



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

2 StR 287/18

vom  
5. Juni 2019  
in der Strafsache  
gegen

1.

2.

wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht  
geringer Menge

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und der Beschwerdeführer am 5. Juni 2019 gemäß § 349 Abs. 4 StPO beschlossen:

Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Meiningen vom 12. Dezember 2017 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittelverfahren an eine andere Jugendkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

#### Gründe:

- 1 Das Landgericht hat die Angeklagten wegen zweifachen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verurteilt, den Angeklagten H. zu zehn Jahren Gesamtfreiheitsstrafe (gebildet aus zwei Einzelfreiheitsstrafen von je sechs Jahren) und die Angeklagte W. zu zwei Jahren Jugendstrafe, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Es hat ferner die Einziehung von sichergestellten Betäubungsmitteln, von Mobiltelefonen, von Tablets, eines Laptops, zweier Notebooks, einer externen Festplatte, von Betäubungsmittelutensilien und eines Elektroimpulsgerätes mit Taschenlampenfunktion sowie die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 227.226,29 € gegen die Angeklagten als Gesamtschuldner angeordnet. Mit ihrer hiergegen gerichteten Revision rügen die Angeklagten die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Die Rechtsmittel haben Erfolg.

I.

- 2           1. Nach den Feststellungen des Landgerichts kamen die Angeklagten Anfang des Jahres 2016 überein, im großen Stil Betäubungsmittel und Arzneimittel über das Internet zu verkaufen. Die vom Angeklagten H. erworbenen und im Wohnhaus der Eltern der Angeklagten W. gelagerten Betäubungsmittel und Medikamente wurden über zwei Webshops einzeln oder in Testpaketen angeboten und nach Verpacken am Lagerort und Eingang der Bezahlung an die jeweiligen Besteller versandt. Über einen Webshop im Freenet wurden 1268, über das Darknet weitere 2753 Verkaufsvorgänge durchgeführt, zu denen die Strafkammer tabellenartig ein Datum, den Besteller, eine Verkaufsbezeichnung (unter anderem „Chiller Test Pack Hash & Weed“, „Weed A“, „Potent Speedpaste A+++“, „Lyrica“, „Oxycodone HCL 20mg“, „HQ Blueberry Haze Weed“, „Tavor 2.5/ Lorazepam“, „Valium (Diazepam) 10 MG Roche“, „hello kittys“, „Handgranaten“, „Speed“, „Tramadol 50 MG“, „Valium“, „Tavor“, „fenta“, „chiller“, „Master“, „Amnazia“ oder „Targin“) und – für die Verkäufe über das Freenet – einen Verkaufspreis festgestellt hat. Der erste, etwa im April 2016 angelegte Vorrat wurde in mindestens einem Fall durch den Erwerb einer weiteren großen Menge an Betäubungsmitteln etwa im August des Jahres 2016 aufgefüllt. Bei der im November 2016 erfolgten Durchsuchung konnten „Betäubungsmittel verschiedener Arten sowie in erheblichen Mengen sichergestellt werden“, unter anderem Heroin, Kokain, LSD, Oxycodon, Alprazolam, Lorazepam und Diclazepam, sowie die weiteren Gegenstände, deren Einziehung angeordnet wurde.
- 3           2. Die Strafkammer hat dies als unerlaubtes Handeltreiben in nicht geringer Menge in zwei Fällen gewertet. Die Angeklagten hätten in über 4.000 Einzelfällen Betäubungsmittel veräußert, die sie – was die Strafkammer zugunsten der Angeklagten geschätzt hat – in mindestens zwei Fällen erworben hatten.

II.

4 Die Rechtsmittel der Angeklagten haben bereits mit der Sachrüge Erfolg.  
Auf die Verfahrensbeanstandungen kommt es daher nicht an.

5 1. Die Annahme zweier in Tatmehrheit zueinander stehender Fälle des  
unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln wird von den bislang ge-  
troffenen Feststellungen nicht zweifelsfrei getragen.

