



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

2 StR 591/15

vom

29. September 2016

in der Strafsache

gegen

1.

2.

3.

4.

wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Verhandlung vom 28. September 2016 in der Sitzung am 29. September 2016, an denen teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Prof. Dr. Fischer,

die Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Appl,
Prof. Dr. Krehl,
Dr. Eschelbach,
die Richterin am Bundesgerichtshof
Dr. Bartel,

Staatsanwalt beim Bundesgerichtshof
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt - in der Verhandlung -
als Verteidiger des Angeklagten R. ,

Rechtsanwalt - in der Verhandlung -
als Verteidiger des Angeklagten H. ,

Rechtsanwälte - in der Verhandlung -
und - in der Verhandlung -
als Verteidiger des Angeklagten M. ,

Rechtsanwalt - in der Verhandlung -
als Verteidiger des Angeklagten S. ,

Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Aachen vom 2. Juni 2014
 - a) soweit es die Angeklagten R. , H. und S. betrifft, im Fall II. 3 der Urteilsgründe,
 - b) soweit es die Angeklagten R. und H. betrifft, in den Gesamtstrafenaussprüchen,
 - c) soweit es den Angeklagten M. betrifft, im gesamten Strafausspruchmit den Feststellungen aufgehoben.
2. 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.
3. Die weitergehenden Revisionen der Staatsanwaltschaft werden verworfen.

Von Rechts wegen

Gründe:

1. Das Landgericht hat den Angeklagten R. wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in acht Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten, den Angeklagten H. unter Freisprechung im Übrigen wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in

nicht geringer Menge in drei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren, den Angeklagten M. wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in vier Fällen sowie wegen unerlaubten Besitzes einer halbautomatischen Kurzwaffe zum Verschießen von Patronenmunition in Tateinheit mit unerlaubtem Erwerb entsprechender Munition zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und den Angeklagten S. unter Freisprechung im Übrigen wegen Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Die Revisionen der Staatsanwaltschaft beanstanden - teils zu Gunsten, teils zu Ungunsten der Angeklagten - mit der Sachrüge die Schuldsprüche in den Fällen II. 1, 2, 3, 7, 8, 9 und 10 der Urteilsgründe, die Strafaussprüche in den verbleibenden Fällen II. 4, 5, 6, 11 und 12 der Urteilsgründe sowie eine unterbliebene Einziehungsentscheidung. Die Rechtsmittel haben den aus dem Urteilstenor ersichtlichen Teilerfolg.

I.

- 2 Nach den Feststellungen mietete der Angeklagte R. zum 1. Januar 2011 in H. Gewerberäume zum Garten- und Landschaftsbau. Ab dem 1. Februar vermietete er eine Halle für 1.000 € monatlich an den gesondert verfolgten V. unter. Wenig später eröffnete V. in Begleitung des gesondert verfolgten Mu. dem Angeklagten, in der Halle eine Cannabis-Plantage betreiben zu wollen. Gegen das Versprechen, an dem Erlös beteiligt zu werden, erklärte sich R. damit einverstanden. Im Sommer 2011 erfolgte die erste Ernte von 25 kg Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von mindestens 6 % THC aus dem Anbau von 1.000 Cannabis-Pflanzen. Von dem Verkaufserlös erhielt der Angeklagte 10.000 € (Fall II. 1 der Urteilsgründe).

