

HRRS-Nummer: HRRS 2019 Nr. 512

Bearbeiter: Christian Becker

Zitiervorschlag: HRRS 2019 Nr. 512, Rn. X

BGH 3 StR 615/17 - Beschluss vom 21. August 2018 (LG Mainz)

Konkurrenzen im Betäubungsmittelstrafrecht (Tateinheit; Tatmehrheit; Bewertungseinheit; Anbau; Handeltreiben; verschiedene Liefer- oder Anbauvorgänge; einheitlicher Verkaufsvorrat; Überschneiden der tatbestandlichen Ausführungshandlungen; bloße Gleichzeitigkeit).

§ 29 BtMG; § 52 StGB; § 53 StGB

Leitsätze des Bearbeiters

1. Gesonderte Anbauvorgänge, die auf eine gewinnbringende Veräußerung der dadurch erzeugten Betäubungsmittel abzielen, sind grundsätzlich als für sich selbständige, zueinander in Tateinheit stehende Taten des Handeltreibens zu bewerten. Eine Bewertungseinheit kann nicht alleine durch den Besitz verschiedener zum Handeltreiben bestimmter Rauschgiftmengen aus verschiedenen Liefer- oder Anbauvorgängen begründet werden, soweit die Betäubungsmittel nicht zu einem einheitlichen Verkaufsvorrat vereint wurden.

2. Mehrere Taten des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln stehen jedoch unabhängig von einer Bewertungseinheit zueinander dann in Tateinheit, wenn ihre tatbestandlichen Ausführungshandlungen sich (teilweise) überschneiden. Der gleichzeitige Besitz zweier für den Verkauf bestimmter Vorräte vermag insoweit 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 - die tatsächliche Ausübung des Besitzes über die eine Menge zugleich die Ausübung der tatsächlichen Verfügungsgewalt über die andere darstellt.

Entscheidungstenor

Auf die Revision des Angeklagten A. wird das Urteil des Landgerichts Mainz vom 14. August 2017, soweit es diesen Angeklagten betrifft,

im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte des bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in zwei tateinheitlichen Fällen in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz zweier halbautomatischer Kurzwaffen und von Munition schuldig ist,

im gesamten Strafausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben,

im Ausspruch über die Einziehung des Wertes von Taterträgen dahingehend ergänzt, dass der Angeklagte als Gesamtschuldner mit dem Mitangeklagten U. haftet.

Auf die Revision des Angeklagten U. wird das vorbezeichnete Urteil

aufgehoben,

soweit er in den Fällen II.1., II.2. und II.5. der Urteilsgründe verurteilt worden ist; jedoch bleiben die insoweit getroffenen Feststellungen aufrechterhalten, sowie

im Ausspruch über die Gesamtstrafe mit den zugehörigen Feststellungen,

ergänzt im Ausspruch über die Einziehung des Wertes von Taterträgen dahin, dass der Angeklagte hinsichtlich eines Teilbetrages in Höhe von 3.000 € als Gesamtschuldner mit dem Mitangeklagten A. haftet.

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.

Die weitergehenden Revisionen werden verworfen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten U. wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei 1
Fällen sowie wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in drei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei
Jahren verurteilt. Den Angeklagten A. hat es des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge sowie
des bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz zweier halbautomatischer
Kurz Waffen zum Verschießen von Patronenmunition nach Anlage 1 Abschnitt 1 Unterabschnitt 3 zum WaffG schuldig
gesprochen und gegen ihn eine Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verhängt. Zudem hat es die Einziehung in
Höhe von 14.300 € gegen den Angeklagten U. und in Höhe von 3.000 € gegen den Angeklagten A. angeordnet.

