

HRRS-Nummer: HRRS 2016 Nr. 961

Bearbeiter: Christoph Henckel und Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2016 Nr. 961, Rn. X

### BGH 2 StR 476/15 - Beschluss vom 30. Juni 2016 (LG Gießen)

**Verschlechterungsverbot (höhere Festsetzung einer Einzelstrafe bei Verbindung mit einer anderen Tat zur Tateinheit).**

§ 358 Abs. 2 StPO; § 54 StGB; § 52 StGB

#### Leitsätze des Bearbeiters

**Das Verschlechterungsverbot (§ 358 Abs. 2 StPO) steht der Festsetzung einer höheren als der bisherigen Einzelstrafe nicht grundsätzlich entgegen, wenn eine vom ersten Tatgericht als selbständig erachtete Tat als solche entfallen und jetzt mit einer anderen Tat zur Tateinheit verbunden ist. Der Unrechtsgehalt dieser nun zur Tateinheit zusammen gefassten Tat ist damit erhöht. Das Verschlechterungsverbot, welches grundsätzlich auch für Einzelstrafen gilt, gebietet bei dieser Sachlage deshalb nur, dass die Summe der jeweils betroffenen bisherigen Einzelstrafen bei der Bemessung der jeweils neu festzusetzenden Einzelstrafe nicht überschritten wird. Überdies darf auch die neue Gesamtstrafe nicht höher als bisher ausfallen.**

#### Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Gießen vom 24. Juni 2015 im Schuldspruch berichtigt, dass der Angeklagte des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in fünf Fällen schuldig ist.
2. Die Einzelstrafausprüche in den Fällen II.1-4 der Urteilsgründe sowie die Gesamtstrafe und die Verfallsentscheidung werden aufgehoben; der Einzelstrafauspruch im Fall II.1 der Urteilsgründe entfällt.
3. 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.
4. Die weitergehende Revision wird verworfen.

#### Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in sechs Fällen unter Einbeziehung von Einzelstrafen aus einer anderen Entscheidung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und drei Monaten verurteilt und eine Anordnung über Wertersatzverfall getroffen. Die Revision des Angeklagten hat mit der Sachrüge in dem aus dem Tenor befindlichen Antrag Erfolg; im Übrigen ist sie offensichtlich unbegründet. 1

1. Nach den Feststellungen zu den Taten II.1 und II.2/3 hatte der Angeklagte zum einen zwischen Juli und September 2013 ca. 100 g Kokain und zum anderen im Februar 2014 500 g bzw. 3 kg Marihuana erworben und in der Folge in mehreren Einzelakten an Abnehmer gewinnbringend weiterverkauft. Dieses Verhalten hat das Landgericht als drei zueinander in Tatmehrheit stehende Bewertungseinheiten angesehen. 2

Die Annahme von Tatmehrheit ist zwar insofern nicht zu beanstanden, als der Besitz verschiedener von vornherein zu unterschiedlichem Handel bestimmter Betäubungsmittel, die niemals zu einem Depot verbunden worden sind, nicht bereits aufgrund zeitlicher Überschneidung eine Bewertungseinheit zu begründen vermag (vgl. BGHR BtMG § 29 Bewertungseinheit 9). Das Landgericht hat aber die bestehende Besonderheit übersehen, dass der Angeklagte am 29. Juli 2014 an einen nicht offen ermittelnden Polizeibeamten im Rahmen eines Geschäfts gleichzeitig Kokain aus dem ersten Geschäft und Marihuana aus dem zweiten oder dritten Geschäft verkauft hat. Wegen der damit gegebenen Identität der tatbestandlichen Ausführungshandlung bestand somit zwischen den Taten II.1 und II.2 oder II.3 richtigerweise Tateinheit (vgl. BGH, Beschluss vom 25. März 1998 - 1 StR 80/98). Dies führt zum Entfallen einer Straftat des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge. 3

Der Senat hat den Schuldspruch entsprechend geändert. § 265 StPO steht dem nicht entgegen, weil nicht ersichtlich 4

ist, wie der Angeklagte sich hätte anders verteidigen können.

2. a) Die Änderung des Schuldspruchs führt zum Wegfall der Einzelstrafe im Fall II.1 der Urteilsgründe. Die an sich beanstandungsfreien Einzelstrafen in den Fällen II.2 und II.3 der Urteilsgründe sind aufzuheben und müssen unter Berücksichtigung des Tatunrechts aus dem Fall II.1 der Urteilsgründe, das entweder zum Fall II.2 oder Fall II.3 der Urteilsgründe gehört, neu bemessen werden. 5

Das Verschlechterungsverbot (§ 358 Abs. 2 StPO) steht einer höheren als der bisherigen Einzelstrafe nicht grundsätzlich entgegen. Eine vom Landgericht als selbständig erachtete Tat ist als solche entfallen (mit der zugehörigen Einzelstrafe); sie ist jetzt mit einer anderen Tat zur Tateinheit verbunden. Der Unrechtsgehalt dieser nun zur Tateinheit zusammen gefassten Tat ist damit erhöht. Das Verschlechterungsverbot, welches grundsätzlich auch für Einzelstrafen gilt, gebietet bei dieser Sachlage deshalb nur, dass die Summe der jeweils betroffenen bisherigen Einzelstrafen bei der Bemessung der jeweils neu festzusetzenden Einzelstrafe nicht überschritten wird. Überdies darf auch die neue Gesamtstrafe nicht höher als bisher ausfallen (vgl. BGHR StPO § 358 Abs. 2 Nachteil 3, 7). 6

b) Die Strafzumessungsentscheidung des Landgerichts im Fall II.4 der Urteilsgründe begegnet rechtlichen Bedenken. 7

Eine geringe Unterschreitung der Untergrenze zur nicht geringen Menge ist ein Strafmilderungsgrund. Das 2,6-fache der nicht geringen Menge an Betäubungsmitteln ist auch noch derart gering, dass dies jedenfalls nicht als bestimmender Strafschärfungsgrund gewertet werden kann (BGH NSTZ-RR 2016, 141). 8

c) Die Aufhebung der Einzelstrafen entzieht der Gesamtstrafe ihre Grundlage. 9

3. Die Entscheidung über die Anordnung von Wertersatzverfall hat keinen Bestand. Wie der Generalbundesanwalt in seiner Zuschrift im Einzelnen dargelegt hat, hätte die Strafkammer die Voraussetzungen des § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB erörtern und bei deren Vorliegen das ihr nach dieser Vorschrift eingeräumte Ermessen ausüben müssen. 10