

HRRS-Nummer: HRRS 2017 Nr. 356

Bearbeiter: Christoph Henckel und Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2017 Nr. 356, Rn. X

BGH 4 StR 580/16 - Beschluss vom 14. Februar 2017 (LG Paderborn)

Unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln und Beihilfe dazu (Tateinheit; Konkurrenzverhältnis zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln und zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln: Tateinheit durch Klammerwirkung, Voraussetzungen).

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG, § 27 Abs. 1 StGB; § 52 StGB; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

Leitsätze des Bearbeiters

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verwirklicht der gleichzeitige Besitz unterschiedlicher Betäubungsmittelmengen den Tatbestand des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln nur einmal (vgl. BGH NSTz-RR 2016). Dient der Besitz an den Betäubungsmitteln dem Zweck der gewinnbringenden Weiterveräußerung, tritt die Strafbarkeit wegen Besitzes hinter das täterschaftlich begangene unerlaubte Handeltreiben mit Betäubungsmitteln zurück (st. Rspr.), während zwischen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln und Besitz Tateinheit besteht (vgl. BGH NSTz-RR 2009, 58). Besitz der Täter Betäubungsmittel teils zur gewinnbringenden Weiterveräußerung und teils zu anderen Zwecken, geht lediglich der Besitz an der zum Handel bestimmten Betäubungsmittelmenge im Handeltreiben mit Betäubungsmitteln auf. Für die anderen Zwecken dienende Menge verbleibt es dagegen bei der Strafbarkeit wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln. Zwischen dem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln und dem gleichzeitigen Besitz der davon nicht betroffenen Betäubungsmittelmenge besteht Tateinheit (vgl. BGH NSTz-RR 2015, 174 f).

2. Die Annahme von Tateinheit durch Klammerwirkung setzt voraus, dass die Ausführungshandlungen zweier an sich selbständiger Delikte zwar nicht miteinander, wohl aber mit der Ausführungshandlung eines dritten Tatbestandes (teil-)identisch sind und zwischen wenigstens einem der beiden an sich selbständigen Delikte und dem sie verbindenden Delikt zumindest annähernde Wertgleichheit besteht oder die verklammernde Tat die schwerste ist (st. Rspr.). Als Maßstab hierfür dient die Abstufung der einzelnen Delikte nach ihrem Unrechtsgehalt unter Orientierung an den Strafraumen, wobei der Wertevergleich nicht nach einer abstrakt-generalisierenden Betrachtungsweise, sondern anhand der konkreten Gewichtung der Taten vorzunehmen ist (vgl. BGHSt 33, 4, 6 ff.).

3. Mangels Wertgleichheit hat der Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nicht die Kraft, selbständige, die Voraussetzungen des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG erfüllende Taten des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge untereinander zur Tateinheit zu verbinden. Demgegenüber werden an sich selbständige Taten der Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge durch einen einheitlichen Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer materiellrechtlichen Tat verklammert.

Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Paderborn vom 21. September 2016
 - a) im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und Beihilfe zum bewaffneten Handeltreiben schuldig ist;
 - b) im Strafausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.
2. 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.
3. Die weiter gehende Revision wird verworfen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer 1

Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln und wegen Beihilfe zum „unerlaubten Handelreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge unter Mitführung von Schusswaffen“ in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu der Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Hiergegen richtet sich die Revision des Angeklagten mit der nicht näher ausgeführten Rüge der Verletzung materiellen Rechts. Das Rechtsmittel führt zur Änderung des Schul- und Aufhebung des Strafausspruchs; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

I.

Nach den Feststellungen verwahrte der Angeklagte am 22. März 2016 in seiner Wohnung 218,66 g Ecstasy-Tabletten mit einem Wirkstoffgehalt von 55,10 g MDMA-Base, die er im Januar 2015 von seinem Lieferanten zum Zweck der gewinnbringenden Weiterveräußerung auf Kommission erhalten hatte, sowie zwei Tütchen Haschisch mit insgesamt 0,84 g THC, die jeweils für den Eigenkonsum bestimmt waren. Ebenfalls am 22. März 2016 führte der Angeklagte in seinem Fahrzeug einen Beutel mit sich, der eine Platte Cannabis mit einem Gewicht von 421,57 g und einer Wirkstoffmenge von 14,76 g THC sowie zwei geladene halbautomatische Selbstladepistolen, passende Mündungsschalldämpfer und weitere Munition enthielt. Den Beutel hatte der Angeklagte im April 2015 von seinem Lieferanten, aus dessen Handelstätigkeit das Cannabis stammte, zur Aufbewahrung für diesen erhalten und in der Folgezeit versteckt.

