



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

5 StR 134/24

vom
20. Februar 2025
in der Strafsache
gegen

1.

2.

3.

wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer

Menge u.a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 20. Februar 2025 gemäß § 154a Abs. 1 und 2, § 349 Abs. 2 und 4 sowie entsprechend § 354 Abs. 1 iVm § 354a StPO beschlossen:

1. Die Strafverfolgung gegen die Angeklagten D. und H. wird auf Straftatbestände nach dem Betäubungsmittelgesetz und dem Konsumcannabisgesetz beschränkt (§ 154a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 StPO).
2. Auf die Revision des Angeklagten K. wird das Urteil des Landgerichts Berlin vom 31. August 2023
 - a) im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte der Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Cannabis und des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen schuldig ist;
 - b) im Strafausspruch hinsichtlich der im Fall II.2.b der Urteilsgründe verhängten Einzelstrafe, im Gesamtstrafausspruch und im Ausspruch über die Einziehung des Wertes von Taterträgen aufgehoben.

3. Auf die Revision des Angeklagten D. wird das vorgenannte Urteil
 - a) im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte des bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit bandenmäßigem Handeltreiben mit Cannabis schuldig ist;
 - b) im Strafausspruch sowie im Ausspruch über die Einziehung des Wertes von Taterträgen aufgehoben.

4. Auf die Revision des Angeklagten H. wird das vorgenannte Urteil
 - a) im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte der Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Cannabis und mit Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und mit Besitz von mehr als 30 Gramm Cannabis an einem Ort, der nicht sein Wohnsitz oder sein gewöhnlicher Aufenthalt ist, schuldig ist;
 - b) im Strafausspruch sowie im Ausspruch über die Einziehung des Wertes von Taterträgen aufgehoben.

5. Die weitergehenden Revisionen werden verworfen.
6. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten K. wegen Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und zehn Monaten verurteilt. Den Angeklagten D. hat es wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit gewerbs- und bandenmäßigem Handeltreiben mit neuen psychoaktiven Stoffen zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren und zwei Monaten verurteilt. Den Angeklagten H. hat es wegen Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zum gewerbsmäßigen und bandenmäßigen Handeltreiben mit neuen psychoaktiven Stoffen und mit Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und zwei Monaten verurteilt. Ferner hat das Landgericht Einziehungsentscheidungen getroffen. Unter Berücksichtigung der Verfolgungsbeschränkung erzielen die Beschwerdeführer mit ihren jeweils auf die Sachrüge gestützten Revisionen die aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolge; im Übrigen sind die Rechtsmittel unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

2 1. Soweit sich im Fall II.2.b der Urteilsgründe das Handeltreiben des Angeklagten D. und die Beihilfe des Angeklagten H. hierzu auf knapp neun Kilogramm Ketamin bezog, hat der Senat mit Zustimmung des Generalbundesanwalts aus prozessökonomischen Gründen die Strafverfolgung gemäß § 154a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Abs. 2 StPO auf Straftatbestände nach dem Betäubungsmittelgesetz und dem Konsumcannabisgesetz beschränkt. Hierbei hat sich der Senat von folgenden Erwägungen leiten lassen:

3 a) Obschon der Gesetzgeber vor wenigen Jahren die Stoffgruppe der von Arylcyclohexylamin abgeleiteten Verbindungen, wozu auch Ketamin zählt (vgl. BR-Drucks. 403/21, S. 27), in den Anwendungsbereich des NpSG nach § 1 Abs. 1, § 2 Nr. 1 NpSG aufgenommen hat (2. Verordnung zur Änderung der Anlage des NpSG vom 28. Juni 2021, BGBl. I 2021, S. 2231), um dessen zunehmende Verwendung zu Missbrauchszwecken zu unterbinden, könnte der in § 1 Abs. 2 Nr. 2 NpSG geregelte Anwendungsvorrang des Arzneimittelgesetzes einer Bestrafung gemäß § 4 NpSG wegen Handeltreibens mit Ketamin entgegenstehen (vgl. BGH, Urteil vom 28. November 2024 – 3 StR 219/24 Rn. 12 und demgegenüber: BGH, Urteil vom 8. August 2024 – 3 StR 20/24; Beschluss vom 5. Juni 2024 – 5 StR 631/23, die dieses Problem nicht ansprechen).

