



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

2 StR 480/23

vom
6. Mai 2024
in der Strafsache
gegen

1.

2.

3.

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

hier: Revision des Angeklagten

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Beschwerdeführers und des Generalbundesanwalts am 6. Mai 2024 gemäß § 349 Abs. 4, § 357 Satz 1 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten E. wird das Urteil des Landgerichts Aachen vom 22. Juni 2023,
 - a) soweit es ihn und den Nichtrevidenten S. betrifft,
mit den Feststellungen aufgehoben, und
 - b) soweit es den Nichtrevidenten B. betrifft, mit den Feststellungen aufgehoben
 - aa) im Fall IV.2 der Urteilsgründe und
 - bb) im Strafausspruch.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Jugendkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

1 Das Landgericht hat den Angeklagten E. wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge unter Einbeziehung einer Freiheitsstrafe aus einer Vorverurteilung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und vier Monaten verurteilt. Außerdem hat es ihn wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt und die Einziehung eines Betrages in Höhe von 23.000 Euro angeordnet.

2 Den Mitangeklagten S. hat das Landgericht wegen Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Geldstrafe verurteilt und eine Einziehungsentscheidung getroffen. Den Mitangeklagten B. hat es wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge sowie wegen des Besitzes von Betäubungsmitteln verurteilt und die Entscheidung über die Verhängung einer Jugendstrafe zur Bewährung ausgesetzt.

3 Die auf die Beanstandung der Verletzung materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten hat in vollem Umfang Erfolg (§ 349 Abs. 4 StPO).

I.

4 Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

5 1. Von April 2020 bis zum 8. Dezember 2022 baute der Angeklagte einen schwunghaften Handel mit Betäubungsmitteln – insbesondere durch den Verkauf von Marihuana – auf. Die Betäubungsmittel lagerte der Angeklagte entweder an seiner Wohnanschrift oder in der Wohnung des Mitangeklagten B. und verpackte sie dort jeweils in Schnellverschlussstüten in Portionsgrößen von mindestens 1 bis 2 Gramm. Ein Gramm durchschnittliches Marihuana hatte einen Preis

von 10 Euro. Der Einkaufspreis betrug 6 Euro. Das verkaufsfertig verpackte Marihuana veräußerte er in der Folge gewinnbringend an diverse Abnehmer. Im Einzelnen kam es zu folgenden Taten:

6 Im April und Mai 2020 verfügte der Angeklagte über insgesamt jedenfalls 300 Gramm Marihuana unbekannter Sorte (Fall IV.1 der Urteilsgründe).

7 Zwischen dem 1. Januar 2021 und dem 8. Dezember 2022 verfügte der Angeklagte über mindestens 2.000 Gramm Marihuana unbekannter Sorte. Im Zeitraum vom 1. Dezember 2022 bis zum 4. Dezember 2022 übernahm der Mitangeklagte B. – entsprechend dem gemeinsam gefassten Tatplan und im bewussten und gewollten Zusammenwirken – für den Angeklagten den Verkauf des Marihuanas. Anfang des Jahres 2022 lagerte der Angeklagte an der Wohnanschrift des Mitangeklagten B. , was diesem jedenfalls bewusst war, zwei Mal jeweils ungefähr 50 Gramm Marihuana. Der Mitangeklagte B. erhielt jeweils als Entlohnung eine geringe Menge Marihuana für den Eigenbedarf (Fall IV.2 der Urteilsgründe).

8 Zwischen dem 1. März 2022 und dem 21. November 2022 unterstützte der Mitangeklagte S. den Angeklagten bei dem Verkauf des Marihuanas, indem er den Angeklagten mindestens zweimal im Monat, im März 2022 sogar viermal, mithin bei mindestens 20 Gelegenheiten, zu den Abnehmern fuhr (Fall IV.3 der Urteilsgründe).