Die jeweils auf die Sachrüge gestützten Revisionen der Angeklagten haben den aus der Entscheidungsformel 2
ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen sind sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

1. Das Landgericht hat - soweit hier von Bedeutung - festgestellt: 3

a) Die Angeklagten errichteten im November 2014 gemeinsam im Keller des Wohnhauses des Angeklagten A. eine 4
Cannabisplantage mit dem Ziel, die Ernte gewinnbringend zu verkaufen und den Erlös zu gleichen Teilen aufzuteilen.
Die erste Ernte im Januar 2015 ergab ca. 4 kg Marihuanablüten (mit einem Wirkstoffgehalt von 4 bis 5,6 % THC)
sowie ca. 2.894 g Blatt- und Blütengemisch (mit einem Wirkstoffgehalt von 108 g THC), 447 g Blatt- und
Blütengemisch (mit einem Wirkstoffgehalt von 20,16 g THC) und 137,8 g Marihuanagemisch (Wirkstoffgehalt nicht
festgestellt). Aus dem Verkauf von Marihuanablüten erzielte der Angeklagte U. insgesamt 14.000 €, von denen er
3.000 € an A. als dessen Anteil am Erlös übergab. Von den noch nicht verkauften Restmengen brachte der
Angeklagte U. 220 g Marihuanablüten sowie ca. 2.849 g und 447 g Blatt- und Blütengemisch in seine Wohnung,
weitere ca. 137,8 g in eine Gartenlaube. Der Angeklagte A. behielt in seinem Haus eine Restmenge von 49,07 g
Marihuanablüten (Fall II.1. der Urteilsgründe).

b) Im Juni 2015 verkaufte der Angeklagte U. dem gesondert verfolgten E. 77,87 g Amphetamin (mit einem 5
Wirkstoffgehalt von 3,303 g Amphetaminbase) für 300 € (Fall II.2. der Urteilsgründe).

c) Im Mai 2015 starteten die Angeklagten eine zweite Aufzucht von Cannabispflanzen mit verbesserter technischer 6
Ausstattung der Plantage und deren Erweiterung in zwei Räumen des Obergeschosses; die Ernteerwartung betrug 7
kg Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von 840 g THC. Im September 2015 waren die Pflanzen so weit
angewachsen, dass sie eine Gesamtmenge von 1.828 g Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von 29 g THC
ergaben. Unter dem Bett im Schlafzimmer, das wenige Schritte vom Treppenauf- und -abgang zum Obergeschoss und
zum Keller gelegen war, bewahrte der Angeklagte A. in einer offenen Sporttasche eine halbautomatische
Selbstladepistole Crevena Zastava Modell 70, Kaliber 7,62 mm nebst zwei Magazinen mit jeweils fünf Schuss
Munition sowie ein halbautomatisches Gewehr Marlin Kaliber 45 ACP mit abgesägtem Lauf und abgesägter
Schulterstütze mit eingeführtem Magazin, in dem sich eine funktionsunfähige Patrone befand, dergestalt auf, dass ein
Zugriff jederzeit gewährleistet war. Im selben Raum bewahrte er eine Restmenge von 49,07 g Marihuanablüten aus
der ersten Aufzucht auf (Fall II.3. der Urteilsgründe).

d) Im September 2015 hielt der Angeklagte U. „im Zuge seines bereits im Fall 2 dargestellten Tatentschlusses“ 7
im Kühlschrank in seiner Wohnung 50,84 g Amphetamin (mit einem Wirkstoffgehalt von 3,51 g Amphetaminbase) sowie
6,5 Ecstasy-Tabletten mit dem Wirkstoff MDMA zum Verkauf bereit; zugleich lagerte er die oben genannten
Restmengen Marihuana aus der ersten Aufzucht der Plantage „in dem von ihm bewohnten Anwesen“ (Fall II.5. der
Urteilsgründe).