4 Denn bei dem von der Strafkammer im Fall II.2.b der Urteilsgründe als „Ketamin“ bezeichneten Stoff handelt es sich – vorbehaltlich etwaiger, den Urteilsgründen nicht zu entnehmender stoffspezifischer Besonderheiten – gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2a AMG um ein Arzneimittel. Die insoweit den Gesetzesmaterialien zu entnehmende Vorstellung, dass nur für den medizinisch intendierten Einsatz in der Human- und Tiermedizin nach dem Arzneimittelgesetz zugelassene Ketamin-Präparate dem AMG unterfielen (vgl. BR-Drucks. 403/21,

S. 27; Patzak/Fabricius/Huth, BtMG, 11. Aufl., § 95 AMG Rn. 18a und Patzak/Fabricius, BtMG, 11. Aufl., Vorbemerkungen zum NpSG Rn. 12b), dagegen für den illegalen Handel bestimmtes Ketamin ausschließlich dem NpSG, hat keinen Niederschlag im Gesetz gefunden, so dass es bei der gesetzlich angeordneten Vorrangregelung (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 NpSG) verbleibt.

5 Ketamin wird in der Anästhesie und der Schmerzbehandlung eingesetzt (Patzak/Fabricius, 11. Aufl., § 4 NpSG Rn. 12d), das ähnlich wirkende Esketamin bei der Behandlung von Depressionen (vgl. Beschluss des Gemeinsamen Bundesausschusses über eine Änderung der Arzneimittel-Richtlinie vom 21. September 2023, BAnz AT 20. Oktober 2023 B1); beide sind verschreibungspflichtige Arzneimittel (vgl. § 1 Nr. 1 AMVV iVm Anlage 1). Soweit Ketamin-Präparate gemäß § 25 AMG in einem Zulassungsbescheid für einen spezifischen Produktnamen zugelassen werden, gelten sie bereits nach § 2 Abs. 4 Satz 1 AMG als Arzneimittel im Sinne des AMG. Das Fehlen einer solchen behördlichen Zulassung oder Registrierung steht andererseits – abgesehen von den im Urteil nicht festgestellten Voraussetzungen der Negativfiktion des § 2 Abs. 4 Satz 2 AMG – der Arzneimitteleigenschaft im Sinne des § 2 Abs. 2 AMG nicht entgegen. Entscheidend ist allein, ob die Tatbestandsmerkmale des § 2 Abs. 1, Abs. 2 oder Abs. 3a AMG erfüllt sind; eine einzelhandelstypische Verpackung oder Bezeichnung, ein Beipackzettel oder eine besondere Vertriebsform sind nicht vorausgesetzt (vgl. BGH, Urteil vom 3. Dezember 1997 – 2 StR 270/97, NJW 1998, 836; Patzak/Fabricius/Huth, BtMG, 11. Aufl., Vorbemerkungen zum AMG Rn. 38).

6 Daran gemessen könnte es sich bei dem sichergestellten Ketamin in der Zusammensetzung und Wirkungsweise um ein Funktionsarzneimittel handeln, und zwar um einen Stoff oder eine Zubereitung, die im oder am menschlichen Körper angewendet oder einem Menschen verabreicht werden kann, um die physiologischen Funktionen durch eine pharmakologische, immunologische oder metabolische Wirkung wiederherzustellen, zu korrigieren oder zu beeinflussen (§ 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2a AMG). Ketamin ist auch kein lediglich – den Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2a AMG nicht genügender – pharmakologisch irrelevanter Ausgangsstoff, sondern das „Endprodukt“ im Sinne des AMG (zum Begriff vgl. Kügel/Müller/Hofmann/Müller, AMG, 3. Aufl., § 3 Rn. 35). Es weist bereits alle Eigenschaften eines Arzneimittels auf (vgl. BGH, Urteil vom 4. September 2012 – 1 StR 534/11, NJW 2012, 3665 Rn. 21 [„Gemzar“]) und bedarf soweit ersichtlich keines weiteren, wesentlichen Bearbeitungs- oder Aufbereitungsschrittes mehr (vgl. BVerwG, Urteil vom 17. August 2017 – 3 C 18.15, NVwZ 2018, 83 Rn. 26 ff. [Import von Blutegeln]). Der etwaige Zusatz von Salzen und Wasser zu Injektionszwecken ermöglicht die Injizierbarkeit des Mittels, ändert aber nicht dessen Wirkung (vgl. dazu auch BGH aaO Rn. 25).

7 Anders als bei synthetischen Cannabinoiden handelt es sich bei Ketamin nicht ausschließlich um einen Stoff, der die physiologischen Funktionen eines Menschen beeinflusst, ohne der Gesundheit dienlich zu sein. Die Entscheidung des EuGH zu synthetischen Cannabinoiden (Urteil vom 10. Juli 2014 – C-358/13 und C-181/14, NStZ 2014, 461) steht der rechtlichen Einordnung von Ketamin als Funktionsarzneimittel im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2a AMG damit nicht entgegen.