- 3 Im Spätherbst 2011 erfolgte ein erneuter Anbau von ca. 1.000 Setzlingen, deren Ernte wiederum 25 kg Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von mindestens 6 % THC erbrachte. Unter dem Vorwand, die gesamte Ernte sei geraubt worden, prellten V. und Mu. den Angeklagten um seinen Anteil (Fall II. 2 der Urteilsgründe).
- 4 Im Frühjahr 2012 beschloss der Angeklagte R. , einen neuen Betreiber für eine Cannabis-Plantage in seiner Lagerhalle zu suchen. Durch Vermittlung des Zeugen B. kam er mit dem vermögenden Immobilienhändler S. in Kontakt, der selbst mit dem Anbau von Cannabis nichts zu tun haben wollte, dafür aber den im Plantagenbetrieb erfahrenen Angeklagten H. ansprach, der ihm noch 50.000 € aus einem Hauskauf schuldete. Zu dritt besichtigten die Angeklagten die Örtlichkeiten, wobei S. eine Provision von 5.000 € für seine Vermittlungsdienste ins Gespräch brachte, worauf die anderen beiden Angeklagten jedoch nicht eingingen. Im Sommer 2012 besorgte H. Hochleistungsleuchten für den Betrieb der Anlage und holte zusammen mit R. 800 Cannabis-Setzlinge aus den Niederlanden. Der erwartete Erlös sollte hälftig zwischen beiden geteilt werden. Die Setzlinge gingen jedoch ein, so dass keine Ernte erfolgte. Bei normalem Verlauf hätten die Angeklagten einen Erlös von mindestens 13 kg Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von zumindest 6 % THC erzielt (Fall II. 3 der Urteilsgründe).
- 5 Bei einem zweiten Anbauzyklus von 800 Cannabis-Setzlingen im Herbst 2012 ernteten die beiden Angeklagten unter fachkundiger Mithilfe der gesondert verfolgten D. und Do. 13 kg Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von 6 % THC. Den Verkauf bewerkstelligten D. und Do. , die beiden Angeklagten erhielten einen Anteil von jeweils 10.000 € (Fall II. 4 der Urteilsgründe).

- 6 Nach Umbau und technischer Aufrüstung der Plantage bauten die beiden Angeklagten sowie die nunmehr gleichberechtigten D. und Do. mindestens 1.000 Cannabis-Pflanzen an, was eine Ernte von 25 kg Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von mindestens 11 % THC erbrachte. Beide Angeklagte erhielten einen Erlösanteil von jeweils 10.000 € (Fall II. 5 der Urteilsgründe).
- 7 In der Folgezeit beschlossen R. , D. und Do. den Cannabis-Anbau ohne den Angeklagten H. , mit dessen Arbeitseinsatz sie unzufrieden waren, fortzusetzen. Im Juli 2013 pflanzten sie 1.118 Cannabis-Pflanzen. Am 29. August 2013 fand eine Durchsuchung statt, die zur Entdeckung der Plantage führte. Bei Erntereife hätte der Anbau einen Ertrag von 27,95 kg Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von mindestens 11 % THC erbracht (Fall II. 6 der Urteilsgründe).
- 8 Im Frühjahr 2011 gestattete der Angeklagte M. den gesondert verfolgten Mu. und V. den Aufbau und Betrieb einer Cannabis-Plantage in einer auf seinem Wohngrundstück befindlichen Halle. Dafür sollte er je nach Ernte mit 5.000 - 10.000 € am Erlös beteiligt werden. Eine erste Ernte von 700 Cannabis-Pflanzen erbrachte im Herbst 2011 einen Ertrag von 17,5 kg Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von mindestens 6 % THC. Absprachewidrig erhielt M. nur 3.000 Euro aus dem Verkaufserlös (Fall II. 7 der Urteilsgründe).
- 9 Eine weitere Anpflanzung erfolgte im Dezember 2011. Im Frühjahr 2012 wurde M. auf seinem Anwesen von acht maskierten und bewaffneten Personen überfallen, die die Plantage abernteten. Der Ertrag der Ernte betrug wiederum 17,5 kg Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von mindestens 6 % THC. In Reaktion auf den Überfall sicherte M. sein Anwesen u.a. mit Nato-

Stacheldraht und einer Alarmanlage. Zudem besorgte er sich eine funktionsfähige Selbstladepistole und bestückte diese mit 8 Patronen. Die Waffe verwahrte er auf dem Nachttisch in seinem Schlafzimmer, das sich in einer Entfernung von über 40 m zu dem Gebäudetrakt befand, in dem die Plantage betrieben wurde (Fall II. 8 der Urteilsgründe).

10 Im Frühjahr 2013 erhielt M. Besuch von seinem alten Freund Do. , der ihm seinen Hof für 220.000 € abkaufen wollte. Um den Kaufpreis aufbringen zu können, vereinbarten sie, dass der Angeklagte M. Do. zunächst die Halle für den Betrieb einer Cannabis-Plantage zur Verfügung stellen sollte. So erfolgte im Frühjahr 2013 die Anpflanzung von 700 Cannabis-Setzlingen, die einen Ernteertrag von 17,5 kg Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von mindestens 6 % THC erbrachte (Fall II. 9 der Urteilsgründe).

