



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

2 StR 200/23

vom
17. August 2023
in der Strafsache
gegen

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

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts – zu den Ziffern 1. Buchstabe b) und 2. auf dessen Antrag – und des Beschwerdeführers am 17. August 2023 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Kassel vom 10. März 2023 mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben
 - a) in den Fällen II.1 bis II.44 der Urteilsgründe,
 - b) in den Aussprüchen über beide Gesamtfreiheitsstrafen,
 - c) im Maßregelausspruch und
 - d) im Ausspruch über die Einziehung.

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

2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe:

1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen „unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 45 tatmehrheitlichen Fällen, davon in 32 Fällen in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge“ unter Einbeziehung von Strafen aus vorangegangenen Entscheidungen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und drei Monaten, sowie zu einer weiteren Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und neun Monaten verurteilt. Daneben hat es die Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt und den Vorwegvollzug eines Teils der verhängten Strafen in Höhe von einem Jahr und sechs Monaten angeordnet; zudem hat es eine Einziehungsentscheidung getroffen. Die auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

I.

2 Nach den Feststellungen bezog der Angeklagte im Zeitraum Dezember 2019 bis September 2020 von dem gesondert Verfolgten F. regelmäßig Marihuana und Kokain. Dem lag die Vereinbarung zugrunde, dass der gesondert Verfolgte F. Rauschgift in den Niederlanden (Marihuana) und in K. (Kokain) ankaufte und anschließend in eine gemeinsam mit dem Angeklagten als Betäubungsmittelversteck genutzte Wohnung in K. verbrachte, zu der dieser mit einem eigenen Schlüssel jederzeit Zugang hatte und nach Bedarf Betäubungsmittel auf Kommission ankaufen und entnehmen konnte. Auf diese Weise erhielt der Angeklagte monatlich jeweils mindestens 2,5 Kilogramm Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von mindestens 10 Prozent THC, welches er anschlie-

ßend vollständig verkaufte (Fälle II.1 bis II.10 der Urteilsgründe). Außerdem entnahm er alle zehn Tage 100 g Kokain mit einem Wirkstoffgehalt von 70 Prozent Kokainhydrochlorid aus der Wohnung, von dem er jeweils die Hälfte verkaufte, die andere Hälfte selbst konsumierte (Fälle II.11 bis II.39 der Urteilsgründe).

3 Im Zeitraum vom 16. Februar 2021 bis zum 26. März 2021 bezog der Angeklagte von dem gesondert Verfolgten A. bei fünf Gelegenheiten (Fälle II.40 bis II.44 der Urteilsgründe) jeweils diverse Betäubungsmittel im Kilogrammbe- reich auf Kommission, wobei er diese bei zwei Gelegenheiten vollständig und bei weiteren drei Gelegenheiten teilweise verkaufte und im Übrigen selbst konsumierte. Dabei drängte A. den Angeklagten immer wieder, „ausstehende Schulden zu bezahlen und zu diesem Zweck weitere Betäubungsmittel auf Kommission durch ihn zu beziehen.“

4 Zuletzt legte der Angeklagte nach der Verhaftung des gesondert Verfolgten A. spätestens ab dem 6. September 2021 eine Indoor-Cannabisplantage an und verfügte hieraus am 7. November 2021 über zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmtes Marihuana mit einem Nettogewicht von 2,085 Kilogramm und einem durchschnittlichen Wirkstoffgehalt von 7,1 Prozent (Fall II.45 der Urteilsgründe).

II.

5 1. Die konkurrenzrechtliche Bewertung in den Fällen II.1 bis II.39 der Urteilsgründe als jeweils gesonderte, zueinander in Tatmehrheit stehende Taten wird von den bislang getroffenen Feststellungen nicht zweifelsfrei getragen.

6 a) Zwar führt grundsätzlich weder das wiederholte Auffüllen eines Betäubungsmittelvorrats zu einer Verklammerung der Erwerbsakte zu einer Bewertungseinheit (vgl. Senat, Beschlüsse vom 5. Juni 2019 – 2 StR 287/18, NStZ

2020, 227; vom 21. August 2012 – 2 StR 277/12, NStZ 2013, 48) noch verbindet allein der gleichzeitige Besitz mehrerer Drogenmengen die hierauf bezogenen Handlungen zu einer Tat des Handeltreibens (vgl. Senat, Beschluss vom 20. Februar 2008 – 2 StR 619/07, NStZ 2008, 470; BGH, Beschlüsse vom 28. Mai 2018 – 3 StR 88/18, NStZ 2020, 42; vom 3. September 2019 – 1 StR 300/19, Rn. 10 mwN). Eine Bewertungseinheit kommt allerdings dann in Betracht, wenn die Betäubungsmittel aus verschiedenen Erwerbsvorgängen zu einem einheitlichen Verkaufsvorrat vereint werden (vgl. BGH, Beschlüsse vom 24. Mai 2022 – 5 StR 133/22, Rn. 5; vom 2. Februar 2022 – 4 StR 455/21, Rn. 6; kritisch und den Begriff des „Verkaufsvorrats“ einschränkend Patzak, NStZ 2023, 17, 21).