6 a) Zutreffend hat das Landgericht gesehen, dass sich eine Bewertungs-  
einheit daraus ergeben kann, dass der Täter sich einen zum Verkauf bestimm-  
ten Verkaufsvorrat beschafft oder darüber verfügt (st. Rspr.; vgl. etwa BGH,  
Beschluss vom 24. Januar 2017 – 3 StR 487/16, NStZ 2017, 711, 712). Bereits  
mit dem Beschaffen der dem späteren Güterumsatz dienenden einheitlichen  
Rauschgiftmenge ist der Tatbestand des Handeltreibens in Bezug auf die Ge-  
samtmenge erfüllt. Zu dieser Tat gehören dann auch alle späteren Betätigun-  
gen, die auf den Vertrieb desselben Rauschgifts gerichtet sind (st. Rspr.; vgl.  
nur BGH, Beschluss vom 14. Februar 2007 – 3 StR 459/06, StV 2007, 562;  
Senat, Beschluss vom 11. März 1998 – 2 StR 22/98, NStZ 1998, 360; Patzak in  
Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 9. Aufl., § 29 Teil 4, Rn. 309 mwN). Auf die zahl-  
reichen Einzelverkäufe kommt es daher nicht an. Dies gilt unabhängig von der  
Zahl der Abnehmer (BGH, Beschluss vom 30. Januar 2001 – 4 StR 581/00,  
StV 2002, 235) und auch dann, wenn sich der einheitliche Erwerbsvorgang  
– wie hier vom Landgericht angenommen – auf verschiedene Betäubungsmit-  
telarten bezieht, so dass auch in einem solchen Fall Bewertungseinheit  
zwischen dem Erwerb und der sukzessiven Abgabe der unterschiedlichen  
Betäubungsmittel besteht (vgl. BGH, Beschluss vom 26. Juli 2001  
– 4 StR 110/01, NStZ-RR 2002, 52; vom 11. Januar 2012 – 5 StR 445/11,

NStZ-RR 2012, 121; siehe auch Senat, Beschluss vom 20. Februar 2008 – 2 StR 619/07, NStZ 2008, 470).

- 7            b) Im Ausgangspunkt ebenfalls zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass das wiederholte Auffüllen eines Betäubungsmittelvorrats grundsätzlich nicht zur Verklammerung der Erwerbsakte zu einer Bewertungseinheit führt (vgl. Senat, Beschluss vom 21. August 2012 – 2 StR 277/12, NStZ 2013, 48, unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung). Der bloße Umstand, dass bei jedem Neukauf noch Reste der vorangegangenen Lieferung vorhanden waren, die mit dem neuerworbenen Rauschgift vermischt wurden, verbindet nicht sämtliche Ankäufe zu einer einheitlichen Vorratsmenge (Senat, Beschluss vom 29. Juni 2016 – 2 StR 586/15, NStZ-RR 2016, 345). Dies gilt selbst dann, wenn die einzelnen Portionen von einem – hier nach den Feststellungen unbekanntem – Lieferanten erworben worden waren, und dieser sie seinerseits aus einem einheitlichen Vorrat entnommen hat (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Januar 2010 – 1 StR 587/09, NStZ-RR 2011, 25, 26). Allein der gleichzeitige Besitz mehrerer Drogenmengen verbindet die hierauf bezogenen Handlungen nicht zu einer Tat des unerlaubten Handeltreibens (st. Rspr.; vgl. nur Senat, Beschluss vom 20. Februar 2008 – 2 StR 619/07, NStZ 2008, 470).
- 8            c) Das Landgericht hat bei der Annahme von Tatmehrheit aber nicht erkennbar bedacht, dass mehrere Taten des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln – 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 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 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 28. Mai 2018 – 3 StR 88/18 Rn. 7; Urteil vom 2. April 2015 – 3 StR 642/14 Rn. 7 mwN; LK/Rissing-van Saan, StGB, 12. Aufl., Vor §§ 52 ff. Rn. 43; Weber, BtMG, 5. Aufl., Vor §§ 29 ff. Rn. 628 ff.). Die Urteilsfeststellungen lassen nicht erkennen, dass die Strafkammer dies hinreichend in den Blick genommen hat, obgleich hierzu hinreichend Anhaltspunkte bestanden. Die Urteilsgründe lassen offen, ob die Angeklagten die mit der zweiten Lieferung erhaltenen Rauschmittel gegebenenfalls ganz oder teilweise in einem engen und unmittelbaren räumlichen Zusammenhang – nämlich in dem nicht von ihnen bewohnten Haus der Eltern der Angeklagten W. – mit dem Rest aus der ersten, nach den Feststellungen nicht unerheblichen Lieferung aufbewahrte, so dass sie die beiden Rauschmittelmengen aus den getrennten Erwerbsgeschäften nicht lediglich unabhängig voneinander gleichzeitig besaßen, sondern gemeinsam über beide Betäubungsmittelmengen die Verfügungsgewalt ausgeübt hätte. Es ist auch nicht ersichtlich, dass der Handel über die zwei Webshops aus jeweils unterschiedlichen Beständen oder Lieferungen erfolgte. Der Senat kann deshalb nicht überprüfen, ob das Landgericht das Konkurrenzverhältnis rechtsfehlerfrei als tatmehrheitlich bewertet hat.