11 Eine weitere Anpflanzung von 740 Setzlingen wurde im September im Rahmen einer Durchsuchung entdeckt. Im erntereifen Zustand hätten die 29,2 kg Marihuana einen Wirkstoffgehalt von mindestens 11 % THC gehabt (Fall II. 10 der Urteilsgründe).

12 Zum 1. Januar 2013 mietete der Angeklagte R. einen Bauernhof nebst Scheune an, die er den gesondert verfolgten D. und Do. zum Betrieb einer Cannabis-Plantage zur Verfügung stellte. Eine erste Anpflanzung von 653 Cannabis-Pflanzen erbrachte einen Ertrag von 16 kg Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von 11 % THC. Aus dem Verkaufserlös erhielt R. 10.000 € (Fall II. 11 der Urteilsgründe).

13 Eine zweite Anpflanzung von 647 Setzlingen, die bei der polizeilichen Durchsuchung am 29. August 2013 entdeckt wurde, hätte einen Ertrag von

24,4 kg Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von mindestens 11 % THC erbracht (Fall II. 12 der Urteilsgründe).

II.

14 1. Die auf die Sachrüge gestützten Revisionen der Staatsanwaltschaft haben zum Schuldspruch nur im Fall II. 3 der Urteilsgründe - hinsichtlich der Angeklagten R. und H. zu deren Gunsten, hinsichtlich des Angeklagten S. zu Gunsten wie auch zu Ungunsten - Erfolg.

15 a) Gegen die Verurteilungen des Angeklagten R. in den Fällen II. 1 und 2 sowie des Angeklagten M. in den Fällen II. 7-10 der Urteilsgründe wegen täterschaftlichen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge bestehen keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Beide Angeklagte haben noch vor Inbetriebnahme der Plantage gegen eine Beteiligung am Verkaufserlös ausdrücklich ihr Einverständnis mit dem Cannabis-Anbau in ihren Hallen erklärt. Das ist nicht vergleichbar mit Fällen, in denen ein Vermieter einer Wohnung nach deren Überlassung von Lagerung, Aufbereitung oder Vertrieb von Betäubungsmitteln in den Räumlichkeiten erfährt und dies lediglich duldet, ohne an den Erlösen zu partizipieren (vgl. BGH, Urteil vom 19. Dezember 2013 – 4 StR 300/13, BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 83, NStZ 2014, 164). Die Angeklagten haben hier nicht lediglich fremde Taten aktiv gefördert, sondern jeweils die Taten als eigene gewollt.

16 b) Eine Verurteilung des Angeklagten M. wegen bewaffneten unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in den Fällen II. 9 und 10 der Urteilsgründe ist zu Recht unterblieben. Die Feststellungen zur räumlichen Entfernung zwischen dem Schlafzimmer - dem Aufbewahrungsort der Waffe - und der Lagerhalle, in der die Plantage betrieben wurde,

belegen nicht die zur Tatbestandsverwirklichung des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG erforderliche Zugriffsnähe.

17 c) Hingegen hat die Verurteilung der Angeklagten R. , H. und S. im Fall II. 3 der Urteilsgründe keinen Bestand. Die dazu getroffenen Feststellungen sind in einem entscheidenden Punkt widersprüchlich. So führt die Strafkammer auf UA 24 aus: "Er (der Zeuge He.) half beim Pflanzen und der späteren Pflege der ca. 800 Cannabis-Pflanzen ..." Wenig später stellt sie hingegen fest: "Bevor die Setzlinge jedoch gepflanzt werden konnten, gingen diese bereits ein, so dass keine Ernte erfolgte." Sollten die Setzlinge erst nach ihrer Einpflanzung in die Plantage eingegangen sein, läge das von dem Landgericht angenommene vollendete Handeltreiben vor. Sollten die Setzlinge hingegen schon vor dem Einbringen in die Pflanzerde eingegangen sein, wäre die Entscheidung des 5. Strafsenats in den Blick zu nehmen, wonach es sich bei der Übernahme und dem Transport von Setzlingen fernab der Plantage nur um eine straflose Vorbereitungshandlung handeln soll (so BGH, Urteil vom 15. März 2012 - 5 StR 559/11, NStZ 2012, 514; dagegen mit beachtlichen Argumenten Körner/Patzak/Volkmer-Patzak, BtMG, 8. Aufl., § 29 Teil 4 Rn. 198; Weber, BtMG, 4. Aufl., § 29 Rn. 587; Hügel/Junge/Lander/Winkler, Deutsches Betäubungsmittelrecht, 8. Aufl., § 29 BtMG S. 19 f.; Patzak, NStZ 2012, 514, 515). Dabei wäre auch zu bedenken, dass sich die Setzlinge hier - anders als in dem der Entscheidung des 5. Strafsenats zugrundeliegenden Fall - nicht fernab der bereits komplett ausgestatteten Plantage befanden, sondern jedenfalls in diese bereits eingebracht waren. Ob der Senat dieser Rechtsprechung des 5. Strafsenats in allen Punkten folgen würde, bedarf derzeit keiner Entscheidung.