- 8 Soweit dem Anwendungsbereich des BtMG seit kurzem sogenanntes 2-Fluordeschlorketamin unterfällt (BGBl. Nr. 379 vom 4. Dezember 2024) verdeutlicht dieser Umstand lediglich, dass unter der Bezeichnung „Ketamin“ möglicherweise auch (sonstige) Stoffe auf dem illegalen Markt gehandelt werden, die, sofern sie nicht dem BtMG unterstellt werden, mangels Arzneimitteleigenschaft dem NpSG unterfallen könnten. Ob dies bei dem hier sichergestellten, nicht weiter spezifizierten „Ketamin“ der Fall ist, kann der Senat auf der Grundlage des Urteils nicht einschätzen. Hierfür bedürfte es weitergehender Feststellungen durch das neue Tatgericht, gegebenenfalls auf Grundlage einer ergänzenden Untersuchung der sichergestellten Substanz durch einen Sachverständigen (vgl. BGH, Urteil vom 28. November 2024 – 3 StR 219/24 Rn. 14).
- 9 b) Die Verfolgungsbeschränkung gemäß § 154a Abs. 2 StPO führt zur Abänderung der Schuldsprüche betreffend die Angeklagten D. und H. sowie zur Aufhebung der Strafaussprüche, da Auswirkungen auf die Bemessung der Strafen nicht sicher auszuschließen sind (§ 337 Abs. 1 StPO). Die insoweit getroffenen Feststellungen können bestehen bleiben (§ 353 Abs. 2 StPO); ergänzende Feststellungen durch das neue Tatgericht, die dazu nicht in Widerspruch treten, sind möglich.
- 10 2. Soweit sich im Fall II.2.b der Urteilsgründe die Tathandlungen der Angeklagten auch auf circa ein Kilogramm Cannabisharz mit einem Wirkstoffgehalt von mindestens 7,5 Gramm Tetrahydrocannabinol beziehen, hat der Senat nach § 2 Abs. 3 StGB das am 1. April 2024 in Kraft getretene Gesetz zum Umgang mit Konsumcannabis (Konsumcannabisgesetz – KCanG) zu berücksichtigen. Der Umgang mit Cannabis unterfällt danach nicht mehr dem BtMG, sondern allein

dem – hier milderen – KCanG (vgl. BGH, Beschluss vom 21. Mai 2024 – 5 StR 53/24, StV 2024, 586). Der Senat hat die Schuldsprüche daher entsprechend § 354 Abs. 1 iVm § 354a StPO geändert. Die Regelung des § 265 StPO steht nicht entgegen, weil sich die geständigen Angeklagten nicht wirksamer als geschehen hätten verteidigen können.

11 a) Nur betreffend den Angeklagten K. entzieht diese Änderung des Schuldspruchs der zum Fall II.2.b der Urteilsgründe verhängten Einzelstrafe, und damit der Gesamtstrafe die Grundlage. Denn unbeschadet der Regelung des § 52 Abs. 2 Satz 1 StGB vermag der Senat angesichts der Formulierung der Strafkammer, dass strafmildernd zu berücksichtigen sei, dass „die Beteiligung des Angeklagten [K.] (...) lediglich im Zusammenhang mit der Veräußerung von Cannabis feststellbar [gewesen sei]“ nicht sicher auszuschließen, dass die Tathandlung dieses Angeklagten in Bezug auf das Cannabisharz bei der Bestimmung des Schuldumfangs und damit bei der Festsetzung dieser Einzelstrafe für das Landgericht mitentscheidend war und es vor dem Hintergrund des nunmehr geltenden (grundsätzlich milderen) KCanG und den damit einhergehenden gesetzgeberischen Wertungen nicht eine noch mildere Einzelstrafe verhängt hätte. Die Feststellungen sind von der durch die Gesetzesänderung bedingten Aufhebung nicht betroffen; sie können daher bestehen bleiben (§ 353 Abs. 2 StPO).