II.

Der Schuldspruch des angefochtenen Urteils kann nicht bestehen bleiben, weil sich die Annahme von zwei selbständigen realkonkurrierenden Taten als unzutreffend erweist.

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verwirklicht der gleichzeitige Besitz unterschiedlicher Betäubungsmittelmengen den Tatbestand des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln nur einmal (vgl. BGH, Beschluss vom 3. Dezember 2015 - 4 StR 430/15, NStZ-RR 2016, 82; Urteil vom 4. Februar 2015 - 2 StR 266/14, NStZ 2015, 344; Beschlüsse vom 16. Juli 2013 - 4 StR 144/13, NStZ 2014, 163; vom 12. Oktober 2004 - 4 StR 358/04, NStZ 2005, 228 f.; Urteil vom 1. August 1978 - 1 StR 173/78). Dient der Besitz an den Betäubungsmitteln dem Zweck der gewinnbringenden Weiterveräußerung, tritt die Strafbarkeit wegen Besitzes hinter das täterschaftlich begangene unerlaubte Handelreiben mit Betäubungsmitteln zurück (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschlüsse vom 3. Dezember 2015 - 4 StR 430/15 aaO; vom 17. Mai 1996 - 3 StR 631/95, BGHSt 42, 162, 165 f.), während zwischen Beihilfe zum unerlaubten Handelreiben mit Betäubungsmitteln und Besitz Tateinheit besteht (vgl. BGH, Urteil vom 4. Februar 2015 - 2 StR 266/14 aaO; Beschluss vom 2. Oktober 2008 - 3 StR 352/08, NStZ-RR 2009, 58). Besitzt der Täter Betäubungsmittel teils zur gewinnbringenden Weiterveräußerung und teils zu anderen Zwecken, geht lediglich der Besitz an der zum Handel bestimmten Betäubungsmittelmenge im Handelreiben mit Betäubungsmitteln auf. Für die anderen Zwecken dienende Menge verbleibt es dagegen bei der Strafbarkeit wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln. Zwischen dem Handelreiben mit Betäubungsmitteln und dem gleichzeitigen Besitz der davon nicht betroffenen Betäubungsmittelmenge besteht Tateinheit (vgl. BGH, Beschlüsse vom 25. Februar 2015 - 4 StR 516/14, NStZ-RR 2015, 174 f.; vom 30. Juni 1998 - 1 StR 293/98, StV 1998, 593; vom 30. November 1995 - 1 StR 578/95; vom 12. Oktober 1990 - 1 StR 539/90; vom 29. August 1984 - 2 StR 173/84, bei Schoreit, NStZ 1985, 58; Kotz in MüKo-StGB, 2. Aufl., § 29 BtMG Rn. 1209).

Mangels Wertgleichheit hat der Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nicht die Kraft, selbständige, die Voraussetzungen des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG erfüllende Taten des unerlaubten Handelreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge untereinander zur Tateinheit zu verbinden (vgl. BGH, Beschlüsse vom 3. Dezember 2015 - 4 StR 430/15 aaO; vom 17. Mai 1996 - 3 StR 631/95 aaO). Demgegenüber werden an sich selbständige Taten der Beihilfe zum unerlaubten Handelreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge durch einen einheitlichen Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer materiellrechtlichen Tat verklammert (vgl. BGH, Urteil vom 4. Februar 2015 - 2 StR 266/14 aaO; Beschluss vom 16. Juli 2013 - 4 StR 144/13 aaO).

