

HRRS-Nummer: HRRS 2017 Nr. 280

Bearbeiter: Christian Becker

Zitiervorschlag: HRRS 2017 Nr. 280, Rn. X

BGH 3 StR 236/15 - Beschluss vom 15. November 2016 (BGH)

Divergenzvorlage; keine Tateinheit trotz teilweiser Identität der Ausführungshandlungen im Betäubungsmittelstrafrecht (unterschiedliche Betäubungsmittelmengen; Transport des Kaufgeldes; Fahrt zum Lieferanten; Bezahlung auf „Kommission“ erlangter Betäubungsmittel; weiter Tatbegriff beim Handeltreiben; Bewertungseinheit; eigener Unrechts- und Schuldgehalt; Tatmehrheit).

§ 29 BtMG; § 52 StGB; § 53 StGB; § 132 GVG

Leitsätze des Bearbeiters

1. Aufgrund der Besonderheiten des weiten Tatbegriffs beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln sowie bei angemessener Beachtung von Sinn und Zweck der Konkurrenzvorschriften ist es nach Auffassung des Senats geboten, § 52 Abs. 1 StGB einschränkend dahin auszulegen, dass nicht bei jeder teilweisen Identität von auf unterschiedliche Betäubungsmittelmengen bezogenen Ausführungshandlungen - dem Transport des Kaufgeldes für die erste als auch der Übernahme einer weiteren Betäubungsmittelmenge dienende Aufsuchen des Lieferanten oder die Bezahlung einer zuvor auf „Kommission“ erhaltenen Betäubungsmittelmenge bei Gelegenheit der Übernahme einer weiteren - von Tateinheit auszugehen ist.

2. Eine teilentidentische Ausführungshandlung führt vielmehr nur dann zu einer tateinheitlichen Verbindung zweier an sich unabhängiger, sich auf unterschiedliche Betäubungsmittelmengen beziehender Handelsgeschäfte, wenn sie für jedes dieser Geschäfte einen nicht unerheblichen eigenen Unrechts- und Schuldgehalt aufweist und dadurch deren Unwert und die jeweilige Schuld des Täters zumindest mitprägt. Dies liegt beim bloßen Aufsuchen des Lieferanten durch einen Drogenhändler nicht vor.

3. Mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur konkurrenzrechtlichen Beurteilung von tatbestandlichen Handlungseinheiten kann nach Auffassung des Senats nicht argumentiert werden, dass der Wortlaut von § 52 Abs. 1 StGB der Annahme von Tateinheit in diesen Fällen entgegenstehe. Denn die Bewertungseinheit des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln stellt eine tatbestandliche Handlungseinheit im weiteren Sinne bzw. die Zusammenfassung verschiedener natürlicher Handlungen zu einer Tat im Rechtssinne dar, wobei für die Zusammenfassung nicht tatsächliche Umstände maßgeblich sind, sondern normative Gründe, die sich insbesondere aus der Fassung des gesetzlichen Tatbestands ergeben und die somit auf rechtlichen Wertungen beruhen.

Entscheidungstenor

Dem Großen Senat für Strafsachen wird gemäß § 132 Abs. 2 GVG folgende Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt:

Verbindet das sowohl dem Transport des Kaufgeldes für die erste als auch der Übernahme einer weiteren Betäubungsmittelmenge dienende Aufsuchen des Lieferanten oder die Bezahlung einer zuvor auf „Kommission“ erhaltenen Betäubungsmittelmenge bei Gelegenheit der Übernahme einer weiteren Betäubungsmittelmenge die beiden Umsatzgeschäfte zu einer einheitlichen Tat im materiellrechtlichen Sinn?

Gründe

I.

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in sieben Fällen sowie wegen gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern in drei Fällen und versuchten gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und sieben Monaten verurteilt sowie Einziehungsentscheidungen getroffen. Hiergegen richtet sich die Revision des Angeklagten mit Verfahrensrügen und sachlich-rechtlichen Beanstandungen. 1

1. Gegenstand des Vorlageverfahrens ist allein die Verurteilung des Angeklagten wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in sechs Fällen unter B. I. der Urteilsgründe (Anlagepunkte 3 bis 8). 2

Nach den Feststellungen des Landgerichts erwarb der Angeklagte in sechs Fällen von C. jeweils mindestens 100 g Kokain mit einem Reinheitsgehalt von mindestens 30%, um dieses gewinnbringend weiter zu veräußern und sich ein nicht unerhebliches Einkommen von gewisser Regelmäßigkeit zu verschaffen. Er fuhr deswegen zwischen Mitte August 2011 und Mitte Mai 2012 insgesamt sechs Mal nach vorheriger telefonischer Absprache mit C. mit seinem Auto nach Bremen und erwarb dort das Rauschgift auf „Kommission“, welches er jeweils nach gewinnbringendem Verkauf bei der Abholung der neuen Menge, die er zuvor stets telefonisch bestellt hatte, bezahlte. Auf welche Weise das Entgelt für die sechste Betäubungsmittelmenge entrichtet wurde, hat die Strafkammer nicht festgestellt. 3