12 b) Demgegenüber werden die Strafaussprüche betreffend die Angeklagten D. und H. durch die Änderung der Schuldsprüche nicht berührt. Die Strafkammer hat nicht strafscharfend berücksichtigt, dass sich das Handeln der Angeklagten auch auf Cannabis bezog. Der Senat kann angesichts dessen und mit Blick auf das bandenmäßige Handeltreiben mit einer Vielzahl von Betäubungsmitteln (darunter drei Kilogramm Kokain) ausschließen, dass das Landgericht zu niedrigeren Strafen gelangt wäre (§ 337 Abs. 1 StPO). Die Strafen

wären auch bei Geltung des KCanG angesichts des rechtlich zusammentreffenden Handels verschiedener Betäubungsmittel und Cannabis gemäß § 52 Abs. 2 Satz 1 StGB dem Strafraumen des § 30a Abs. 3 BtMG zu entnehmen gewesen.

13 3. Soweit das Landgericht bezüglich aller Beschwerdeführer gemäß §§ 73 Abs. 1, 73c Satz 1 StGB die Einziehung des Wertes von Taterträgen angeordnet hat, weist die Entscheidung Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten auf (§ 337 Abs. 1 StPO).

14 a) Neben der Tatsache, dass dem Landgericht hinsichtlich des Angeklagten K. ein Rechenfehler unterlaufen ist – nach den Feststellungen erlangte er durch die Taten nur 7.770 Euro und nicht 7.930 Euro – hat die Strafkammer auch unberücksichtigt gelassen, dass bei ihm am 29. März 2022 Bargeld in Höhe von 500 Euro sichergestellt worden ist, das zeitlich durchaus aus seiner Handelstätigkeit im Fall II.2.a der Urteilsgründe stammen und damit ein Teil des Erlöses seines verfahrensgegenständlichen Handeltreibens gewesen sein könnte. Dass die Urteilsgründe zu dieser sich aufdrängenden Frage schweigen, stellt einen Erörterungsmangel dar; gegebenenfalls wäre das Bargeld, auf das der Angeklagte verzichtet hat, in Abzug zu bringen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 14. August 2024 – 5 StR 226/24; vom 6. August 2022 – 5 StR 131/22 Rn. 3).

15 b) Hinsichtlich des Angeklagten D. hat das Landgericht den Wert von Taterträgen in Höhe von insgesamt 11.650 Euro aus drei konkret festgestellten Betäubungsmittelgeschäften der Bande eingezogen, nämlich 3.000 Euro, 4.800 Euro und 3.850 Euro. Hinsichtlich des Angeklagten H. hat es den Wert von Taterträgen in Höhe von insgesamt 7.800 Euro aus dem ersten und zweiten Handelsgeschäft eingezogen.

16 Das Urteil ist insoweit lückenhaft, weil die Strafkammer nur den Ankauf der Betäubungsmittel durch die Bande, nicht jedoch auch den Verkauf und einen damit einhergehenden tatsächlichen Erlös im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB festgestellt hat. Aus dem Umstand allein, dass bei der polizeilichen Durchsuchung am 29. März 2022 das am 10. März 2022 von der Bande abgeholte Cannabis nicht mehr aufgefunden wurde, kann der Senat hier nicht sicher darauf schließen, dass das Cannabis jedenfalls zum Einkaufspreis von der Bande weiterveräußert wurde, zumal da auch dann nicht sicher feststehen würde, dass der Angeklagte H. den Erlös tatsächlich erlangte und nicht etwa eines der anderen Bandenmitglieder; die Strafkammer hat nur für den Angeklagten D. festgestellt, dass er sämtliche der Erlöse vereinnahmte.

17 Schließlich hat sich die Strafkammer auch insoweit nicht zu der sich aufdrängenden Frage verhalten, ob die bei den Wohnungs- und Personendurchsuchungen aufgefundenen und im zeitlichen Zusammenhang mit der Tat sichergestellten Bargelder (in einem Lüftungsschacht versteckte 30.000 Euro sowie diverse weitere Bargeldbeträge), auf die die Angeklagten verzichtet haben, Teile der Erlöse des verfahrensgegenständlichen Handeltreibens gewesen sind, die in Abzug zu bringen wären (vgl. BGH, Beschlüsse vom 14. August 2024 – 5 StR 226/24; vom 6. August 2022 – 5 StR 131/22 Rn. 3).

- 18 c) Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen sind hiervon nicht betroffen; sie können deshalb bestehen bleiben (§ 353 Abs. 2 StPO). Das neu zur Verhandlung und Entscheidung berufene Tatgericht wird insoweit ergänzende Feststellungen zu treffen haben, die zu den bisherigen nicht in Widerspruch treten dürfen.

Cirener

Gericke

Mosbacher

Resch

Werner

Vorinstanz:

Landgericht Berlin, 31.08.2023 - (517 KLS) 273 Js 3772/21 (20/22)