafttreten der jeweiligen Änderungsvorschrift schon im Umlauf befindlichen Stoffmengen aus. Der von der Verteidigung angenommene „Besitzstandsschutz“ für Stoffe, die vor ihrer Aufnahme in das Betäubungsmittelgesetz erworben wurden, verträgt sich damit nicht.

#### **Rn. 11**

Weiter hat der Ordnungsgeber in der 2. BtMÄndVO vom 23. Juli 1986 in § 40a Abs. 1 BtMG und in der 3. BtMÄndVO vom 28. Februar 1991 in Artikel 2 Abs. 1 für beide Stoffe Übergangsvorschriften erlassen. Darin ist jeweils bestimmt, dass derjenige, der am Vortag des Inkrafttretens der Verordnung mit dem Stoff am Verkehr im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes teilnimmt, dazu noch für drei Monate (Nitrazepam) bzw. 2,5 Monate (Cathin) berechtigt bleibt. Beantragt er bis zum Ablauf der Frist eine Erlaubnis nach § 3 Abs. 1 des Gesetzes, so dauert die Berechtigung bis zur unanfechtbaren Ablehnung des Antrages fort. Daraus folgt, dass die Aufnahme der Stoffe in die Anlage III des Betäubungsmittelgesetzes auch die bereits im Umlauf befindlichen Stoffmengen erfasst. Ohne Bedeutung ist dabei, dass die Übergangsvorschrift in der 3. BtMÄndVO nach Art. 3 der Verordnung am 31. Dezember 1992 außer Kraft getreten ist; dies ist ersichtlich dem Wegfall des Überleitungsbedürfnisses durch Zeitablauf geschuldet. Bei der Anwendung der Übergangsvorschriften liegt es nahe, auch den bloßen Besitz des Stoffes als Verkehr im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG aufzufassen, auch wenn diese Umgangsform in § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG nicht besonders aufgeführt ist. Andernfalls wäre die leichteste Form des Umgangs mit Betäubungsmitteln übergangslos mit Inkrafttreten der Vorschriften erlaubnisbedürftig geworden.

#### **Rn. 12**

Entgegen der Auffassung der Verteidigung steht dem Auslegungsergebnis des Senats das Rückwirkungsverbot in Artikel 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB nicht entgegen. Dieses knüpft an die Begehung der Tat an. Nach § 8 StGB ist eine Tat zu der Zeit begangen, zu welcher der Täter oder der Teilnehmer gehandelt hat. Tathandlung ist hier die Ausübung des Betäubungsmittelbesitzes durch den Angeklagten von Dezember 2009 bis zum 2. April 2011. Sie wurde nach dem Inkrafttreten der beiden Änderungsverordnungen vorgenommen. Über eine Genehmigung zum Erwerb von Betäubungsmitteln verfügte der Angeklagte in diesem Zeitraum nicht, weshalb er des vorsätzlichen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln nach § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG schuldig ist.

III.

#### **Rn. 13**

Der Senat kann die Änderung des Schuldspruchs entsprechend § 354 Abs. 1 StPO selbst vornehmen, da die vom Amtsgericht hierzu getroffenen Feststellungen vollständig und tragfähig sind. Eine Aufhebung der Feststellungen nach § 353 Abs. 2 StPO ist bei dem gegebenen reinen Subsumtionsirrtum des Amtsgerichts nicht veranlasst. § 265 StPO steht der Schuldspruchänderung nicht entgegen, weil sich der Angeklagte hiergegen ersichtlich nicht wirksamer als geschehen hätte verteidigen können, zumal er die Tat umfassend gestanden hat. Einer Änderung des Urteilstenors des Amtsgerichts bedarf es nicht, weil der Angeklagte tatsächlich des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln schuldig ist. Zu ändern sind lediglich die angewandten Vorschriften.

#### **Rn. 14**

Die Änderung führt zur Aufhebung des Rechtsfolgenausspruchs und der dazugehörigen Feststellungen. Da ein anderer Strafraum anzuwenden ist, bedarf die Strafzumessung neuer Verhandlung und Entscheidung.

Quelle: Open Legal Data, abgerufen 09.07.2026

Entscheidungstext bereitgestellt über Open Legal Data (openlegalddata.io), lizenziert unter der Open Database License (ODbL) v1.0.

Nicht-amtliche Fassung — maßgeblich ist die Ausfertigung des Gerichts

Dieses Dokument: <https://recht.nulegal.eu/rechtsprechung/olg-stuttgart/2012-06-18/2-ss-154-12>