



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

4 StR 259/17

vom

26. Oktober 2017

in der Strafsache

gegen

wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 26. Oktober 2017, an der teilgenommen haben:

Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof
Sost-Scheible,

Richter am Bundesgerichtshof
Bender,
Dr. Quentin,
Dr. Feilcke,
Dr. Paul
als beisitzende Richter,

Richterin am Amtsgericht
als Vertreterin des Generalbundesanwalts,

Rechtsanwalt
als Verteidiger,

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Dortmund vom 27. Oktober 2016 im Strafausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.
2. Auf die Revision des Angeklagten wird das vorgenannte Urteil im Ausspruch über den Verfall von Wertersatz mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.
3. Im Umfang der Aufhebungen wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
4. Die weiter gehende Revision des Angeklagten wird verworfen.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwölf Fällen unter Auflösung der Gesamtfreiheitsstrafe aus dem Urteil des Amtsgerichts Dortmund vom 24. Februar 2016 und Einbeziehung der dort verhängten Einzelfreiheitsstrafen zu der Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und zehn Monaten verurteilt und den Verfall von Wertersatz in Höhe von 30.000 Euro angeordnet. Hiergegen richtet sich die zu Ungunsten des Angeklagten eingelegte, auf die Rüge der

Verletzung materiellen Rechts gestützte Revision der Staatsanwaltschaft, die vom Generalbundesanwalt vertreten wird. Mit ihrem ausdrücklich auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkten Rechtsmittel beanstandet die Beschwerdeführerin die Strafzumessung, insbesondere die Bemessung der Einzelstrafen und die Einbeziehung der für die Tat II. Anklagepunkt 13 der Urteilsgründe verhängten Einzelfreiheitsstrafe in die nach § 55 StGB gebildete Gesamtfreiheitsstrafe. Der Angeklagte wendet sich mit seiner Revision, die mit der Sachrüge begründet ist, gegen seine Verurteilung.

- 2 Die Revision der Staatsanwaltschaft ist begründet; das Rechtsmittel des Angeklagten führt lediglich zu einer Aufhebung der Verfallsentscheidung.

I.

- 3 Nach den Feststellungen erwarb der Angeklagte im Juli oder August 2014 an einem nicht mehr näher feststellbaren Tag nach dem 7. Juli 2014 zum gewinnbringenden Weiterverkauf 150 Gramm Kokainzubereitung mit einem Wirkstoffgehalt von 90 % Kokainhydrochlorid, die er anschließend zu einem Grammpreis von 60 Euro im Straßenverkauf absetzte. In den folgenden vier Wochen bezog er von demselben Lieferanten in weiteren zehn Fällen Kokainzubereitungen zum Zweck der gewinnbringenden Weiterveräußerung. In sechs Fällen erwarb er jeweils 50 Gramm, in drei Fällen jeweils 100 Gramm und in einem Fall 150 Gramm Kokainzubereitung. Die erworbenen Mengen, die zu denselben Konditionen im Straßenverkauf abgesetzt wurden, hatten jeweils eine Wirkstoffkonzentration von 90 % Kokainhydrochlorid (Taten II. Anklagepunkte 1 bis 11 der Urteilsgründe).

4 Anfang des Jahres 2016 vor dem 24. Februar 2016 bezog der Angeklagte von einem unbekannt gebliebenen Verkäufer 580 Gramm Kokainzubereitung mit einem Wirkstoffgehalt von 97,6 % Kokainhydrochlorid zum Zwecke des gewinnbringenden Weiterverkaufs. Er bunkerte die Menge in einem Versteck im Keller des von ihm bewohnten Hauses und verkaufte hieraus bis zum 24. Februar 2016 ca. 100 Gramm im Straßenverkauf zu einem Verkaufspreis von 60 Euro je Gramm. Am 24. Februar 2016 verurteilte das Amtsgericht Dortmund den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen zu der Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren (Einzelstrafen von jeweils einem Jahr und sechs Monaten) und setzte die Vollstreckung der Strafe zur Bewährung aus. Aufgrund des Eindrucks der Hauptverhandlung und des Drängens seiner Lebensgefährtin fasste der Angeklagte anlässlich der Hauptverhandlung den Entschluss, seine Tätigkeiten im Betäubungsmittelgeschäft endgültig einzustellen. Dies versprach er seiner Lebensgefährtin und stellte mit dem 24. Februar 2016 jedwede auf ein Handeltreiben gerichtete Tätigkeit ein. Eine Restmenge von 477,96 Gramm Kokainzubereitung verblieb in dem Kellerversteck, wo es am 6. April 2016 bei einer Durchsuchung aufgefunden und sichergestellt wurde. Zum Zeitpunkt der Durchsuchung wurde die Wohnung im zweiten Obergeschoss des Anwesens nach wie vor vom Angeklagten genutzt (Fall II. Anklagepunkt 13 der Urteilsgründe).