9 Der Mitangeklagte B. verfügte am 8. Dezember 2022 über 24,62 Gramm Marihuana (Fall IV.4 der Urteilsgründe).

10 2. Diesen Sachverhalt hat das Landgericht hinsichtlich des Angeklagten als Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen

gemäß § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG gewürdigt. Dabei ist es zu Gunsten des Angeklagten zunächst davon ausgegangen, die Fälle IV.1 und IV.2 der Urteilsgründe bildeten wegen der Tatbestandsverwirklichung anhand eines vor seinem vollständigen Verbrauch „jeweils“ wieder aufgefüllten Vorrats eine „einheitliche[...] Tat“. Zu einer Verurteilung wegen zweier Taten des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge ist das Landgericht allein deshalb gelangt, weil es in einer Verurteilung des Angeklagten vom 16. Dezember 2020 wegen der Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige (1,1 Gramm Marihuana) am 28. Juni 2020 zu einer Freiheitsstrafe von sieben Monaten eine Zäsur erblickt hat. Daran anknüpfend hat das Landgericht aus der für den Fall IV.1 der Urteilsgründe verhängten Einzelstrafe und der am 16. Dezember 2020 verhängten und noch nicht erlassenen Bewährungsstrafe eine Gesamtstrafe gebildet. Aus einer weiteren rechtskräftigen Verurteilung des Angeklagten wegen Besitzes von Betäubungsmitteln (2,26 Gramm Marihuana) und wegen Beleidigung vom 26. September 2022 zu einer noch nicht erlassenen (Gesamt-)Bewährungsstrafe von vier Monaten hat es keine Folgerungen gezogen, weil die dort „ausgesprochenen Einzelstrafen“ mit der im Fall IV.2 der Urteilsgründe verhängten Einzelstrafe „nicht gesamtstrafenfähig“ seien. Die Tat im Fall IV.2 der Urteilsgründe sei „nicht vor jener Verurteilung begangen“ worden.

II.

11 Die Revision hat Erfolg. Die Urteilswirkungen sind in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang auf die nichtrevidierenden Mitangeklagten zu erstrecken.

- 12 1. Der Schuldspruch zulasten des Angeklagten hat keinen Bestand.
- 13 a) Die Annahme des Landgerichts, zugunsten des Angeklagten sei aufgrund einer immer wieder aufgefüllten Vorratsmenge in den Fällen IV.1 und IV.2 der Urteilsgründe jeweils von einer einheitlichen Tat des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge auszugehen, weist unbeschadet des Umstands, dass der Angeklagte aufgrund der zum 1. April 2024 geänderten Rechtslage nur wegen Handeltreibens mit Cannabis zu verurteilen wäre, Rechtsfehler zulasten des Angeklagten auf.
- 14 aa) Das wiederholte Auffüllen eines Betäubungsmittelvorrats führt grundsätzlich nicht zur Verklammerung der Erwerbsakte zu einer Bewertungseinheit (vgl. BGH, Beschlüsse vom 21. August 2012 – 2 StR 277/12, NStZ 2013, 48, und vom 5. Juni 2019 – 2 StR 287/18, NStZ 2020, 227 mwN). Eine Bewertungseinheit kommt zwar dann in Betracht, wenn die Betäubungsmittel aus verschiedenen Erwerbsvorgängen zu einem einheitlichen Verkaufsvorrat vereint werden (BGH, Beschlüsse vom 17. August 2023 – 2 StR 200/23, juris Rn. 6; vom 24. Mai 2022 – 5 StR 133/22, juris Rn. 5; vom 2. Februar 2022 – 4 StR 455/21, juris Rn. 6), im Sinne einer jedenfalls teilweisen gemeinsamen Veräußerung (vgl. BGH, Beschlüsse vom 17. August 2023 – 2 StR 200/23; vom 25. Juni 1998 – 1 StR 68/98, BGHR BtMG § 29 Bewertungseinheit 18). Der bloße Umstand, dass bei jedem Neukauf noch Reste der vorangegangenen Lieferung vorhanden waren, die mit den neuerworbenen Betäubungsmitteln vermischt wurden, verbindet jedoch nicht sämtliche Ankäufe zu einer einheitlichen Vorratsmenge (BGH, Beschluss vom 29. Juni 2016 – 2 StR 586/15, NStZ-RR 2016, 345). Dies gilt selbst dann, wenn die einzelnen Portionen von einem Lieferanten stammten und dieser sie seinerseits aus einem einheitlichen Vorrat entnommen hatte (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Januar 2010 – 1 StR 587/09, NStZ-RR 2011, 25, 26). Allein der gleichzeitige Besitz mehrerer Betäubungsmittelmengen verbindet die hierauf bezogenen

Handlungen nicht zu einer Tat des Handeltreibens (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschluss vom 20. Februar 2008 – 2 StR 619/07, NStZ 2008, 470).

