



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

4 StR 116/18

vom  
27. Juni 2018  
in der Strafsache  
gegen

wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln u.a.

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Antrag des Generalbundesanwalts und nach Anhörung des Beschwerdeführers am 27. Juni 2018 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO einstimmig beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Bielefeld vom 5. Dezember 2017
  - a) im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte des bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge schuldig ist;
  - b) im Strafausspruch dahin geändert, dass unter Wegfall der verhängten Gesamtfreiheitsstrafe und der Einzelstrafen eine Freiheitsstrafe von fünf Jahren und drei Monaten festgesetzt wird.
2. Die weiter gehende Revision wird verworfen.
3. Der Beschwerdeführer trägt die Kosten seines Rechtsmittels.

Gründe:

1. Das Landgericht hat den Angeklagten wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe

von fünf Jahren und drei Monaten verurteilt. Der Angeklagte wendet sich mit der Sachrüge gegen seine Verurteilung. Sein Rechtsmittel hat nur in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

2 1. Zutreffend hat der Generalbundesanwalt ausgeführt:

"Die Annahme zweier rechtlich selbständiger Taten hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Ausweislich der Urteilsgründe ist die Kammer zu Gunsten des Angeklagten davon ausgegangen, dass die Messer in dem vergleichsweise kurzen Zeitraum, in dem das Kokain gemeinsam mit dem längere Zeit dort befindlichen Heroin in der Wohnung gelagert war, 'zufällig anderweitig verwahrt waren oder benutzt wurden' (UA S. 21). Sie hat deshalb unter Anwendung des Zweifelssatzes den Angeklagten für das Kokaingeschäft (Tat II.2.b)) nicht wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, sondern wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verurteilt. Bei der konkurrenzrechtlichen Beurteilung hat sie indes übersehen, dass der Zweifelssatz auch hier (erneut) zur Anwendung gelangen muss (BGHR StGB § 52 Abs. 1 in dubio pro reo 1 bis 4).

Der Tatbestand des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG ist schon dann verwirklicht, wenn der zur Verletzung von Personen geeignete und bestimmte gefährliche Gegenstand in einem Stadium des Tathergangs zur Verfügung steht (vgl. BGH, Urteil vom 12. Januar 2017 – 1 StR 394/16, NStZ 2017, 714, 715; Urteil vom 8. Dezember 2016 – 4 StR 246/16, Rn. 13; st. Rspr.). Durch das Bereithalten der Messer in der Wohnung während der gemeinsamen Lagerung des noch nicht vollständig abverkauften Heroins aus der Tat II.2.a) der Urteilsgründe und des Kokains aus der Tat II.2.b) der Urteilsgründe wäre der Tatbestand des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG jeweils durch ein und dieselbe Tathandlung erfüllt. Diese Teilidentität der tatbestandlichen Ausführungshandlung führte zur Annahme von Tateinheit (vgl. Beschluss vom 5. Dezember 2017 – 4 StR 562/17; BGH,

Beschluss vom 24. Januar 2017 – 3 StR 487/16, NStZ-RR 2017, 218, 219 mwN).

Dies zugrunde gelegt, ist bei der konkurrenzrechtlichen Beurteilung zu Gunsten des Angeklagten davon auszugehen, dass sich die Messer – in der festgestellten Art und Weise (UA S. 9 f.) – auch während der gemeinsamen Lagerung des Heroins und des Kokains in der Wohnung befanden. Damit stehen beide Taten im Verhältnis der Tateinheit zueinander.“

3 Der Senat hat den Schuldspruch entsprechend umgestellt. § 265 StPO steht nicht entgegen, da sich der Angeklagte gegen den geänderten Schuldspruch nicht anders als geschehen hätte verteidigen können.

4 Die Änderung des Schuldspruchs hat den Wegfall der vom Landgericht festgesetzten Einzelstrafen zur Folge. Der Senat kann jedoch in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO die Gesamtstrafe als einzige Strafe bestehen lassen. Er schließt aus, dass das Landgericht allein aufgrund der geänderten Konkurrenzverhältnisse eine niedrigere Strafe verhängt hätte, weil eine unterschiedliche rechtliche Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses bei – wie hier – unverändertem Schuldumfang kein maßgebliches Kriterium für die Straf bemessung ist (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 17. Juni 2004 – 3 StR 344/03, BGHSt 49, 177, 184; Beschlüsse vom 9. März 2005 – 2 StR 544/04, NStZ-RR 2005, 199, 200 und vom 2. Dezember 2014 – 4 StR 473/14).

5 2. Die Begründung, mit der das Landgericht eine Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt abgelehnt hat, weist keinen durchgreifenden Rechtsfehler auf. Das Landgericht hat bei der Ausübung seines Ermessens zu Recht bedacht, dass eine spätere Integration des Angeklagten in Deutsch-

land nicht zu erwarten ist (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Juni 2017 – 4 StR 218/17, NStZ-RR 2017, 283; vgl. auch Urteil vom 6. Juli 2017 – 4 StR 124/17, BGHR StGB § 64 Satz 2 Erfolgsaussicht 4). Zwar sind die von der Strafkammer in diesem Zusammenhang angestellten Erwägungen zu einer Ausweisung des Angeklagten nach den §§ 53, 54 des Aufenthaltsgesetzes insoweit rechtsfehlerhaft, als das Aufenthaltsgesetz auf den Angeklagten als Unionsbürger unmittelbar keine Anwendung findet (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG, § 11 Freizügigkeitsgesetz/EU). Rechtsgrundlage für die Feststellung des Verlustes des Freizügigkeitsrechts von EU-Bürgern ist vielmehr § 6 Freizügigkeitsgesetz/EU. Soweit es hierzu im Urteil heißt: „Zwar darf er nur unter den weiteren Voraussetzungen des § 53 Abs. 2 AufenthG ausgewiesen werden, der die Ausweisung eines Unionsbürgers nur erlaubt, wenn das persönliche Verhalten des Betroffenen gegenwärtig eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt, und die Ausweisung für die Wahrung dieses Interesses unerlässlich ist ...“ (UA 30), handelt es sich bei der Angabe des Paragraphen aber wohl lediglich um einen Missgriff. Denn die von der Strafkammer genannten Voraussetzungen sind in § 6 Abs. 2 Freizügigkeitsgesetz/EU enthalten, während § 53 Abs. 2 AufenthG einzelne Kriterien für die Abwägung bei einer Ausweisung nach § 53 Abs. 1 AufenthG aufzählt, der für Unionsbürger gerade nicht gilt. Inhaltlich ist die Strafkammer jedenfalls von zutreffenden Voraussetzungen der Ausweisung eines Unionsbürgers ausgegangen.

- 6                    3. Der geringfügige Erfolg des Rechtsmittels gibt keinen Anlass, den Angeklagten von den Kosten des Verfahrens und seinen Auslagen gemäß § 473 Abs. 4 StPO teilweise zu entlasten.

Sost-Scheible

Roggenbuck

Cierniak

Bender

Feilcke