5 Das Landgericht hat sowohl bei der Strafrahmenwahl als auch bei der konkreten Bemessung der Einzelstrafen strafmildernd berücksichtigt, dass der Angeklagte infolge der Verurteilung mit ausländerrechtlichen Konsequenzen zu rechnen hat. Es hat jeweils aus dem Normalstrahmen des § 29a Abs. 1 BtMG für die ersten elf Fälle Einzelfreiheitsstrafen zwischen einem Jahr und drei Monaten sowie einem Jahr und neun Monaten verhängt und im Fall II. Anklagepunkt 13 der Urteilsgründe auf die Einzelfreiheitsstrafe von drei Jahren

und drei Monaten erkannt. Die Einbeziehung der Einzelfreiheitsstrafe für die Tat II. Anklagepunkt 13 der Urteilsgründe in die nach § 55 StGB unter Einbeziehung der Einzelstrafen aus dem Urteil des Amtsgerichts Dortmund vom 24. Februar 2016 und Auflösung der dortigen Gesamtstrafe gebildete Gesamtfreiheitsstrafe hat die Strafkammer damit begründet, dass an den über die endgültige Aufgabe des Absatzwillens hinaus fortdauernden Besitz des Angeklagten an der Restmenge der Kokainzubereitung „keine weitergehenden strafrechtlichen Konsequenzen geknüpft werden können“.

II.

6 Revision der Staatsanwaltschaft

7 Das Rechtsmittel, das ausweislich der Ausführungen in der Begründungsschrift der Staatsanwaltschaft über die ausdrückliche Beschränkungs-
erklärung hinaus (vgl. BGH, Urteil vom 7. Mai 2009 – 3 StR 122/09 Rn. 3 ff.)
wirksam auf den Strafausspruch des angefochtenen Urteils beschränkt ist, hat
vollen Erfolg.

8 Der Strafausspruch begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

9 1. a) Die Strafzumessung ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Es ist
seine Aufgabe, auf der Grundlage des umfassenden Eindrucks, den er in der
Hauptverhandlung von der Tat und der Persönlichkeit des Täters gewonnen
hat, die wesentlichen entlastenden und belastenden Umstände festzustellen,
sie zu bewerten und hierbei gegeneinander abzuwägen. In die Strafzumes-
sungsentscheidung des Tatrichters kann das Revisionsgericht nur eingreifen,

wenn diese Rechtsfehler aufweist, weil die Zumessungserwägungen in sich fehlerhaft sind, das Tatgericht gegen rechtlich anerkannte Strafzwecke verstoßen hat oder sich die verhängte Strafe nach oben oder unten von ihrer Bestimmung löst, gerechter Schuldausgleich zu sein. Nur in diesem Rahmen kann eine Verletzung des Gesetzes im Sinne des § 337 Abs. 1 StPO vorliegen (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschluss vom 10. April 1987 – GSSt 1/86, BGHSt 34, 345, 349).

10 b) Von diesem revisionsrechtlichen Prüfungsmaßstab ausgehend kann der Strafausspruch des angefochtenen Urteils keinen Bestand haben, weil die Strafkammer sowohl bei der Strafrahmenwahl als auch bei der Strafzumessung im engeren Sinne mögliche ausländerrechtliche Konsequenzen der Verurteilung strafmildernd berücksichtigt hat, ohne hierfür eine auf die Umstände des Einzelfalls bezogene Begründung zu geben.