Das Landgericht hat dieses Geschehen ohne weitere Erörterungen als sechs rechtlich selbstständige Fälle des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge abgeurteilt. 4

2. Der Senat beabsichtigt, die Revision des Angeklagten in diesen sechs Fällen zu verwerfen, soweit sie sich gegen den Schuldspruch wendet. Die insoweit erhobenen Revisionsangriffe versagen: Die Aufklärungsrüge, mit der die vollständige Einführung des Inhalts dreier Akten in die Hauptverhandlung vermisst wird, betrifft nur den Strafausspruch, den der Senat bereits aufgrund des Antrags des Generalbundesanwalts wegen unterlassener Berücksichtigung eines eingezogenen Kraftfahrzeugs bei der Strafzumessung aufheben wird. Die Aufklärungsrüge betreffend die Anhörung des Sachverständigen zur Erläuterung des Wirkstoffgutachtens ist nicht zulässig erhoben. Die sachlich-rechtliche Beanstandung der Beweiswürdigung zum Wirkstoffgehalt des Betäubungsmittels zeigt - wie der Generalbundesanwalt näher ausgeführt hat - keinen Fehler zum Nachteil des Angeklagten auf. 5

Der Senat ist in Übereinstimmung mit dem Landgericht weiter der Ansicht, dass sechs in Tatmehrheit zueinander stehende Verbrechen des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nach § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG gegeben sind. Sie werden weder durch das sowohl dem Transport des Kaufgeldes für die erste als auch der Übernahme der weiteren Betäubungsmittelmenge dienende Aufsuchen des Lieferanten noch durch die Bezahlung der zuvor auf „Kommission“ erhaltenen Betäubungsmittelmenge bei Gelegenheit der Übernahme einer weiteren Betäubungsmittelmenge Tateinheitlich miteinander verknüpft. 6

II.

Dieser Auffassung des Senats stehen indes Entscheidungen anderer Strafsenate entgegen. 7

1. Zur Fahrt des Täters, die sowohl der Ablieferung des Kaufpreises für die frühere Lieferung als auch der Entgegennahme einer neueren Lieferung dient: 8

a) Der 4. Strafsenat hat in dem Aufsuchen des Lieferanten zur Abholung einer bereits zuvor verabredeten Lieferung zur Weiterveräußerung vorgesehener Betäubungsmittel eine Tathandlung des Handeltreibens gesehen, die mit der Tathandlung des dem eigentlichen Betäubungsmittelumsatzes nachfolgenden Zahlungsvorgangs bezüglich einer vorangegangenen Lieferung zusammentrifft und deshalb Tateinheit zwischen den beiden Betäubungsmittelgeschäften wegen sich überschneidender objektiver Ausführungshandlungen angenommen (BGH, Urteil vom 25. April 2013 - 4 StR 418/12, NStZ 2014, 162; Anfragebeschluss vom 31. Juli 2013 - 4 StR 223/13, NStZ-RR 2014, 144; Vorlegungsbeschluss vom 22. Mai 2014 - 4 StR 223/13, juris Rn. 4 ff.; Beschluss vom 2. Juli 2014 - 4 StR 188/14, juris Rn. 4). 9

b) Der 2. Strafsenat hat in einer Stellungnahme zu dem genannten Anfragebeschluss des 4. Strafsenats vom 31. Juli 2013 mitgeteilt, er neige zu der Ansicht, dass vor dem Hintergrund der in ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vorgenommenen weiten Auslegung des Begriffs des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln die Annahme von Tateinheit nicht noch weiter auf die der Anfrage zu Grunde liegende Fallkonstellation ausgedehnt werden sollte. Der Begriff der Handlungseinheit werde damit noch über die aufgegebene Rechtsfigur der fortgesetzten Handlung hinaus erweitert, wofür weder eine rechtliche Grundlage noch ein praktisches Bedürfnis bestehe (Beschluss vom 24. Oktober 2013 - 2 ARs 319/13, NStZ-RR 2014, 81). 10

2. Zur Bezahlung einer früheren Betäubungsmittellieferung im Zusammenhang mit der Entgegennahme oder Bestellung einer weiteren Lieferung: 11

a) Der 2. Strafsenat hat im Fall der Zahlung des Kaufpreises für eine frühere Lieferung (ebenso wie in der Rückgabe von wegen Qualitätsmängeln beanstandeten Rauschgifts aus dieser Lieferung) bei der Übernahme einer weiteren Lieferung Tateinheit angenommen (BGH, Beschluss vom 22. Januar 2010 - 2 StR 563/09, NStZ 2011, 97). Er hat in einer späteren Entscheidung unter Hinweis auf diesen Beschluss offen gelassen, ob an der Rechtsprechung festzuhalten ist, wonach die Abwicklung von Zahlungsvorgängen zurückliegende und neue Taten des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln zu rechtlichen oder tatsächlichen Handlungseinheiten verbinden kann (BGH, Urteil vom 11. Juli 2012 - 2 StR 572/11, juris Rn. 4), später indes unter Bezugnahme auf denselben Beschluss wieder Tateinheit wegen Zusammentreffens beider Rauschgiftgeschäfte in einem Handlungsteil angenommen (BGH, Beschluss vom 9. Dezember 2014 - 2 StR 381/14, juris Rn. 6). 12