15 Mehrere Taten des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln können unabhängig vom Vorliegen einer Bewertungseinheit zueinander dann in Tateinheit im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB stehen, wenn ihre tatbestandlichen Ausführungshandlungen sich – teilweise – überschneiden (BGH, Beschluss vom 28. Mai 2018 – 3 StR 88/18, juris Rn. 7 mwN). Da das Vorhalten einer Handelsmenge zum Vertrieb als Teilakt des Handeltreibens anzusehen ist, vermag der gleichzeitige Besitz zweier für den Verkauf bestimmter Vorräte jedenfalls dann Tateinheit in diesem Sinne zu begründen, wenn die Art und Weise der Besitzausübung über eine bloße Gleichzeitigkeit hinausgeht und die Wertung rechtfertigt, dass – etwa wegen eines räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Juli 2017 – GSSt 4/17, BGHSt 63, 1; Urteil vom 2. April 2015 – 3 StR 642/14, juris Rn. 7 f.) – die tatsächliche Ausübung des Besitzes über die eine Menge zugleich die Ausübung der tatsächlichen Verfügungsgewalt über die andere darstellt (BGH, Beschluss vom 5. Juni 2019 – 2 StR 287/18, NStZ 2020, 227).

16 bb) Feststellungen dazu hat das Landgericht jedoch nicht getroffen, sondern es als „unklar“ angesehen, ob der Angeklagte einen Vorrat erst nach oder vor einem vollständigen Verbrauch aufgefüllt hat. Hinzu kommt, dass sich die Feststellungen auch nicht dazu verhalten, ob Betäubungsmittel aus verschiedenen Erwerbsvorgängen jedenfalls teilweise gemeinsam veräußert wurden. Dies liegt angesichts der im Rahmen der Beweiswürdigung angenommenen Einzelverkaufsmenge von 1,5 Gramm auch nicht nahe.

17 cc) Durch die fehlerhafte Bewertung des Konkurrenzverhältnisses ist der Angeklagte beschwert.

- 18 Die Zusammenfassung der vom Angeklagten gehandelten Menge von 300 Gramm (Fall IV.1 der Urteilsgründe) bzw. 2.000 Gramm (Fall IV.2 der Urteilsgründe), die das Landgericht anhand der geschätzten Einzelverkäufe bei einer Einzelverkaufsmenge von 1,5 Gramm und acht Verkäufen pro Tag hochgerechnet hat, wirkt sich nicht zu seinen Gunsten aus. Denn es ist denkbar, dass bei der Annahme von Tatmehrheit auch unter Berücksichtigung der bei dem Mitangeklagten B. gelagerten Marihuanamenge von zweimal 50 Gramm in keinem Fall der in dem Regelbeispiel des § 34 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 KCanG in Verbindung mit § 2 Abs. 3 StGB vertypete erhöhte Unrechts- und Schuldgehalt (dazu allgemein BGH, Beschluss vom 18. November 1985 – 3 StR 291/85, BGHSt 33, 370, 374) verwirklicht ist.
- 19 b) Im Übrigen unterliegt der Schuldspruch in den Fällen IV.1 und IV.2 der Urteilsgründe auch deshalb der Aufhebung, weil aufgrund der Feststellungen nicht auszuschließen ist, dass im Fall IV.1 der Urteilsgründe Strafklageverbrauch gemäß Art. 103 Abs. 3 GG eingetreten ist und im Fall IV.2 der Urteilsgründe aufgrund der Zäsurwirkung einer Vorverurteilung die Tat – die Erweislichkeit von Tateinheit unterstellt – einen deutlich geringeren als den vom Landgericht angenommenen Schuldgehalt aufweist.
- 20 aa) Die Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige (1,1g Marihuana) am 28. Juni 2020, wegen der der Angeklagte durch das Amtsgericht Eschweiler am 16. Dezember 2020 verurteilt wurde, bildet mit der Tat in Fall IV.1 der Urteilsgründe eine einheitliche prozessuale Tat, sofern das Marihuana, mit dem der Angeklagte jeweils Umgang hatte, aus derselben Menge stammte (vgl. BGH, Urteil vom 26. Oktober 2017 – 4 StR 259/17, BGHR StGB § 46 Abs. 2 Ausländer 8 mwN). In diesem Fall stünde dem Verfahren im Fall IV.1 der Urteilsgründe ein dauerndes Prozesshindernis entgegen und wäre das Verfahren bezogen auf diesen Fall gemäß § 206a Abs. 1 StPO einzustellen.