11 Ausländerrechtliche Folgen einer Verurteilung sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich keine bestimmenden Strafmilderungsgründe. Dies war bereits zur früheren ausländerrechtlichen Rechtslage auch für die damals vorgesehene zwingende Ausweisung anerkannt und gilt nunmehr vor dem Hintergrund der seit 17. März 2016 geltenden Regelung des § 53 Abs. 1 und 2 AufenthG, nach der bei einer Ausweisungsentscheidung generell eine Abwägung zwischen Ausweisungsinteresse (§ 54 AufenthG) und Bleibeinteresse (§ 55 AufenthG) vorzunehmen ist, umso mehr. Eine andere strafzumessungsrechtliche Bewertung ist nur gerechtfertigt, wenn im Einzelfall zusätzliche Umstände hinzutreten, welche die Beendigung des Aufenthalts im Inland als besondere Härte erscheinen lassen (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 5. Dezember 2001 – 2 StR 273/01, NStZ 2002, 196; Beschlüsse vom 12. Januar 2016 – 5 StR 502/15; vom 13. Oktober 2011 – 1 StR 407/11, NStZ 2012,

147; vom 31. August 2007 – 2 StR 304/07, StV 2008, 298; vom 27. November 1998 – 3 StR 436/98, NStZ 1999, 240; vom 11. September 1996 – 3 StR 351/96, NStZ 1997, 77; Stree/Kinzig in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 46 Rn. 55 mwN). Solche einzelfallbezogenen Umstände hat das Landgericht weder dargetan, noch sind sie angesichts des Umstands, dass gegen den Angeklagten bereits seit dem 23. Mai 2013 eine Ausweisungsverfügung vorliegt und die dagegen eingereichte Klage am 20. Februar 2015 abgewiesen worden ist, sonst ersichtlich.

12 Die Bemessung der gegen den Angeklagten verhängten Einzelstrafen und der Gesamtstrafe bedarf daher einer neuen tatrichterlichen Verhandlung und Entscheidung.

13 2. Die Erwägungen, mit denen das Landgericht die für die Tat II. Anklagepunkt 13 der Urteilsgründe verhängte Einzelfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten in die unter Berücksichtigung des Urteils des Amtsgerichts Dortmund vom 24. Februar 2016 gebildete Gesamtstrafe einbezogen hat, halten ebenfalls einer rechtlichen Prüfung nicht stand.

14 a) Die Einbeziehung einer Strafe in eine nachträglich zu bildende Gesamtstrafe setzt nach § 55 Abs. 1 Satz 1 StGB voraus, dass die Tat, für welche die Strafe verhängt worden ist, vor der früheren Verurteilung begangen wurde. Für die Frage, ob dies der Fall ist, kommt es auf die Beendigung der materiellrechtlichen Tat an. Denn erst zu diesem Zeitpunkt kann die Tat abschließend beurteilt werden (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschlüsse vom 18. August 2015 – 1 StR 305/15, NStZ-RR 2015, 305; vom 16. September 2014 – 3 StR 423/14 Rn. 4; vom 1. Juli 2009 – 2 StR 116/09, StraFo 2010, 37; vom 4. April 2000 – 5 StR 105/00; Rissing-van Saan in LK-StGB, 12. Aufl., § 55 Rn. 9 mwN).

15 b) Die im Fall II. Anklagepunkt 13 der Urteilsgründe abgeurteilte Tat im materiell-rechtlichen Sinne umfasst auch den vom Landgericht angenommenen Besitz des Angeklagten an der nach Aufgabe des Absatzwillens im Kellerversteck verbliebenen Restmenge der Kokainzubereitung, der – was die Strafkammer ebenfalls erkannt hat – im Zeitpunkt der Verurteilung am 24. Februar 2016 nicht beendet war.