7

Zudem stehen mehrere Taten des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln zueinander in Tateinheit im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB, wenn ihre tatbestandlichen Ausführungshandlungen sich (teilweise) überschneiden. Da das Vorhalten einer Handelsmenge zum Vertrieb als Teilakt des Handeltreibens anzusehen ist (vgl. Senat, Beschluss vom 14. September 2021 – 2 StR 290/20, Rn. 2; BGH, Beschluss vom 28. Mai 2018 – 3 StR 95/18, Rn. 5), kann der gleichzeitige Besitz zweier für den Verkauf bestimmter Vorräte dann Tateinheit in diesem Sinne begründen, wenn die Art und Weise der Besitzausübung über eine bloße Gleichzeitigkeit hinausgeht und die Wertung rechtfertigt, dass – etwa wegen eines engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs (vgl. BGH, Beschluss vom 1. Februar 2023 – 5 StR 408/22, Rn. 6) – die tatsächliche Ausübung des Besitzes über die eine Menge zugleich die Ausübung der tatsächlichen Verfügungsgewalt über die andere darstellt (vgl. Senat, Beschlüsse vom 14. September 2021 – 2 StR 290/20, Rn. 2; vom 5. Juni 2019 – 2 StR 287/18, NStZ 2020, 227, 228; BGH, Beschlüsse vom 1. Februar 2023 – 5 StR 408/22; vom 28. Mai 2018 – 3 StR 88/18, NStZ 2020, 42, 43).

8 b) Die Urteilsgründe lassen nicht erkennen, dass die Strafkammer diese Grundsätze hinreichend in den Blick genommen hat, obgleich hierzu Anhaltspunkte bestanden. So haben der Angeklagte und der gesondert verfolgte F.

die aus unterschiedlichen Erwerbsvorgängen stammenden Drogen sukzessive an einem Lagerort zusammengeführt und übt nach ihrem praktizierten Geschäftsmodell, wonach jeder uneingeschränkt und nach Bedarf – mithin theoretisch auch unter Ausschluss des jeweils anderen bis hin zur Verfügung über die gesamte Menge – zum Zwecke des gewinnbringenden Weiterverkaufs auf das gesamte Rauschgift zugreifen konnte, den (Mit)Besitz über die jeweiligen Gesamtmengen aus (vgl. auch OLG Stuttgart, NStZ 2002, 154; vgl. zur Abgrenzung zur bloßen freien Zugänglichkeit BGH, Beschlüsse vom 18. August 2020 – 1 StR 247/20, NStZ 2021, 52; vom 2. Dezember 1992 – 5 StR 592/92, Rn. 6). Ein solcher Besitz an den Gesamtmengen kann, auch wenn nur nach Bedarf Teilmengen entnommen werden, für die Annahme einer Teilidentität in den tatbestandlichen Ausführungshandlungen genügen, sofern die Betäubungsmittel vollständig zum gewinnbringenden Weiterverkauf gedacht waren und zu diesem Zweck (gemeinsam) vorgehalten wurden.

9 Nach den Urteilsgründen bleibt indes offen, ob die nach und nach hinzuerworbenen Rauschmittel gegebenenfalls ganz oder teilweise in einer Art und Weise mit möglicherweise verbliebenen Resten aus einer vorherigen Lieferung aufbewahrt wurden, die die Wertung rechtfertigen würde, der Angeklagte habe unterschiedliche Rauschmittelmengen und -arten aus getrennten Erwerbsgeschäften nicht lediglich unabhängig voneinander gleichzeitig besessen, sondern gemeinsam über verschiedene Betäubungsmittelmengen die tatsächliche Verfügungsgewalt ausgeübt. Die Einlassung des Angeklagten, in der zu Bunkerzwecken genutzten Wohnung sei „stets“ Kokain vorrätig gewesen, legt dies zumindest nahe.