21 bb) Im Fall IV.2 der Urteilsgründe ist nicht auszuschließen, dass der Tatzeitraum mit für den Angeklagten nachteiligen Folgen bei der Beurteilung der Schuldschwere zu lang bemessen ist. Wäre das Handeltreiben mit Marihuana im Zeitraum vom 1. Januar 2021 bis zum 26. September 2022 mit dem am 26. September 2022 durch das Amtsgericht Eschweiler abgeurteilten Besitz an Marihuana am 11. Februar 2021 aufgrund einer Bewertungseinheit mit der dem Fall IV.2 der Urteilsgründe zugrundeliegenden Tat verknüpft, könnte das Tatunrecht bis zum 26. September 2022 nicht mehr geahndet werden (vgl. BGH, Beschluss vom 23. Oktober 2008 – 1 StR 526/08, juris; LK-StGB/Rissing-van Saan, 13. Aufl., Vor § 52 Rn. 68). Das dann noch zur Aburteilung anstehende Handeltreiben betreffe lediglich den Zeitraum zwischen dem 27. September 2022 und dem 8. Dezember 2022 und damit zugleich eine deutlich geringere Menge.

22 Die ab dem 1. April 2024 geltende Rechtslage hat keine Auswirkung auf diese rechtliche Bewertung. Nach Art. 316p EGStGB findet für vor dem 1. April 2024 verhängte Strafen nach dem Betäubungsmittelgesetz, die nach dem Konsumcannabisgesetz oder dem Medizinal-Cannabisgesetz nicht mehr strafbar und auch nicht mit Geldbuße bedroht sind, Art. 313 EGStGB entsprechende Anwendung. Gemäß Art. 313 Abs. 1 EGStGB werden rechtskräftig verhängte Strafen wegen solcher Taten, die nach neuem Recht nicht mehr strafbar und auch nicht mit Geldbuße bedroht sind, mit Inkrafttreten des neuen Rechts erlassen, soweit sie noch nicht vollstreckt sind. Dies lässt jedoch nicht den (im Fall IV.2 der Urteilsgründe bis zum 26. September 2022 bei Annahme von Tateinheit wirksamen) Strafklageverbrauch eines Straferkenntnisses entfallen. Das Strafurteil bleibt in seinem Bestand durch den Erlass unberührt, lediglich die darin ausgesprochene Strafe darf nicht vollstreckt werden.

23 2. Die Aufhebung des Schuldspruchs mitsamt den zugrundeliegenden Feststellungen (§ 353 Abs. 2 StPO) zieht den Entfall der in den Fällen IV.1 und

IV.2 der Urteilsgründe verhängten Einzelstrafen, der mit der ersten Einzelstrafe nachträglich gebildeten Gesamtstrafe und der Einziehungsentscheidung nach sich.

24 3. Gemäß § 357 Satz 1 StPO ist die Aufhebung der Verurteilung im Fall IV.2 der Urteilsgründe auf die nicht revidierenden Mitangeklagten S. und B. wie aus der Entscheidungsformel ersichtlich zu erstrecken. Mit Blick auf ihre Beteiligung an den Taten des Angeklagten weist die konkurrenzrechtliche Beurteilung denselben Rechtsfehler auf.

25 Hinsichtlich des Mitangeklagten B. war die Aufhebung nicht auf die Verurteilung in Fall IV.4 der Urteilsgründe zu erstrecken, da der Angeklagte an dieser Tat nicht beteiligt war. Zwar ist es möglich, dass die Tat im Fall IV.4 der Urteilsgründe angesichts der zeitlichen Nähe dieselbe prozessuale Tat wie die Tat im Fall IV.2 der Urteilsgründe ist, sofern der im Fall IV.4 der Urteilsgründe festgestellte Besitz des Marihuanas durch den Mitangeklagten B. aus der im Fall IV.2 der Urteilsgründe gehandelten Betäubungsmittelmenge stammt, weshalb aufgrund der Teilrechtskraft der Verurteilung des Mitangeklagten B. im Fall IV.4 der Urteilsgründe hinsichtlich des Falls IV.2 der Urteilsgründe ein Strafkla-geverbrauch eingetreten sein kann. Jedoch führt § 357 Satz 1 StPO nur begünstigend zur Durchbrechung der Rechtskraft (vgl. LR-StPO/Franke, 26. Aufl., § 357 Rn. 10). Auch kommt eine Aufhebungserstreckung nicht in Betracht, wenn das Urteil nicht erkennen lässt, ob der Mitangeklagte, der keine Revision eingelegt hat, bei der Tat des revisionsführenden Angeklagten beteiligt gewesen ist (vgl. LR-StPO/Franke aaO, Rn. 20).