b) Der 4. Strafsenat hat im Fall der Teilzahlung einer früheren Lieferung, bei der zugleich „das weitere Rauschgiftgeschäft eingeleitet“ worden war, Bedenken geäußert, ob der bloße Zahlungsvorgang die Kraft habe, mehrere an sich selbstständige Rauschgiftgeschäfte zu einer Tat im Rechtssinne zu verbinden, zur Begründung auf die weitreichenden Folgen beim Strafklageverbrauch verwiesen, in der Sache aber von einer Anfrage nach § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG abgesehen und das Verfahren teilweise nach § 154 Abs. 2 StPO eingestellt (BGH, Beschluss vom 13. April 1999 - 4 StR 42/99, NStZ 1999, 411). 13

3. Der Senat hat deshalb mit Beschluss vom 3. September 2015 (3 StR 236/15, NStZ 2016, 415 mit zustimmender Anmerkung Patzak) beim 2. Strafsenat und beim 4. Strafsenat angefragt, ob an dieser Rechtsprechung, und bei den beiden anderen Strafsenaten, ob gegebenenfalls an entgegenstehender Rechtsprechung festgehalten wird (§ 132 Abs. 3 Satz 1 GVG). 14

a) Auf die Anfrage des Senats hat der 2. Strafsenat mit Beschluss vom 31. Mai 2016 (2 ARs 403/15, NStZ-RR 2016, 313) an seiner letztgenannten Rechtsprechung (Beschluss vom 9. Dezember 2014 - 2 StR 381/14) festgehalten und diese dahin präzisiert, dass in dem Aufsuchen des Lieferanten zur Bezahlung der bereits früher erworbenen und zur Abholung der weiteren Rauschgiftmenge das die Teilidentität der Ausführungshandlungen begründende Handlungselement liege. Dementsprechend könne es mit Blick auf den eindeutigen Wortlaut des § 52 Abs. 1 StGB, der bei Teilidentität der Ausführungshandlungen der Annahme von Tatmehrheit entgegenstehe, nicht auf das Gewicht und den Unwertgehalt der sich überschneidenden Tathandlungen ankommen. 15

b) Der 4. Strafsenat hat mit Beschluss vom 1. September 2016 (4 ARs 21/15, NStZRR 2016, 373) ebenfalls an seiner Rechtsprechung entsprechend der mit Vorlegungsbeschluss vom 22. Mai 2014 - 4 StR 223/13 - gegebenen Begründung festgehalten und sich - wie der 2. Strafsenat - zur Begründung ergänzend auf den Wortlaut des § 52 Abs. 1 StGB berufen. 16

c) Der 5. Strafsenat hat am 2. März 2016 (5 ARs 60/15) beschlossen, dass seine Rechtsprechung der beabsichtigten Entscheidung des Senats nicht entgegenstehe und dass er an eventuell früher abweichender Rechtsprechung aus den Gründen des Anfragebeschlusses nicht festhalte. 17

d) Der 1. Strafsenat hat über den Anfragebeschluss des Senats beraten und entschieden, dass eine schriftliche Stellungnahme nicht abgegeben werden solle. 18

III.

Nach § 52 Abs. 1 StGB liegt materiellrechtlich Tateinheit vor, wenn dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrfach verletzt. Eine solche mehrfache Gesetzesverletzung durch eine Tat ist zunächst bei einer Handlung im natürlichen Sinne gegeben, also dann, wenn sich ein Willensentschluss in einem Ausführungsakt erschöpft (LK/Rissing-van Saan, StGB, 12. Aufl., vor § 52 Rn. 9, § 52 Rn. 6; jeweils mwN). Darüber hinaus kann auch dann von einer Tat im Rechtssinne auszugehen sein, wenn mehrere Handlungen im natürlichen Sinne zu einer Handlungseinheit zusammengefasst werden. Dies ist der Fall, wenn zwischen mehreren menschlichen, strafrechtlich erheblichen Verhaltensweisen ein solcher unmittelbarer Zusammenhang besteht, dass sich das gesamte Tätigwerden bei natürlicher Betrachtungsweise (objektiv) auch für einen Dritten als ein einheitlich zusammengefasstes Tun darstellt (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urteil vom 29. März 2012 - 3 StR 422/11, juris Rn. 8 mwN). Eine weitere Fallgruppe stellt die sog. tatbestandliche Handlungseinheit im engeren Sinne dar, die sich dadurch auszeichnet, dass mehrere natürliche Handlungen unter - unterschiedlichen - rechtlichen Aspekten zu einer Handlungseinheit zusammengefasst werden, wie dies etwa in Fällen der mehrartigen oder zusammengesetzten Delikte oder bei Dauerdelikten der Fall sein kann (LK/Rissing-van Saan aaO, vor § 52 Rn. 20 ff.). Wiederum darüber hinausgehend kann auch der Sinn und Zweck der jeweils verletzten gesetzlichen Tatbestände, der im Wege der Auslegung zu ermitteln ist, zur Annahme einer tatbestandlichen Handlungseinheit führen, die - anders als die natürliche Handlungseinheit - vorwiegend normativ bestimmt wird. Solche Handlungseinheiten werden etwa bei Delikten mit pauschalierenden Handlungsbeschreibungen wie insbesondere den Organisationsdelikten der §§ 129 ff. StGB (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 9. Juli 2015 - 3 StR 537/14, BGHSt 60, 308, 311 ff.) angenommen sowie in Fällen wiederholter oder fortlaufender Tatbestandsverwirklichung (vgl. dazu LK/Rissing-van Saan aaO, vor § 52 Rn. 23 ff., 35, 36 f. mwN). 19