18 Darüber hinaus ist die Verurteilung des Angeklagten S. im Fall II. 3 der Urteilsgründe nur wegen Beihilfe zum Handeltreiben in nicht geringer Menge auch rechtsfehlerhaft zu seinen Gunsten. So legen es die Feststellungen nahe, dass S. bei dem Angeklagten H. den Entschluss geweckt hat, gewinnbringend eine Cannabis-Plantage zu betreiben, um so seine Schulden in Höhe von 50.000 € zu begleichen. Mit der Möglichkeit einer Anstiftungshandlung des Angeklagten S. hat sich die Strafkammer indes nicht auseinandergesetzt.

19 2. Die Strafaussprüche halten teilweise rechtlicher Überprüfung nicht stand.

20 a) Die Aufhebung der Schuldsprüche im Fall II. 3 der Urteilsgründe führt zum Wegfall der dafür verhängten Einzelstrafen und bedingt hinsichtlich der Angeklagten R. und H. auch die Aufhebung der Gesamtstrafen.

21 b) Hinsichtlich des Angeklagten M. hat es das Landgericht versäumt, für den Fall II. 9 der Urteilsgründe eine Einzelstrafe festzusetzen. Das wird der neue Tatrichter nachzuholen haben.

22 c) Die Revision der Staatsanwaltschaft führt gemäß § 301 StPO zur Aufhebung des Strafausspruchs auch zugunsten des Angeklagten M. . Die Strafkammer hat den vertypen Milderungsgrund des § 31 BtMG nicht erörtert, obwohl dazu Anlass bestanden hätte. Nach den Feststellungen hat der Angeklagte M. bereits bei seiner polizeilichen Vernehmung umfassende Angaben zu der Cannabis-Plantage und den daran beteiligten Personen gemacht; insbesondere hat er den bis dahin den Ermittlungsbehörden nicht bekannten Do. als weiteren Tatbeteiligten benannt. Damit liegt es nahe, dass der Angeklagte M. einen wesentlichen Beitrag zur Aufklärung im Sinne des § 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG geleistet hat. Dass das Tatgericht auf eine Strafrah-

menverschiebung über § 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG in Verbindung mit § 49 Abs. 1 StGB erkannt hätte, ist nicht ausgeschlossen.

23 3. Die Rüge, die Strafkammer habe über einen Einziehungsantrag der Staatsanwaltschaft nicht entschieden, ist aus den Gründen der Zuschrift des Generalbundesanwalts unzulässig.

24 Die Entscheidung des Landgerichts, von der Einziehung des sichergestellten Transporters des Angeklagten H. abzusehen, ist nicht zu beanstanden. Die Urteilsfeststellungen belegen nicht, dass es sich um ein Tatfahrzeug im Sinne des § 74 StGB gehandelt hat.

25 4. Der neuentscheidende Tatrichter wird zu prüfen haben, ob eine Kompensationsentscheidung wegen einer der Justiz zuzurechnenden Verfahrensverzögerung im Revisionsrechtszug veranlasst ist. So wird aufzuklären sein, warum zwischen dem Übersendungsbericht der Staatsanwaltschaft Aachen an

die Generalstaatsanwaltschaft Köln und dem Eingang der Akte bei dem Generalbundesanwalt ein Zeitraum von etwa einem Jahr liegt und in welcher Weise das Verfahren währenddessen gefördert worden ist.

Fischer

Appl

Krehl

Eschelbach

Bartel