2. Danach hat sich der Angeklagte durch das Aufbewahren des zum Eigenkonsum bestimmten Haschischs in der Wohnung und die gleichzeitig erfolgte Verwahrung der Cannabisplatte für seinen Lieferanten eines Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gemäß § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG schuldig gemacht. Dieser Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge steht sowohl zu dem durch die Lagerung der zum Weiterverkauf bestimmten Ecstasy-Tabletten verwirklichten unerlaubten Handelreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nach § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG als auch zu der Beihilfe zum bewaffneten Handelreiben mit Betäubungsmitteln des Lieferanten gemäß § 27 StGB, § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG in Tateinheit und verklammert diese Delikte zu einer materiellrechtlichen Tat.

a) Die Annahme von Tateinheit durch Klammerwirkung setzt voraus, dass die Ausführungshandlungen zweier an sich selbständiger Delikte zwar nicht miteinander, wohl aber mit der Ausführungshandlung eines dritten Tatbestandes (teil-)identisch sind und zwischen wenigstens einem der beiden an sich selbständigen Delikte und dem sie verbindenden

Delikt zumindest annähernde Wertgleichheit besteht oder die verklammernde Tat die schwerste ist (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 13. Dezember 2012 - 4 StR 99/12, NStZ-RR 2013, 147, 149 mwN; Beschluss vom 11. Januar 2012 - 1 StR 386/11, wistra 2012, 310; Rissing-van Saan, LK, 12. Aufl., § 52 Rn. 28 ff.). Als Maßstab hierfür dient die Abstufung der einzelnen Delikte nach ihrem Unrechtsgehalt unter Orientierung an den Strafrahmen, wobei der Wertevergleich nicht nach einer abstrakt-generalisierenden Betrachtungsweise, sondern anhand der konkreten Gewichtung der Taten vorzunehmen ist (vgl. BGH, Urteil vom 13. Dezember 2012 - 4 StR 99/12 aaO; Beschlüsse vom 19. April 2011 - 3 StR 230/10, NStZ 2011, 577, 578; vom 2. Dezember 2008 - 3 StR 203/08, NStZ 2009, 692, 693; Urteil vom 18. Juli 1984 - 2 StR 322/84, BGHSt 33, 4, 6 ff.).

b) Da der Tatbestand des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG für den Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge mit einer Strafrahmenobergrenze von 15 Jahren gegenüber der Obergrenze des nach § 27 Abs. 2 Satz 2, § 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafrahmens des § 30a Abs. 2 BtMG von elf Jahren und drei Monaten die schwerere Strafe androht und sich bei der gebotenen konkreten Betrachtungsweise keine Gesichtspunkte dafür ergeben, dass der Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge seinem strafrechtlichen Unrechtsgehalt nach hinter der Teilnahmehandlung zurückbleibt, sind die Voraussetzungen für eine Verklammerung ungeachtet der höheren Mindeststrafe des gemilderten Normalstrafrahmens aus § 30a Abs. 2 BtMG erfüllt. 8

3. Der Senat ändert den Schuldspruch entsprechend. § 265 StPO steht nicht entgegen, da sich der weitgehend geständige Angeklagte gegen den geänderten Schuldvorwurf nicht wirksamer als geschehen hätte verteidigen können. Die Schuldspruchänderung entzieht dem Strafausspruch die Grundlage. Der neu mit der Sache befasste Tatrichter wird den vom Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift vom 22. November 2016 dargelegten Bedenken hinsichtlich der strafschärfenden Berücksichtigung der nur geringfügigen Überschreitung des Grenzwerts zur nicht geringen Menge (vgl. BGH, Beschlüsse vom 27. September 2016 - 2 StR 41/16; vom 31. März 2016 - 2 StR 36/16, BGHR BtMG § 29 Strafzumessung 44) sowie der für die Bestimmung der maßgeblichen Strafrahmenuntergrenze relevanten Prüfung des minder schweren Falls nach § 30a Abs. 3 BtMG Rechnung zu tragen haben. Der Senat weist darüber hinaus darauf hin, dass mit der Erwägung, der Wiederverkauf der Betäubungsmittel sei letztlich zufällig gescheitert, „weil der Angeklagte keine Abnehmer fand und kein Interesse an entsprechender Akquise entwickelte“ kein schuldsteigernder Gesichtspunkt aufgezeigt wird. 9