Der Sache nach stellt auch die sog. Bewertungseinheit eine tatbestandliche Zusammenfassung einer Mehrzahl natürlicher Handlungen zu einer Tat im Rechtssinne dar (vgl. LK/Rissing-van Saan aaO, vor § 52 Rn. 39 ff. mwN, die die Bewertungseinheit für einen Unterfall der tatbestandlichen Handlungseinheit im weiteren Sinne hält; anders MüKoStGB/von Heintschel-Heinegg, 3. Aufl., § 52 Rn. 39 mwN, der von einer eigenständigen neuen Rechtsfigur ausgeht). 20

Hauptanwendungsfall der Bewertungseinheit ist das Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (vgl. LK/Rissing-van Saan 21

aaO).

Ausgehend von diesen Grundsätzen kommt die Annahme von Tateinheit vorliegend unter keinem der genannten Gesichtspunkte in Betracht. Im Einzelnen: 22

1. Aufeinanderfolgende, sich auf unterschiedliche Betäubungsmittelmengen beziehende Umsatzgeschäfte eines Betäubungsmittelhändlers werden nicht dadurch tateinheitlich verbunden, dass sich der Täter zu seinem Lieferanten begibt, um einerseits die vorangegangene Lieferung zu bezahlen und dabei zugleich eine neue, zuvor bestellte Lieferung abzuholen, also das Aufsuchen des Lieferanten gleichermaßen beiden Umsatzgeschäften dient. 23

Dabei ist es aufgrund der Besonderheiten des weiten Tatbegriffs beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln und bei angemessener Beachtung von Sinn und Zweck der Konkurrenzvorschriften geboten, § 52 Abs. 1 StGB einschränkend dahin auszulegen, dass nicht bei jeder teilweisen Identität von auf unterschiedliche Betäubungsmittelmengen bezogenen Ausführungshandlungen von Tateinheit auszugehen ist (dazu unten a)). Die Annahme von Tateinheit ist zudem nicht aus anderen Gründen erforderlich, insbesondere ist sie zur sachgerechten Erfassung des verwirklichten Unrechts und der Schuld nicht unumgänglich. Im Gegenteil kann sie vielmehr den Wertungen und Zielsetzungen gesetzlicher Regelungen des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts zuwiderlaufen (dazu unten b)). 24

a) In Fällen wie dem vorliegenden führt die teilweise Identität von Ausführungshandlungen beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln nicht zur Tatidentität. Dabei hält der Senat an dem nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs weit auszulegenden Begriff des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (vgl. BGH, Beschluss vom 26. Oktober 2005 - GSSt 1/05, BGHSt 50, 252, 258 ff.) fest. Danach gilt: 25

aa) Handeltreiben mit Betäubungsmitteln im Sinne des § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jede eigennützige, auf den Umsatz von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit (vgl. BGH, Beschluss vom 26. Oktober 2005 - GSSt 1/05, BGHSt 50, 252, 256 mwN), wobei verschiedene Betätigungen, die auf die Förderung ein und desselben Güterumsatzes abzielen, eine tatbestandliche Bewertungseinheit bilden (BGH, Beschluss vom 31. Juli 2013 - 4 StR 223/13, NStZ-RR 2014, 144, 145). Sie umfasst deshalb von der Anbahnung des Geschäfts bis zur finanziellen Abwicklung nach Art und Bedeutung höchst unterschiedliche, zudem zeitlich und örtlich vielfach weit auseinanderfallende Betätigungen, die in rechtlicher Bewertung allein durch das subjektive Element des Handlungszwecks, nämlich der auf Güterumsatz gerichteten Zielsetzung, zusammengehalten werden (BGH, Urteil vom 1. Oktober 1997 - 2 StR 520/96, BGHSt 43, 252, 256 f.). Dem - auch aus kriminalpolitischen Erwägungen weit auszulegenden - Begriff des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln unterfallen sowohl Handlungen, die unmittelbar der Beschaffung und der Überlassung von Betäubungsmitteln an Abnehmer dienen, als auch dem eigentlichen Betäubungsmittelumsatz nachfolgende Zahlungsvorgänge, ohne dass danach differenziert wird, ob der Handelnde als Abnehmer oder als Lieferant tätig wird (vgl. etwa BGH, Urteile vom 17. Juli 1997 - 1 StR 791/96, BGHSt 43, 158, 162; vom 7. Februar 2008 - 5 StR 242/07, NStZ 2008, 465; Beschlüsse vom 27. Juni 2008 - 3 StR 212/08, BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Konkurrenzen 7; vom 5. August 2014 - 3 StR 340/14, juris Rn. 5). Das Aufsuchen des Lieferanten zum Zweck der Abholung von zuvor bestelltem Betäubungsmittel ist damit eine den Tatbestand des Handeltreibens erfüllende Tätigkeit (BGH, Urteil vom 20. August 1991 - 1 StR 273/91, NStZ 1992, 38, 39). Gleiches gilt für die Übermittlung des für eine frühere Betäubungsmittellieferung zu entrichtenden Kaufgelds (BGH, Urteil vom 11. Juli 1995 - 1 StR 189/95, juris Rn. 23 mwN). 26