10 Zudem wird das Landgericht in den Blick zu nehmen haben, ob die unterschiedlichen Betäubungsmittel etwa deshalb zu einem einheitlichen Verkaufsvorrat zusammengeführt wurden, um diese – zumindest teilweise – gemeinsam zu veräußern (vgl. Patzak, NStZ 2023, 17, 21).

11 2. Ebenso wenig wird die konkurrenzrechtliche Bewertung in den Fällen II.40 bis II.44 der Urteilsgründe als jeweils gesonderte, zueinander in Tatmehrheit stehende Taten von den bislang getroffenen Feststellungen zweifelsfrei getragen.

12 Das Landgericht hat nicht erkennbar bedacht, dass die Bezahlung einer zuvor „auf Kommission“ erhaltenen Betäubungsmittelmenge aus Anlass der Übernahme einer weiteren Betäubungsmittelmenge im Rahmen einer bestehenden Lieferbeziehung die beiden Umsatzgeschäfte zu einer einheitlichen Tat im Sinne einer natürlichen Handlungseinheit verbindet (vgl. BGH, Beschlüsse vom 10. Januar 2019 – 3 StR 448/18; vom 10. Juli 2017 – GSSt 4/17, BGHSt 63, 1, 10). Obwohl es sich bei sämtlichen den Fällen II.40 bis II.44 der Urteilsgründe zugrundeliegenden Taten ausweislich der getroffenen Feststellungen um Kommissionsgeschäfte handelte, hat das Landgericht keine Feststellungen zu den konkreten Zahlungs- und Liefermodalitäten getroffen. Der Senat kann bereits deshalb nicht prüfen, ob das Landgericht die Konkurrenzen zutreffend bewertet hat.

13 Inwieweit die Betäubungsmittelgeschäfte auch dem Zweck dienen, ausstehende Schulden des Angeklagten aus weiteren Betäubungsmittelgeschäften bei und mit dem gesondert Verfolgten A. zu bezahlen, wird ebenfalls nicht näher aufgelöst. So fehlt es an konkreten Feststellungen zu etwaigen Verknüpfungen zwischen den Betäubungsmittelgeschäften und daraus aufgelaufenen Schulden.

Ob der Senat sich uneingeschränkt der Rechtsprechung anschließen würde, wonach Tateinheit durch Teilidentität schon dann anzunehmen sei, wenn Betäubungsmittel verkauft werden, um damit Schulden aus früheren Handelsgeschäften zu tilgen, weil das frühere und das der Schuldentilgung dienende Handelsgeschäft dann funktionell miteinander verknüpft sind (vgl. BGH, Beschlüsse vom 22. April 2020 – 1 StR 641/19; vom 5. August 2014 – 3 StR 340/14, Rn. 5 – hier noch Annahme einer „tatbestandlichen Bewertungseinheit“ –; vgl. auch BGH, Beschluss vom 23. November 2021 – 4 StR 344/21; kritisch Patzak, Konkurrenzverhältnisse bei unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (2021), S. 294), bedarf vorliegend keiner Entscheidung.

14 3. Die aufgezeigten Rechtsfehler bedingen die Aufhebung des Schuldspruchs in den Fällen II.1 bis II.44 der Urteilsgründe und in dessen Folge den Wegfall der diesbezüglichen Einzelstrafen, der beiden Gesamtfreiheitsstrafen und der sich aus den Einkünften aus den Betäubungsmittelverkäufen in den Fällen II.1 bis II.44 der Urteilsgründe zusammensetzenden Einziehungsentscheidung. Zudem hat die Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB), die sich maßgeblich auf die Fälle II.1 bis II.44 der Urteilsgründe stützt, keinen Bestand, ebenso die Anordnung des Vorwegvollzugs. Um dem neuen Tatgericht eine insgesamt widerspruchsfreie Tatsachenfeststellung zu ermöglichen, hebt der Senat alle bisherigen Feststellungen zu den Fällen II.1 bis II.44 der Urteilsgründe auf (§ 353 Abs. 2 StPO).

15 4. Für das weitere Verfahren merkt der Senat folgendes an:

16 a) Sollte der neue Tatrichter zu dem Ergebnis gelangen, dass die Fälle II.1 bis II.39 der Urteilsgründe eine Bewertungseinheit bilden oder ganz oder teilweise zueinander in Tateinheit stehen, gilt für die Festsetzung der neuen Einzelstrafen, dass die Höhe der bisherigen Einzelstrafen überschritten werden darf.