- 9                    2. Der Schuldspruch kann auch deswegen keinen Bestand haben, weil die Urteilsgründe nicht erkennen lassen, dass die von der Strafkammer festgestellten Ein- und Verkaufsvorgänge ausschließlich Betäubungsmittel im Sinne des § 1 BtMG i.V.m. Anlagen I bis III betreffen.

10           Zwar kann dem von den Angeklagten angebotenen „Targin“ der Wirkstoff Oxycodon zugeordnet werden, der ein Betäubungsmittel der Anlage II zu § 1 BtMG ist. „Fenta“ mag auf das ebenfalls dem BtMG unterfallende synthetische Opioid Fentanyl hinweisen. Diazepam und Lorazepam sind zwar in den Anlagen I bis III zu § 1 Abs. 1 BtMG aufgeführt. Sie können aber – so nicht Ein-, Aus- oder Durchfuhr vorliegt (vgl. BGH, Urteil vom 2. November 2010 – 1 StR 581/09, NStZ-RR 2011, 119) – als ausgenommene Zubereitungen nicht dem BtMG unterfallen. Diazepam (enthalten in Valium) ist ausgenommen in Zubereitungen, die ohne einen weiteren Stoff der Anlagen I bis III bis zu 1 vom Hundert als Sirup oder Tropflösung, jedoch nicht mehr als 250 mg je Packungseinheit, oder je abgeteilte Form bis zu 10 mg Diazepam enthalten, bei Lorazepam (das im verschreibungspflichtigen Fertigarzneimittel Tavor enthalten ist) sind Zubereitungen mit bis zu 2,5 mg Lorazepam ausgenommen (Patzak in Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 9. Aufl., Stoffe Teil 1 Rn. 493, 502). Dies hat die Strafkammer nicht bedacht. Bei anderen, von der Strafkammer in den Urteilsgründen mitgeteilten Handelssubstanzen (z.B. „hello kitty“, „Handgranaten“, „chiller“, „Master“, „Amnazia“) ist schon nicht ersichtlich, von welcher der in Anlagen I bis III zu § 1 BtMG genannten Substanz die Strafkammer ausgeht.

11           Die getroffenen Feststellungen ermöglichen dem Senat nicht die Nachprüfung, ob sich die Angeklagten nur nach § 29a BtMG oder auch nach dem – allerdings mildereren – § 95 AMG strafbar gemacht haben. Da die Strafkammer nicht nur die Einzelverkäufe umfangreich dargestellt hat, sondern auch bei der rechtlichen Würdigung hierauf Bezug genommen hat und seiner Bewertung zugrunde gelegt hat, kann der Senat im vorliegenden Fall nicht ausschließen, dass sich eine unterlassene Verurteilung wegen eines der in § 95 AMG genannten Vergehen zu Lasten der Angeklagten ausgewirkt haben könnte.

12                    3. Die Rechtsfehler bedingen die Aufhebung des Schuldspruchs und in dessen Folge des gesamten Rechtsfolgenausspruchs. Die Sache bedarf daher neuer Verhandlung und Entscheidung. Der Senat hebt die Feststellungen insgesamt auf, um dem neuen Tatrichter umfassende eigene, zu den bisherigen nicht in Widerspruch stehende Feststellungen zu ermöglichen.

