



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

2 StR 434/21

vom

9. Dezember 2021

in der Strafsache

gegen

1.

2.

wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung der Beschwerdeführer und des Generalbundesanwalts – zu Ziff. 2. auf dessen Antrag – am 9. Dezember 2021 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Aachen vom 6. Mai 2021, soweit es sie betrifft, in den Aussprüchen
  - a) über die in den Fällen 3, 4 und 5 der Urteilsgründe verhängten Einzelstrafen und
  - b) über die Gesamtfreiheitsstrafe (Angeklagter P. ) und die zweite Gesamtfreiheitsstrafe (Angeklagter O. ) aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

2. Die weitergehenden Revisionen werden verworfen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten P. wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen und wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in einem weiteren Fall (Fall 3) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. Den Angeklagten O. hat es wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen unter Einbeziehung einer anderweitig verhängten Freiheitsstrafe zu einer (ersten) Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und außerdem wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen (Fälle 4 und 5) zu einer weiteren Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt. Gegenüber beiden Angeklagten hat es ferner die Einziehung von Wertersatz angeordnet.
- 2 Gegen dieses Urteil wenden sich die Angeklagten mit ihren jeweils auf die Sachrüge gestützten Revisionen; der Angeklagte P. rügt darüber hinaus die Verletzung des formellen Rechts. Die Rechtsmittel haben den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg (§ 349 Abs. 4 StPO) und sind im Übrigen gemäß § 349 Abs. 2 StPO unbegründet.
- 3 1. Die vom Angeklagten P. erhobene Verfahrensrüge hat aus den Gründen der Antragsschrift des Generalbundesanwalts keinen Erfolg.
- 4 2. Die auf die Sachrügen erfolgte umfassende Überprüfung des angefochtenen Urteils hat hinsichtlich der Schuldsprüche, zu den Einzelstrafbemessungen in den Fällen 1 und 2 der Urteilsgründe, zur ersten gegenüber dem Angeklagten O. verhängten Gesamtfreiheitsstrafe und hinsichtlich der Einziehungsentscheidungen keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten ergeben.

5           3. Hingegen haben die gegenüber dem Angeklagten P. im Fall 3 der Urteilsgründe und die gegenüber dem Angeklagten O. in den Fällen 4 und 5 der Urteilsgründe verhängten Einzelstrafen sowie die insoweit sie betreffenden Gesamtfreiheitsstrafen keinen Bestand.

6           a) Das Landgericht hat in den Fällen 4 und 5 im Rahmen der Verneinung der Voraussetzungen des § 29a Abs. 2 StGB neben anderen Zumessungserwägungen zu Lasten des Angeklagten O. gewertet, dass er sich „selbständig, auf eigene Kosten und eigenes Risiko um den Handel mit Betäubungsmittel bemühte“, sodass beide Fälle „auf die eigene kriminelle Energie des Angeklagten zurückzuführen“ seien. Im Fall 3 der Urteilsgründe hat es hinsichtlich des Angeklagten P. neben anderen Zumessungsgründen zu seinen Lasten gewertet, dass er mit „großer Selbstverständlichkeit und planvoll vorgegangen ist, indem er sich die Betäubungsmittel [...] beschafft hat, um damit innerhalb seines eigenen Netzwerks an Kunden Handel zu treiben.“

7           Diese Erwägungen begegnen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Sowohl die gegenüber dem Angeklagten O. vorgenommene strafschärfende Berücksichtigung des selbständigen, auf eigene Kosten und eigenes Risiko bemühten Handelns als auch der zum Nachteil des Angeklagten P. bewertete Gesichtspunkt „großer Selbstverständlichkeit“, mit der er vorgegangen sei, stellen jeweils einen Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB dar (vgl. BGH, Beschluss vom 9. März 2021 – 6 StR 404/20, juris Rn. 3 f. mwN). Denn damit hat das Landgericht den Angeklagten letztlich straferschwerend zur Last gelegt, die abgeurteilten Taten überhaupt begangen zu haben (vgl. BGH, Beschlüsse vom 26. Januar 2016 – 3 StR 543/15, juris Rn. 2, und vom 25. April 2017 – 3 StR 81/17, StV 2018, 487, 488).

8                 Der Senat kann nicht ausschließen, dass das Landgericht ohne die fehlerhaften Erwägungen auf niedrigere Einzelstrafen und auf mildere Gesamtstrafen erkannt hätte.

9                 b) Die gegenüber dem Angeklagten O.         verhängte (zweite) Gesamtfreiheitsstrafe weist darüber hinaus einen weiteren eigenständigen Rechtsfehler auf. Nötigt – wie hier – die Zäsurwirkung einer einzubeziehenden Vorverurteilung zur Bildung zweier getrennter Strafen, muss das Gericht einen sich daraus möglicherweise für den Angeklagten ergebenden Nachteil infolge eines zu hohen Gesamtstrafübels ausgleichen. Dabei muss es nicht nur darlegen, dass es sich dieser Sachlage bewusst gewesen ist, sondern auch erkennen lassen, dass es das Gesamtmaß der Strafen für schuldangemessen gehalten hat (vgl. Senat, Beschlüsse vom 16. Februar 2021 – 2 StR 233/20, NStZ-RR 2021, 303; vom 24. November 2021 – 2 StR 357/21, juris Rn. 3; BGH, Beschlüsse vom 9. November 1995 – 4 StR 650/95, BGHSt 41, 310, 313; vom 17. April 2008 – 4 StR 118/08, NStZ-RR 2008, 234; vom 7. Februar 2018 – 1 StR 582/17, NStZ-RR 2018, 171). Das angefochtene Urteil genügt diesen Anforderungen nicht, weil es keine Ausführungen zum Gesamtstrafübel – hier insgesamt vier Jahre und sechs Monate – enthält. Der Senat kann deshalb nicht ausschließen, dass die Bemessung der zweiten Gesamtstrafe von einem Jahr und sechs Monaten auch auf diesem Mangel beruht.

10                c) Da die in den Fällen 3, 4 und 5 verhängten Einzelstrafen wegen Wertungsfehler und die gegenüber dem Angeklagten O.         verhängte zweite Gesamtstrafe auch aufgrund eines Begründungsmangels keinen Bestand haben, sind die zugrundeliegenden, rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen nicht auf-

zuheben (§ 353 Abs. 2 StPO). Das neue Tatgericht kann weitergehende Feststellungen treffen, sofern sie den bisherigen nicht widersprechen.

Franke

Zeng

Grube

Schmidt

Lutz

Vorinstanz:

Landgericht Aachen, 06.05.2021 - 69 KLS-901 Js 47/20-2/21