Das Verschlechterungsverbot (§ 358 Abs. 2 Satz 1 StPO) steht dem nicht entgegen; die Summe aus den neu zu bestimmenden Einzelstrafen und der verbleibenden Einzelstrafe (Fall II.45 der Urteilsgründe) sowie die neue Gesamtstrafe (vgl. zu dieser weiter einschränkend sogleich) dürfen aber nicht höher sein als bisher (vgl. Senat, Beschluss vom 11. Oktober 2022 – 2 StR 101/22; BGH, Beschlüsse vom 7. Oktober 2020 – 4 StR 364/20; vom 19. November 2002 – 1 StR 313/02, BGHR StPO § 358 Abs. 2 Nachteil 12).

17 b) Dem Urteil des Landgerichts Kassel vom 28. Januar 2021 kommt keine Zäsurwirkung zu, da die letzte dort abgeurteilte Tat auf den 22. Juli 2018 datiert, dieses auf die Entscheidung des Amtsgerichts Kassel vom 6. September 2018 zurückzuprojizieren und damit gesamtstrafenrechtlich „verbraucht“ ist (vgl. BGH, Beschluss vom 22. September 2016 – 1 StR 316/16, NStZ-RR 2017, 74). Da der hier relevante Tatzeitraum erst im Dezember 2019 beginnt, wird das neue Tatgericht nur eine einzige Gesamtstrafe zu bilden haben. Diese darf wegen des Verschlechterungsverbots (§ 358 Abs. 2 Satz 1 StPO) nur so hoch bemessen werden, dass sie zusammen mit der zu Unrecht aufgelösten weiteren Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Monaten aus dem Urteil des Landgerichts Kassel vom 28. Januar 2021 die im angefochtenen Urteil ausgesprochenen Gesamtfreiheitsstrafen von insgesamt sieben Jahren – mithin sechs Jahre und sechs Monate – nicht übersteigt (vgl. Senat, Beschlüsse vom 29. April 2014 – 2 StR 636/13; vom 7. Dezember 1990 – 2 StR 513/90, NJW 1991, 1763; BGH, Beschluss vom 8. Oktober 2019 – 1 StR 563/18; KK-StPO/Gericke, 9. Aufl., § 358 Rn. 29).

18 c) Soweit das Landgericht die Voraussetzungen des § 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG mit der Erwägung verneint hat, dass „neue, mit Taten des Angeklagten im Zusammenhang stehende Taten“ nicht aufgedeckt werden konnten, ist dies so nicht nachzuvollziehen. Der neue Tatrichter wird zu beachten haben, dass Anga-

ben eines Angeklagten, die möglicherweise Grundlage der Annahme eines Aufklärungserfolges im Sinne der genannten Vorschrift sein können, in nachvollziehbarer Weise darzulegen sind, um dem Revisionsgericht die Prüfung zu ermöglichen, ob ein Aufklärungserfolg zutreffend angenommen oder abgelehnt wurde (vgl. BGH, Urteil vom 9. Februar 2023 – 3 StR 440/22, Rn. 8; Beschluss vom 23. April 2013 – 1 StR 131/13). Zudem wird zu erwägen sein, dass die Voraussetzungen für eine fakultative Strafmilderung gemäß § 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG auch dann vorliegen können, wenn ein Angeklagter – wie hier – seine Lieferanten (vgl. BGH, Urteil vom 9. Februar 2023 – 3 StR 440/22, Rn. 6) und/oder Abnehmer (vgl. Senat, Beschluss vom 18. Februar 2014 – 2 StR 3/14, NStZ 2014, 465; BGH, Beschlüsse vom 11. November 2014 – 3 StR 451/14; vom 5. Oktober 1995 – 4 StR 479/95, NStZ-RR 1996, 181; Patzak/Volkmer/Fabricius/Patzak, BtMG, 10. Aufl., § 31 Rn. 38) benennt. Einem Aufklärungserfolg im Sinne dieser Vorschrift kann auch dann noch wesentliches Gewicht für die Aufklärung der Tat eines anderen Beteiligten zukommen, wenn hierdurch wichtige Tatsachen oder

Beweise kundgetan werden oder den bereits vorhandenen Erkenntnissen eine sicherere Grundlage verschafft wird (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Januar 2020 – 4 StR 345/19 mwN).

Appl

Krehl

Zeng

Schmidt

Grube

Vorinstanz:

Landgericht Kassel, 10.03.2023 - 8821 Js 40488/21 9 KLs