### III.

13                    Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

14                    1. Auf konkrete Feststellungen zum (vorgestellten) Wirkstoffgehalt kann bei Verurteilung von Verbrechen nach dem Betäubungsmittelgesetz regelmäßig nicht verzichtet werden. Denn der Wirkstoffgehalt wirkt sich entscheidend insbesondere auf den Schuldumfang der Taten aus (vgl. BGH, Beschluss vom 31. Mai 2016 – 3 StR 138/16 Rn. 3 mwN). Führt bereits das Beschaffen der dem späteren Güterumsatz dienenden einheitlichen Rauschgiftmenge zur Verwirklichung des Tatbestands des Handelstreibens in Bezug auf die Gesamtmenge kann es genügen, entsprechende (Mindest-)Feststellungen zu dem erworbenen Verkaufsvorrat zu treffen. Diese werden regelmäßig ausgehend von der sichergestellten Betäubungsmittelmenge und den zuvor tatsächlich durchgeführten Verkäufen getroffen werden können. Hierzu wird es allerdings – wie stets – nicht genügen, bloße Mengenangaben oder lediglich allgemeinen Qualitätsangaben (vgl. BGH, Beschluss vom 27. April 2004 – 3 StR 116/04, StV 2004, 602, 603; vom 31. Oktober 1984 – 1 StR 643/84) oder – wie hier – von den Beteiligten gewählte Handelsbezeichnungen anzugeben, die einen Wirkstoffgehalt nicht erkennen lassen (etwa „Chiller Test Pack Hash & Weed“, „Weed A“, „Potent Speedpaste A+++“). Sind konkrete Feststellungen anhand der sichergestellten Betäubungsmittel oder der durchgeführten Testkäufe nicht möglich, ist der Tatrichter gehalten, die notwendigen Feststellungen zu Menge

und Wirkstoffgehalt im Wege einer Schätzung nach den dazu von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zu treffen (vgl. nur BGH, Urteile vom 9. Mai 2001 – 3 StR 36/01; vom 10. September 2009 – 3 StR 293/09; Senat, Beschluss vom 1. Oktober 2008 – 2 StR 360/08).

15           2. Hat der neue Tatrichter hinsichtlich des Angeklagten H. erneut eine Gesamtstrafe zu bilden, wird er gemäß § 54 Abs. 1 Satz 3 StGB namentlich auch den Zusammenhang der Einzeltaten zusammenfassend zu würdigen haben; eine lediglich formelhafte Begründung der Gesamtstrafenbildung genügt dem jedenfalls dann nicht, wenn sie Gründe für eine sehr deutliche Erhöhung der Einsatzstrafe nicht enthält (vgl. Senat, Beschluss vom 12. Februar 2003 – 2 StR 451/02).

16           3. Bei einer etwaig vorzunehmenden Strafzumessung wird hinsichtlich der Angeklagten W. – worauf deren Revision und der Generalbundesanwalt mit Recht hinweisen – ein jedenfalls nach den bislang vom Landgericht getroffenen Feststellungen anzunehmender Eigenkonsum zu berücksichtigen sein (vgl. BGH, Beschluss vom 25. Januar 2018 – 5 StR 582/17, NStZ-RR 2018, 113; Urteil vom 9. Oktober 2002 – 1 StR 137/02, NStZ-RR 2003, 57). Der neue Tatrichter mag ferner erwägen, das Vorliegen eines minder schweren Falles auch hinsichtlich der geständigen Angeklagten W. zu prüfen. Denn auch im Jugendstrafrecht ist bei der Bewertung des Tatumrechts regelmäßig in die Betrachtung einzubeziehen, ob ein minder schwerer Fall vorliegt (vgl. Senat, Beschluss vom 5. Juni 2013 – 2 StR 189/13, NStZ-RR 2013, 291).

17           4. Der neue Tatrichter wird auch Gelegenheit haben, unter Zuziehung eines Sachverständigen (§ 246a StPO) die Voraussetzungen der Unterbringung der Angeklagten W. in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StPO) zu prüfen. Auf

die entsprechenden Darlegungen in der Antragschrift des Generalbundesanwalts wird Bezug genommen.

- 18                    5. Hat der neue Tatrichter eine Einziehungsentscheidung zu treffen, wird er zum einen in den Blick zu nehmen haben, dass die Einziehung von Gegenständen als Tatmittel im Sinne der § 33 Satz 1 BtMG, § 74 Abs. 2 StGB eine Tatrelevanz voraussetzt, die bislang nicht für alle Gegenstände festgestellt ist. Zum anderen ist der den (aus der mitgeteilten Verkaufstabelle zweifelsfrei nachvollziehbaren) Betrag von 161.226,29 € übersteigende Einziehungsbetrag nicht nachvollziehbar belegt. Auch insoweit wird auf die zutreffenden Ausführungen des Generalbundesanwalts in seiner Antragschrift Bezug genommen.

Franke

Krehl

Eschelbach

Zeng

Meyberg