2. Das Landgericht hat die den Angeklagten U. betreffenden Fälle als jeweils rechtlich selbständige Taten gemäß § 8
29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG, § 25 Abs. 2 StGB (Fälle II.1. und II.3. der Urteilsgründe) bzw. § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs.
3 BtMG (Fälle II.2. und II.5. der Urteilsgründe) gewertet. Die Taten des Angeklagten A. hat es als tatmehrheitlich
begangene Delikte nach § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG, § 25 Abs. 2 StGB (Fall II.1. der Urteilsgründe) und § 30a Abs. 2
Nr. 2 BtMG, § 52 Abs. 1 Nr. 2 b) WaffG in Verbindung mit Anlage 2 Abschnitt 2 Unterabschnitt 1 Satz 1 WaffG
gewertet (Fall II.3. der Urteilsgründe). Die Annahme von Tatmehrheit in diesen Fällen begegnet durchgreifenden
rechtlichen Bedenken.

a) Zwar geht das Landgericht hinsichtlich der Cannabisplantage der Angeklagten im Ansatz zutreffend davon aus, 9
dass gesonderte Anbauvorgänge, die auf gewinnbringende Veräußerung der dadurch erzeugten Betäubungsmittel
abzielen, grundsätzlich als für sich selbständige, zueinander in Tateinheit stehende Taten des Handeltreibens zu
bewerten sind. Es hat auch erkannt, dass eine Bewertungseinheit allein durch den Besitz verschiedener zum
Handeltreiben bestimmter Rauschgiftmengen aus verschiedenen Liefer- oder Anbauvorgängen nicht begründet
werden kann, soweit die Betäubungsmittel nicht zu einem einheitlichen Verkaufsvorrat vereint wurden (vgl. BGH,
Beschlüsse vom 20. April 2005 - 3 StR 106/05, NStZ 2005, 650; vom 28. Juni 2011 - 3 StR 485/10, BGHR BtMG §
29 Abs. 1 Nr. 1 Konkurrenzen 11; vom 24. Januar 2017 - 3 StR 487/16, NStZ 2017, 711, 712; Weber, BtMG, 3. Aufl.,

Vor §§ 29 ff. Rn. 620 ff.).

Jedoch hat das Landgericht nicht 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, Beschlüsse vom 24. Januar 2017 - 3 StR 487/16, NStZ 2017, 711, 712; vom 28. Mai 2018 - 3 StR 88/18, juris Rn. 7). 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, Urteil vom 2. April 2015 - 3 StR 642/14, juris Rn. 8; Beschluss vom 10. Juli 2017 - GSSt 4/17, NJW 2018, 2905, 2907) - die tatsächliche Ausübung des Besitzes über die eine Menge zugleich die Ausübung der tatsächlichen Verfügungsgewalt über die andere darstellt (BGH, Urteil vom 2. April 2015 - 3 StR 642/14, juris Rn. 7 mwN; LK/Rissing-van Saan, StGB, 12. Aufl., Vor §§ 52 Rn. 43; Weber, BtMG, 5. Aufl., Vor §§ 29 ff. Rn. 628 ff.; vgl. auch BGH, Beschluss vom 13. Oktober 1998 - 4 StR 315/98, NStZ-RR 1999, 119, 120).

b) Nach diesen Maßgaben gilt für den Angeklagten A. Folgendes:

Schon angesichts des engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhanges stellte der Besitz der zum Verkauf vorgesehenen Marihuanablüten aus der ersten Aufzucht zugleich die Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die Pflanzen der zweiten Aufzucht dar; beide Taten stehen daher in Tateinheit (§ 52 Abs. 1 StGB). Überdies sind die Taten dadurch verknüpft, dass der Angeklagte in unmittelbarer Nähe zu beiden Verkaufsmengen dieselbe funktionsfähige scharfe Pistole griffbereit aufbewahrte (vgl. BGH, Beschluss vom 27. Juni 2018 - 4 StR 116/18, juris Rn. 2 mwN).

Auch im Fall II.1. der Urteilsgründe hat sich der Angeklagte A. des bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG) strafbar gemacht. Denn es reicht aus, wenn der Täter die Waffe bei einem Einzelakt des Handeltreibens - hier dem Vorrätighalten von 49,07 g Marihuanablüten als Teil einer größeren zum Verkauf bestimmten einheitlichen Menge - führt (vgl. BGH, Beschlüsse vom 18. Oktober 2017 - 3 StR 78/17, NStZ-RR 2018, 251 f.; vom 10. Dezember 2014 - 3 StR 503/14, StV 2015, 641; vom 15. Januar 2013 - 2 StR 589/12, NStZ 2013, 663; jeweils mwN).