III.

26 Die Sache bedarf im Umfang der Aufhebung neuer Verhandlung und Entscheidung. Hierfür weist der Senat auf Folgendes hin:

27 1. Der neue Tatrichter wird bei der Prüfung des § 34 KCanG davon auszugehen haben, dass die nicht geringe Menge Cannabis gemäß § 34 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 KCanG weiter dem bisherigen Grenzwert für die nicht geringe Menge nach dem Betäubungsmittelgesetz entspricht, der bei 7,5 Gramm Tetrahydrocannabinol (THC) liegt (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Juli 1984 – 3 StR 183/84, BGHSt 33, 8; vgl. nunmehr zum KCanG: BGH, Beschluss vom 18. April 2024 – 1 StR 106/24, Rn. 7 ff.). Zwar heißt es im Gesetzentwurf der Bundesregierung für das Cannabisgesetz (BT-Drucks. 20/8704, S. 132, 148 f.; vgl. auch BT-Drucks. 20/10426, S. 139, 147):

„Der konkrete Wert einer nicht geringen Menge wird abhängig vom jeweiligen THC-Gehalt des Cannabis von der Rechtsprechung aufgrund der geänderten Risikobewertung zu entwickeln sein. Im Lichte der legalisierten Mengen wird man an der bisherigen Definition der nicht geringen Menge nicht mehr festhalten können und wird der Grenzwert deutlich höher liegen müssen als in der Vergangenheit.“

28 Die geänderte Risikobewertung besteht jedoch lediglich darin, dass Konsumenten ein verantwortlicher Umgang mit Cannabis erleichtert werden soll (BT-Drucks. 20/8704, S. 1). Die Beurteilung der Gefährlichkeit von Cannabis hat sich demgegenüber nicht geändert. Der Gesetzentwurf führt hierzu aus:

„Wie bei anderen psychoaktiven Substanzen auch, ist der Konsum von Cannabis mit gesundheitlichen Risiken, wie beispielsweise cannabisinduzierte Psychosen, verbunden. [...] Beim Konsum von Cannabis sind junge Altersgruppen besonderen gesundheitlichen Risiken ausgesetzt“ (BT-Drucks. 20/8704, S. 68).

29 Da im Übrigen durch die teilweise deutlich geminderten Strafraumen des Konsumcannabisgesetzes im Vergleich zum Betäubungsmittelgesetz die geänderte Risikobewertung des Gesetzgebers hinreichend Berücksichtigung findet, besteht keine Veranlassung, darüber hinaus durch eine Erhöhung des Grenzwertes im Ergebnis eine weitere Strafmilderung vorzunehmen.

30 2. Die einer neuerlichen Einziehungsentscheidung zugrunde zu legenden Feststellungen zur tatsächlichen Entgegennahme der Verkaufserlöse nach § 73 Abs. 1 StGB müssen beweismäßig belegt sein. Die Verkaufslisten des Angeklagten mit den Daten „15.04.2020“ (zwei Listen) sowie „22.04.2020“, in denen er die Schulden seiner Käufer in Höhe von insgesamt 1.135 € aufführte, deuten darauf hin, dass der Angeklagte gerade nicht bei allen Verkäufen vollständig den Kaufpreis für das Marihuana erlangte.

31 3. Hinsichtlich des Mitangeklagten B. wird der neue Tatrichter zu prüfen haben, ob er gegebenenfalls lediglich wegen Beihilfe zum Handeltreiben mit Cannabis schuldig ist. Nach ständiger Rechtsprechung ist unter Handeltreiben jedes eigennützige Bemühen zu verstehen, das darauf gerichtet ist, den Umsatz von Betäubungsmitteln zu ermöglichen oder zu fördern (vgl. nur BGH, Beschluss vom 7. Juli 2006 – 2 StR 184/06, BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 70).

Fehlt danach die Eigennützigkeit, kommt lediglich eine Verurteilung wegen Beihilfe in Betracht.

Menges

Appl

Lutz

Zimmermann

Herold

Vorinstanz:

Landgericht Aachen, 22.06.2023 - 98 KLS-905 Js 610/22-1/23