16 Der als Dauerdelikt ausgestaltete Tatbestand des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG erfasst das von einem Besitzwillen getragene tatsächliche Herrschaftsverhältnis über eine Betäubungsmittelmenge bis zu deren Aufhebung. Dient der Besitz an den Betäubungsmitteln dem Zweck der gewinnbringenden Weiterveräußerung, tritt die Strafbarkeit wegen Besitzes hinter das unerlaubte Handeltreiben mit Betäubungsmitteln zurück (vgl. BGH, Beschluss vom 3. Dezember 2015 – 4 StR 430/15, NStZ-RR 2016, 82 mwN; vom 17. Mai 1996 – 3 StR 631/95, BGHSt 42, 162, 165 f.). Dies gilt indes nur, soweit der einheitliche Besitz von Betäubungsmitteln in dem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln aufgeht (vgl. BGH, Beschluss vom 6. September 1988 – 1 StR 466/88, BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 3 Konkurrenzen 3; Weber, BtMG, 4. Aufl., § 29 Rn. 1370). Besitzt der Täter Betäubungsmittel teils zu Handelszwecken und teils aus anderen Gründen, geht lediglich der Besitz an der zum Handel bestimmten Betäubungsmittelmenge im Handeltreiben mit Betäubungsmitteln auf, während es für die anderen Zwecken dienende Menge bei der Strafbarkeit wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln verbleibt. Zwischen dem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln und dem gleichzeitigen Besitz der davon nicht betroffenen Betäubungsmittelmenge besteht Tateinheit (vgl. BGH, Beschlüsse vom 3. Dezember 2015 – 4 StR 430/15 aaO; vom 25. Februar 2015 – 4 StR 516/14, NStZ-RR 2015, 174 jeweils mwN; Kotz in MüKoStGB, 2. Aufl., § 29 BtMG Rn. 1209). Nicht anders zu be-

werten ist der Fall, in dem der Täter – wie hier – bei unverändert fortbestehender Sachherrschaft über die Betäubungsmittelmengende den ursprünglich verfolgten Handelszweck aufgibt. Auch in diesem Fall verbleibt es für den nach der Aufgabe des Handelszwecks nicht mehr im Handeltreiben mit Betäubungsmitteln aufgehenden Besitz bei der Strafbarkeit wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln, die angesichts der durchgehend unverändert gebliebenen Besitzlage zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln im Verhältnis der Tateinheit steht (vgl. BGH, Urteil vom 18. Juni 1974 – 1 StR 119/74; Beschluss vom 1. Oktober 1980 – 2 StR 497/80; Weber aaO Rn. 1375). Allein die Veränderung der mit den besessenen Betäubungsmitteln verfolgten Zwecksetzung, die vom tatbestandlich erforderlichen Besitzwillen zu unterscheiden ist (vgl. Weber aaO Rn. 1339), ist nicht geeignet, einen einheitlichen Betäubungsmittelbesitz in verschiedene materiell-rechtliche Taten aufzuspalten.

17 Dass das Landgericht den tateinheitlich zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge begangenen unerlaubten Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nicht ausgeurteilt hat, steht dessen Berücksichtigung bei der für die Gesamtstrafenbildung relevanten Frage der Beendigung nicht entgegen.

18 c) Die Ansicht des Landgerichts, an den über die Verurteilung durch das Amtsgericht Dortmund am 24. Februar 2016 hinaus andauernden tateinheitlichen Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge „keine weitergehenden strafrechtlichen Konsequenzen“ knüpfen zu können, widerspricht der gesetzlichen Regelung des § 55 Abs. 1 StGB, die an die Beendigung der materiell-rechtlichen Tat anknüpft, und entbehrt damit jeglicher rechtlicher Grundlage. Die von der Strafkammer in diesem Zusammenhang angestellten Überlegungen zum Strafklageverbrauch, wonach ein Täter nach rechtskräftiger Verur-

teilung wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln einen unentdeckt gebliebenen Rest der zur abgeurteilten Bewertungseinheit gehörenden Betäubungsmittelmenge verkaufen könne, ohne strafrechtliche Konsequenzen befürchten zu müssen, sind zudem rechtsirrig. Denn das Landgericht verkennt die einer rechtskräftigen Verurteilung zukommende Zäsurwirkung, welche eine Aufspaltung eines einheitlichen Geschehens in verschiedene Taten zur Folge hat (vgl. BGH, Urteil vom 18. Juli 1956 – 6 StR 28/56, BGHSt 9, 324, 326; OLG Karlsruhe, StV 1998, 22, 29 f.; OLG Hamm, NStZ 2011, 102).