bb) Dieser weite Begriff des Handeltreibens bleibt nicht ohne Auswirkungen auf die Frage, unter welchen Bedingungen auf verschiedene Betäubungsmittelmengen bezogene Geschäfte im Rechtssinne in Tateinheit zueinander stehen, deren Ausführungshandlungen teilweise zusammenfallen, so dass eine Handlung im Sinne von § 52 Abs. 1 StGB vorliegt. Auszugehen ist von dem in der Rechtsprechung anerkannten Grundsatz, wonach Tateinheit dann anzunehmen ist, wenn mehrere Tatbestandsverwirklichungen dergestalt objektiv zusammentreffen, dass die Ausführungshandlungen in einem für sämtliche Tatbestandsverwirklichungen notwendigen Teil zumindest teilweise identisch sind. Dagegen reichen ein einheitliches Motiv, die Gleichzeitigkeit von Geschehensabläufen, die Verfolgung eines Endzwecks, eine Mittel-Zweck-Verknüpfung oder eine Grund-Folge-Beziehung nicht aus, um eine Handlungs- und in deren Folge eine Tateinheit zu begründen (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschluss vom 25. November 1997 - 5 StR 526/96, BGHSt 43, 317, 319; Urteil vom 16. Juli 2009 - 3 StR 148/09, NStZ 2011, 97; vgl. auch LK/Rissing-van Saan aaO, § 52 Rn. 20 mwN). 27

Maßgeblich ist mithin die Identität der Ausführungshandlung in einem für beide Tatbestandsverwirklichungen in der konkreten Form notwendigen Teil; die konkrete, den einen Tatbestand erfüllende Handlung muss zugleich auch zu dem anderen Delikt einen tatbestandserheblichen Beitrag abgeben (BGH, Beschluss vom 11. November 1976 - 4 StR 266/76, BGHSt 27, 66, 67). Entgegen der in den Beschlüssen des 2. (Beschluss vom 31. Mai 2016 - 2 ARs 26 27 403/15, NStZ-RR 2016, 313) und des 4. Strafsenats (Beschluss vom 1. September 2016 - 4 ARs 21/15, NStZ-RR 2016, 373) geäußerten Bedenken hält der Senat daran fest, dass deshalb mit Blick auf die Weite des Begriffs des 28

Handeltreibens mit Betäubungsmitteln und die daraus resultierende Vielgestaltigkeit denkbarer Tathandlungen eine teilidentische Ausführungshandlung nur dann zu einer Tateinheitlichen Verbindung zweier an sich unabhängiger, sich auf unterschiedliche Betäubungsmittelmengen beziehender Handelsgeschäfte führt, wenn sie für jedes dieser Geschäfte einen nicht unerheblichen eigenen Unrechts- und Schuldgehalt aufweist und dadurch deren Unwert und die jeweilige Schuld des Täters zumindest mitträgt. Dies liegt beim bloßen Aufsuchen des Lieferanten durch einen Drogenhändler nicht vor.

(1) Ein eigener Unrechts- und Schuldgehalt kommt der Fahrt des Täters zu seinem Lieferanten kaum zu. Dies beruht auf der Besonderheit des weiten Begriffs des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln. Einigt sich der Täter mit seinem Lieferanten auf den Ankauf von Drogen, die er seinerseits in Gewinnerzielungsabsicht weiterverkaufen will, so ist die Tat des Handeltreibens schon mit dieser Einigung vollendet. Die sich daran anschließende Fahrt zum Lieferanten ist für die Verwirklichung des Tatbestands ohne wesentliche selbstständige Bedeutung, sondern nur eine von vielen nachfolgenden Tätigkeiten, die - zur Bewertungseinheit zusammengefasst - Teile ein und derselben Tat des Handeltreibens sind. Erst recht gilt dies für die Fahrt zum Zweck der Bezahlung eines Handelsgeschäfts, das hinsichtlich der Übergabe der Betäubungsmittel schon abgewickelt ist. In beiden Konstellationen liegt in der Fahrt lediglich ein untergeordneter Teilakt des verabredeten bzw. schon durchgeführten Geschäfts, das sein wesentliches Gepräge vielmehr durch die Verabredung hierzu und durch die Entgegennahme und Weitergabe des Rauschgifts erhält. Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zu Fallkonstellationen, in denen erst unter Zugrundelegung eines zugleich einer anderen Tatbestandsverwirklichung dienenden Teilaktes von einer vollständigen Tatbestandsverwirklichung auszugehen ist (so zum Beispiel die Gewaltanwendung im Rahmen des Raubes und die Körperverletzung, BGH, Urteil vom 18. März 1969 - 1 StR 544/68, BGHSt 22, 362, oder die Drohung bei der Vergewaltigung und die dadurch fahrlässig herbeigeführte Tötung, BGH, Urteil vom 21. September 1965 - 1 StR 269/65, BGHSt 20, 269). Die mindere Bedeutung der Fahrt des Täters zu seinem Lieferanten ändert zwar nichts daran, dass auch dadurch der Tatbestand des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln erfüllt wird; nach den oben genannten Maßgaben führt sie indes dazu, dass diese Handlung keinen notwendigen Teil der Tatbestandsverwirklichung (mehr) darstellt, weshalb zwischen zwei nur auf diese Weise „verbundenen“ Handelsgeschäften keine Tateinheit anzunehmen ist.