Tateinheitlich hat sich der Angeklagte A. des unerlaubten Besitzes zweier halbautomatischer Kurzwaffen nach § 52 Abs. 1 Nr. 2 b) WaffG und des tateinheitlichen unerlaubten Besitzes von Munition gemäß § 52 Abs. 3 Nr. 2 b) WaffG (zum Konkurrenzverhältnis vgl. BGH, Urteil vom 5. Mai 2011 - 3 StR 445/10, juris Rn. 38 mwN) schuldig gemacht.

Der Senat ändert den Schuldspruch entsprechend ab; § 265 Abs. 1 StPO steht dem nicht entgegen, da sich der Angeklagte A. bei zutreffender rechtlicher Bewertung der Tat nicht anders als geschehen hätte verteidigen können.

Der aufgezeigte Rechtsfehler führt zur Aufhebung des Ausspruchs über die Einzelstrafen und den Gesamtstrafenausspruch. Der Senat hebt die zugehörigen Feststellungen insgesamt auf, um dem neuen Tatgericht eine in sich stimmige Zumessung zu ermöglichen.

Der von dem Rechtsfehler nicht betroffene Ausspruch über die Einziehung von Wertersatz (§ 73c Satz 1 StGB) war dahin zu ergänzen, dass der Angeklagte hinsichtlich eines Teilbetrages in Höhe von 3.000 € als Gesamtschuldner mit dem Mitangeklagten U. haftet (§§ 421 ff. BGB).

c) Hinsichtlich des Angeklagten U. gilt:

Die Bewertung des konkurrenzrechtlichen Verhältnisses der Betäubungsmitteltaten in den Fällen II.1., II.2. und II.5. zueinander hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

Das Landgericht hat dazu keine hinreichenden Feststellungen getroffen. Die Urteilsgründe verhalten sich nicht dazu, ob der Angeklagte U. die Rauschgiftrestmengen aus der Tat zu Fall II.1. der Urteilsgründe (220 g Marihuanablüten, 2.849 g und 447 g Blattund Blütenmisch) gegebenenfalls ganz oder teilweise in einem engen und unmittelbaren räumlichen Zusammenhang mit dem Amphetamin und den Ecstasytabletten in den Fällen II.2. und II.5. der Urteilsgründe aufbewahrte, so dass er die Betäubungsmittel nicht lediglich unabhängig voneinander gleichzeitig besessen, sondern gemeinsam darüber die Verfügungsgewalt ausgeübt hätte. Zudem besteht nach den getroffenen Feststellungen die Möglichkeit, dass die Amphetaminmengen in den Fällen II.2. und II.5. der Urteilsgründe einen einheitlichen Verkaufsvorrat bildeten oder einem solchen entstammten und insoweit eine Bewertungseinheit in Betracht kommt. Der Senat kann deshalb nicht überprüfen, ob das Landgericht das Konkurrenzverhältnis zwischen diesen drei Taten rechtsfehlerfrei als tatmehrheitlich bewertet hat.

Die für sich rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen zum objektiven und subjektiven Tatgeschehen können 21 bestehen bleiben (§ 353 Abs. 2 StPO). Das neu zur Entscheidung berufene Gericht wird lediglich ergänzende Feststellungen, die für die Bewertung des Konkurrenzverhältnisses von Bedeutung sind, zu treffen haben, die allerdings zu den aufrechterhaltenen Feststellungen nicht in Widerspruch stehen dürfen.

Die Aufhebung in den Fällen II.1., II.2. und II.5. der Urteilsgründe zieht die Aufhebung des Gesamtstrafenausspruchs 22 nach sich; der Senat hebt die zugehörigen Feststellungen auf.

Der Ausspruch über die Einziehung von Wertersatz ist von dem Rechtsfehler nicht betroffen; er war indes dahin zu 23 ergänzen, dass der Angeklagte hinsichtlich eines Teilbetrages in Höhe von 3.000 € als Gesamtschuldner mit dem Mitangeklagten A. haftet.