III.

19 Revision des Angeklagten

20 1. Die Revision des Angeklagten bleibt zum Schuld- und Strafausspruch ohne Erfolg. Insoweit hat die Nachprüfung des angefochtenen Urteils aufgrund der Revisionsrechtfertigung aus den in der Antragsschrift des Generalbundesanwalts ausgeführten Gründen keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben.

21 Durch die fehlerhafte Gesamtstrafenbildung ist der Angeklagte nicht beschwert. Der Senat schließt aus, dass neben der nicht in die Gesamtstrafe einzubeziehenden Einzelfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten für die Tat II. Anklagepunkt 13 der Urteilsgründe aus den elf Einzelfreiheitsstrafen für die übrigen Taten zwischen einem Jahr und drei Monaten sowie einem Jahr und neun Monaten und den zwei einzubeziehenden Einzelfreiheitsstrafen aus dem Urteil des Amtsgerichts Dortmund vom 24. Februar 2016 von jeweils einem Jahr und sechs Monaten eine Gesamtfreiheitsstrafe in noch bewährungsfähiger Höhe gebildet worden wäre.

- 22 2. Demgegenüber hält die Verfallsentscheidung einer rechtlichen Prüfung nicht stand, weil die Strafkammer im Rahmen der Anwendung der Härtevorschrift des § 73c StGB aF die gebotene vorrangige Prüfung des § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB aF nicht vorgenommen hat.
- 23 a) Da das Landgericht in dem angefochtenen Urteil eine Entscheidung über den Verfall von Wertersatz getroffen hat, findet § 73c StGB aF unbeschadet des Inkrafttretens des Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017 (BGBl. I 872) am 1. Juli 2017 weiterhin Anwendung (Art. 316h Satz 2 EGStGB).
- 24 b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ergibt sich aus dem systematischen Verhältnis zwischen der bei „unbilliger Härte“ zwingend zum Ausschluss der Verfallserklärung führenden Regelung in § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB aF einerseits und der Ermessensvorschrift in § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB aF andererseits, dass regelmäßig zunächst auf der Grundlage letztgenannter Vorschrift zu prüfen ist, ob von einer Anwendung des Verfalls oder des Wertersatzverfalls abgesehen werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 26. März 2015 – 4 StR 463/14, wistra 2015, 270; Beschlüsse vom 15. November 2016 – 3 StR 385/16, StraFo 2017, 74 f.; vom 16. Juli 2015 – 4 StR 265/15, NStZ-RR 2015, 307). Eine Ermessensentscheidung nach § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB aF scheidet nur aus, soweit der Angeklagte über Vermögen verfügt, das wertmäßig nicht hinter dem anzuordnenden Verfallsbetrag zurückbleibt (vgl. BGH, Beschluss vom 15. November 2016 – 3 StR 385/16 aaO mwN).
- 25 c) Das Landgericht, das lediglich das Vorliegen einer unbilligen Härte im Sinne des § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB aF unter Hinweis auf großzügige Abschläge bei der Schätzung des Erlangten nach § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB aF verneint

hat, hat ein (teilweises) Absehen von der Verfallsanordnung gemäß § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB aF nicht geprüft, obwohl die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Vorschrift nach den getroffenen Feststellungen zur Person des Angeklagten jedenfalls nicht fernliegen. So ging der Angeklagte in der Vergangenheit bis zur Hauptverhandlung keiner Beschäftigung nach und bezog auch keine staatlichen Leistungen. Legale Einkommensquellen sind nicht bekannt geworden. Dass der Angeklagte über den bei der Durchsuchung sichergestellten Geldbetrag in Höhe von insgesamt 8.907,50 Euro hinaus, auf dessen Rückgabe er in der Hauptverhandlung verzichtet und den die Strafkammer bei der Verfallsanordnung in Abzug gebracht hat, über weiteres Vermögen verfügt, hat die Strafkammer nicht festgestellt.

Sost-Scheible

Bender

Quentin

Feilcke

Paul