(2) Die geringe Bedeutung, welche der Fahrt des Täters zum Lieferanten für das Unrecht des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln zukommt, erhellt auch folgende - geringfügig abweichende - Sachverhaltsvariante: Hat der Täter noch kein Erwerbsgeschäft mit seinem Betäubungsmittellieferanten vereinbart, sondern fährt mit dem Gedanken, bei sich bietender Gelegenheit weitere Drogen zu kaufen, so stellt die Anfahrt zu dem Ort, an dem der Täter ggf. Betäubungsmittel für den gewinnbringenden Weiterverkauf erwerben will, nur eine straflose Vorbereitungshandlung des in Aussicht genommenen Betäubungsmittelhandels dar (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Mai 1996 - 1 StR 245/96, NStZ 1996, 507, 508; Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 8. Aufl., § 29 Teil 4 Rn. 55). Ist danach die Fahrt keine Ausführungshandlung für ein neuerliches Drogengeschäft, so kann sie auch keine Verbindung von zwei Taten des Betäubungsmittelhandels bewirken.

(3) Mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur konkurrenzrechtlichen Beurteilung von tatbestandlichen Handlungseinheiten kann nach Auffassung des Senats nicht argumentiert werden, dass der Wortlaut von § 52 Abs. 1 StGB der Annahme von Tatmehrheit in diesen Fällen entgegenstehe. Wie dargelegt stellt die Bewertungseinheit des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln eine tatbestandliche Handlungseinheit im weiteren Sinne bzw. die Zusammenfassung verschiedener natürlicher Handlungen zu einer Tat im Rechtssinne dar, wobei für die Zusammenfassung nicht tatsächliche Umstände maßgeblich sind, sondern normative Gründe, die sich insbesondere aus der Fassung des gesetzlichen Tatbestands ergeben und die somit auf rechtlichen Wertungen beruhen (vgl. dazu auch BGH, Beschluss vom 9. Juli 2015 - 3 StR 537/14, BGHSt 60, 308, 318).

In anderen Fällen der tatbestandlichen Handlungseinheit beruht die Entscheidung, ob bei Teilidentität von Ausführungshandlungen Tateinheit oder Tatmehrheit anzunehmen ist, indes ebenfalls auf Wertungen:

So war etwa nach bisheriger Rechtsprechung davon ausgegangen worden, dass bei Verwirklichung eines Organisationsdelikts, also eines Straftatbestands, der seinem Sinn nach neben einmaligen Handlungen auch alle Betätigungen im Rahmen eines über den Einzelfall hinausreichenden, in eine Beziehung oder Organisation eingebetteten oder auf eine gewisse Dauer angelegten Verhaltens erfassen soll (LK/Rissing-van Saan aaO, vor § 52 Rn. 24 mwN), wie etwa der Mitgliedschaft in einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung, stets alle mitgliedschaftlichen Beteiligungsakte zu einer Handlungseinheit zusammengefasst würden. Aus diesem Grund nahm die Rechtsprechung Idealkonkurrenz zwischen dem gesamten Organisationsdelikt und einer durch einen der Einzelakte begangenen anderen Straftat an (BGH, Urteil vom 11. Juni 1980 - 3 StR 9/80, BGHSt 29, 288, 290 f.) und gelangte infolgedessen - in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung zu anderen tatbestandlichen Handlungseinheiten, insbesondere bei Dauerdelikten (vgl. etwa BGH, Beschlüsse vom 24. August 1988 - 2 StR 432/88, BGHR StGB § 52 Abs. 1 Klammerwirkung 2; vom 6. September 1988 - 1 StR 481/88, BGHR StGB § 52 Abs. 1 Klammerwirkung 3; vom 6. September 1989 - 2 StR 353/89, BGHR StGB § 52 Abs. 1 Klammerwirkung 6) - zur Annahme einer Klammerwirkung des § 129 Abs. 1 Variante 2 StGB bezüglich mehrerer als Mitglied begangener sonstiger Straftaten (BGH, Urteil vom 11. Juni 1980 - 3 StR 9/80, BGHSt 29, 288, 291 f.; Beschluss vom 11. August

2004 - 3 StR 202/04, NSTZ 2005, 46, 47). Diese galt bei den Organisationsdelikten, aber auch bei anderen verbindenden Straftatbeständen indes nicht uneingeschränkt, sondern nur, wenn zumindest eines der für die Verklammerung in Betracht kommenden Delikte nicht schwerer wog als die gleichzeitig verwirklichte verklammernde Straftat (BGH, Urteile vom 11. Juni 1980 - 3 StR 9/80, BGHSt 29, 288, 291 f.; vom 18. Juli 1984 - 2 StR 322/84, BGHSt 33, 4, 6; vom 14. Juli 1992 - 1 StR 243/92, BGHR StGB § 52 Abs. 1 Klammerwirkung 7; vom 8. November 2007 - 3 StR 320/07, BGHR StGB § 52 Abs. 1 Klammerwirkung 10; Beschlüsse vom 26. März 1982 - 2 StR 700/81, BGHSt 31, 29, 31; vom 30. November 1988 - 3 StR 376/88, BGHR StGB § 52 Abs. 1 Klammerwirkung 4; vom 31. Mai 1989 - 3 StR 99/89, BGHR StGB § 52 Abs. 1 Klammerwirkung 5; vom 22. Oktober 1997 - 3 StR 415/97, BGHR StGB § 253 Abs. 1 Konkurrenzen 4; vom 27. November 1998 - 3 StR 342/98, BGHR StGB § 180a Abs. 1 Konkurrenzen 2; vom 10. November 2010 - 5 StR 464/10, juris Rn. 3). Wiederum aufgrund von rechtlichen Wertungsargumenten hat der Senat für die Organisationsdelikte der §§ 129, 129a StGB abweichend davon nunmehr entschieden, dass Betätigungshandlungen, die zugleich einen weiteren Straftatbestand erfüllen, wegen ihres deutlich erhöhten Unrechts- und Schuldgehalts nicht der tatbestandlichen Handlungseinheit unterfallen, sondern -idealkonkurrierend mit der eigenständigen, isolierten Erfüllung des § 129 Abs. 1 Variante 2 StGB - in Tateinheit zu dieser stehen (BGH, Beschluss vom 9. Juli 2015 - 3 StR 537/14, BGHSt 60, 308, 319 f.).

Auf einer rechtlichen Bewertung beruht auch die Rechtsprechung, die Tateinheit zwischen einem Waffendelikt (Besitz und Führen einer Schusswaffe, §§ 51, 52 WaffG) und einer unter Nutzung der Waffe begangenen anderen Straftat ablehnt und von Tateinheit ausgeht, wenn die andere Straftat auf einem neuen, bei Inbesitznahme der Waffe noch nicht vorliegenden Willensentschluss beruht (BGH, Urteile vom 16. März 1989 - 4 StR 60/89, BGHSt 36, 151, 153; vom 15. April 1998 - 2 StR 670/97, NSTZ-RR 1999, 8; Beschluss vom 18. Februar 1999 - 5 StR 45/99, NSTZ 1999, 347; vgl. auch Beschluss vom 30. Juni 1982 - 3 StR 44/82). Auch in diesen Fällen erfüllt der Täter bei Begehung der anderen Straftat zugleich das (andauernde) Waffendelikt, so dass teildentische Ausführungshandlungen vorliegen. Gleichwohl wird mit dem Argument, der neue Tatentschluss entfalte Zäsurwirkung, von Tateinheit ausgegangen. 34

Die genannten Fälle zeigen, dass der Bundesgerichtshof in einer Vielzahl von Fallkonstellationen trotz teildentischer Ausführungshandlungen unter Heranziehung rechtlicher Bewertungen die Annahme von Tateinheit abgelehnt hat und stattdessen von Tateinheit ausgegangen ist. Dann ist aber kein tragfähiger Grund dafür ersichtlich, in der vorliegenden Konstellation unter Berufung auf den Wortlaut solche normativen Elemente auszublenden. 35

b) Dies gilt insbesondere mit Blick darauf, dass vorliegend auch keine weiteren Gründe für die Annahme von Tateinheit sprechen; insbesondere ist es zur sachgerechten Erfassung des verwirklichten Unrechts und der Schuld nicht unumgänglich, die Mehrzahl von Handelsgeschäften zur Tateinheit zusammenzufassen (vgl. zur Frage der Rechtfertigung der fortgesetzten Handlung BGH, Beschluss vom 3. Mai 1994 - GSSt 2 und 3/93, BGHSt 40, 138, 158 ff.). Mit dieser Zusammenfassung sind vielmehr Vorteile für den Täter verbunden, die letztlich auch zur Aufgabe der Rechtsfigur der fortgesetzten Handlung geführt haben (vgl. BGH aaO S. 146 ff.). 36

aa) Die Annahme nur einer Tat im Rechtssinn kann sich wegen der Rechtskraftwirkung, die bei Aburteilung einzelner Teile der Tatserie eintritt, insbesondere als ein Hindernis für eine effektive, zu gerechter Ahndung führende Bekämpfung der Serienkriminalität erweisen. Um zu vermeiden, dass die Verurteilung wegen des Weiterverkaufs einer geringen Menge den Verbrauch der Strafklage für ein größeres Gesamtgeschehen nach sich zieht, müsste der Tatrichter sorgfältig das gesamte Lebensumfeld des Angeklagten untersuchen. Die Erfüllung einer derartig ausgedehnten Kognitionspflicht wäre in der Praxis nicht zu leisten. 37

bb) Anwendungsschwierigkeiten könnten auch bei der Sicherungsverwahrung entstehen, sofern es darauf ankommt, dass der Täter eine Mehrzahl von erheblichen Straftaten begangen hat (§ 66 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 2 StGB). Da - wie der Fall zeigt - Einzeltaten zu einer Tat zusammengefasst werden würden, die für sich bereits mit erheblichen Einzelstrafen geahndet werden, würde eine Verknüpfung zu einer Tat den Angeklagten begünstigen. 38

2. Die Entgegennahme weiterer Betäubungsmittel anlässlich der Bezahlung zuvor gelieferter Betäubungsmittel verbindet die beiden Handelsgeschäfte ebenfalls nicht zu einer Tat im Rechtssinn. Insofern gilt: Allein ein Handeln am selben Ort und zur selben Zeit begründet im Allgemeinen keine Tateinheit im Sinne einer natürlichen Handlungseinheit; erforderlich ist grundsätzlich vielmehr die (Teil-)Identität der objektiven Ausführungshandlungen (vgl. LK/Rissing-van Saan aaO, § 52 Rn. 20 mwN). Hierzu reichen, wie bereits dargelegt, ein einheitliches Motiv, die Gleichzeitigkeit von Geschehensabläufen, die Verfolgung eines Endzwecks, eine Mittel-Zweck-Verknüpfung oder eine Grund-Folge-Beziehung nicht aus (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschluss vom 25. November 1997 - 5 StR 526/96, BGHSt 43, 317, 319; Urteil vom 16. Juli 2009 - 3 StR 148/09, NSTZ 2011, 97). 39

So liegt es hier: Die Bezahlung der Erstlieferung und die Entgegennahme der Zweitlieferung sind gesonderte Handlungen, die jeweils nur für die einzelne Lieferung das Tatbestandsmerkmal des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln erfüllen (vgl. für die Bestellung neuer Betäubungsmittel aus Anlass der Bezahlung einer früheren Lieferung BGH, Urteil vom 16. Juli 2009 - 3 StR 148/09, NSTZ 2011, 97; für die Abholung neuer Betäubungsmittel aus Anlass der Bezahlung einer früheren Lieferung BGH, Beschluss vom 15. Februar 2011 - 3 StR 3/11, juris). Darin 40

unterscheidet sich der Sachverhalt von Konstellationen, in denen in der Rechtsprechung Tateinheit infolge eines Zusammenfallens von Zahlungsvorgängen für mehrere Betäubungsmittelkäufe angenommen worden ist (vgl. BGH, Beschlüsse vom 23. Juni 1993 - 2 StR 47/93, BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 3 Konkurrenzen 5; vom 13. März 1996 - 2 StR 514/95, BGHR BtMG § 29 Strafzumessung 29; vom 17. Oktober 2007 - 2 StR 376/07, juris; vom 9. Januar 2008 - 2 StR 527/07, juris; zu den Bedenken hiergegen vgl. BGH, Beschlüsse vom 13. April 1999 - 4 StR 42/99, NStZ 1999, 411; vom 27. Juni 2008 - 3 StR 212/08, NStZ 2009, 392).

IV.

Nach alledem legt der Senat die streitige Rechtsfrage wegen Divergenz gemäß § 132 Abs. 2 GVG dem Großen Senat für Strafsachen zur Entscheidung vor. 41

Der Zulässigkeit der Divergenzvorlage steht nicht entgegen, dass der 1. Strafsenat auf den Anfragebeschluss des Senats vom 3. September 2015 in der Sache nicht geantwortet und vielmehr lediglich auf Anfrage mitgeteilt hat, dass in der Beratung beschlossen worden sei, von einer schriftlichen Stellungnahme abzusehen. Gemäß § 132 Abs. 3 GVG ist das mit negativem Ergebnis durchgeführte Anfrageverfahren zwar Zulässigkeitsvoraussetzung für die Anrufung des Großen Senats wegen Divergenz (vgl. LR/Franke, StPO, 26. Aufl., § 132 GVG Rn. 17; KK/Hannich, StPO, 7. Aufl., § 132 GVG Rn. 13). Ein solches negatives Ergebnis steht hier jedoch bereits fest, nachdem der 2. Strafsenat mit Beschluss vom 31. Mai 2016 (2 ARs 403/15) und der 4. Strafsenat mit Beschluss vom 1. September 2016 (4 ARs 21/15) an ihrer von der Anfrage abweichenden Rechtsprechung festgehalten haben. 42