



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

4 StR 345/19

vom
9. Januar 2020
in der Strafsache
gegen

1.

2.

wegen zu 1.: bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln u.a.
zu 2.: bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und der Beschwerdeführer am 9. Januar 2020 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Dessau-Roßlau vom 11. März 2019,
 - a) soweit es den Angeklagten S. betrifft, mit den zugehörigen Feststellungen im Strafausspruch sowie im Ausspruch über die (erweiterte) Einziehung des Wertes von Taterträgen aufgehoben;
 - b) soweit es den Angeklagten W. betrifft, mit den Feststellungen aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebungen wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückgewiesen.

2. Die weiter gehende Revision des Angeklagten S. wird verworfen.

Gründe:

1 Das Landgericht hat den Angeklagten S. wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu der Freiheitsstrafe von sechs Jahren und neun Monaten und den Angeklagten W. wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln zu der Freiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten verurteilt. Bezüglich beider Angeklagter hat es ferner Einziehungsanordnungen getroffen. Die hiergegen gerichteten und auf die Sachrüge gestützten Revisionen der Angeklagten haben teilweise (S.) bzw. vollen (W.) Erfolg.

I.

2 Nach den Feststellungen des Landgerichts betrieben die Angeklagten S. und W. in dem Anwesen A. weg 23 in C. , in dem sie beide auch wohnten, gemeinsam eine professionell ausgestattete Indoorplantage und bauten in zwei Aufzuchtbereichen, die jeweils aus mehreren Aufzucht- und Versorgungsräumen bestanden, in dem Wissen, dass sie über die hierfür erforderliche Erlaubnis nicht verfügten, im verfahrensgegenständlichen Zeitraum von Mai bis Juli 2018 Cannabispflanzen an, um das auf diese Weise gewonnene Rauschgift später an namentlich unbekannte Abnehmer gewinnbringend weiter zu veräußern; der Angeklagte W. arbeitete bei der Aufzucht und Pflege der Pflanzen mit (UA 10). Dabei bewahrten die Angeklagten in ihrem unmittelbar vor dem Eingang der Indoorplantage gelegenen gemeinsamen Schlafbereich ein Bajonett und einen Baseballschläger auf, um die Plantage erforderlichenfalls schützen zu können. Bei der Durchsuchung des Anwesens am 17. Juli 2018 wurden insgesamt 32 Säcke mit überwiegend frisch abge-

schnittenen Cannabispflanzen sichergestellt, die teilweise bereits Blütenansätze ausgebildet hatten und insgesamt 7.660,71 Gramm Cannabis mit einem Wirkstoffgehalt von 124,3 Gramm THC enthielten.

- 3 Darüber hinaus betrieb der Angeklagte S. – zeitgleich – in dem in rund 200 Metern Entfernung gelegenen Gebäudekomplex A. weg 4 in C. eine weitere, aus mehreren Aufzucht- und Versorgungsräumen bestehende Cannabis-Indoorplantage, in denen Cannabispflanzen in unterschiedlichen Wachstumsstadien angepflanzt waren; am 17. Juli 2018 stellten die Ermittlungsbehörden dort 390 Cannabispflanzen mit einer Nettomasse von 1.440 Gramm pflanzlicher Substanz sicher, die insgesamt 16,7 Gramm reines THC enthielt.

II.

Die Revision des Angeklagten S.

- 4 1. Der Schuldspruch wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge ist rechtsfehlerfrei (zu den Konkurrenzen bei mehreren Anbauvorgängen siehe BGH, Urteile vom 19. Februar 2015 – 3 StR 546/14, BGHR BtMG § 29a Abs. 1 Nr. 2 Konkurrenzen 2 mwN; vom 28. März 2018 – 2 StR 176/17, juris, Rn. 10; Beschluss vom 3. April 2019 – 5 StR 87/19, NStZ-RR 2019, 218, 219).
- 5 Die vom Generalbundesanwalt beantragte Abänderung des Schuldspruchs (Entfallen des tateinheitlichen Schuldspruchs wegen Handeltreibens

mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge) kam nicht in Betracht. Den Urteilsgründen sind weder ausdrücklich noch unter Berücksichtigung ihres „Gesamtkontextes“ Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass es sich bei dem Anbau der Cannabispflanzen in den beiden räumlich voneinander getrennten Plantagen um eine Tat des bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln handeln könnte. Dass der Angeklagte S. die Setzlinge für beide Plantagen einheitlich beschaffte (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 8. Dezember 2016 – 5 StR 461/16, Rn. 7) oder die Ernten aus beiden – räumlich voneinander getrennten – Plantagen in engem zeitlichen Zusammenhang durchführte oder dies plante, lässt sich den Urteilsfeststellungen nicht entnehmen; deshalb bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Angeklagte S. die Ernten beider Plantagen zu einem einheitlichen Verkaufsvorrat zusammenführte oder diese beabsichtigte.

- 6 Bei dieser Sachlage ist für die beantragte Schuldspruchkorrektur, die den Schuldgehalt der Tat im Übrigen unberührt ließe, kein Raum. Der Senat kann über das Rechtsmittel durch Beschluss nach § 349 Abs. 2 StPO entscheiden. Insoweit ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass eine vom Generalbundesanwalt beantragte und – wie hier – mit einem Verwerfungsantrag gemäß § 349 Abs. 2 StPO verknüpfte Schuldspruchänderung, welcher der Senat nicht folgen will, einer Verwerfung des Rechtsmittels durch Beschluss nicht entgegensteht (BGH, Beschlüsse vom 21. November 2019 – 4 StR 158/19, NStZ-RR 2020, 53; vom 14. Januar 2015 – 2 StR 150/14, juris Rn. 6; vom 22. Juni 2007 – 2 StR 203/07, NJW 2007, 2565, 2566; vom 11. August 1999 – 2 StR 44/99, wistra 1999, 465, 466; vom 11. Juni 1997 – 2 StR 231/97, NStZ 1997, 493; zustimmend Franke in LR StPO, 26. Aufl., § 349 Rn. 13 und 25).

7 2. Jedoch hält der Strafausspruch rechtlicher Überprüfung nicht stand.

8 Die Erwägungen, mit denen das Landgericht eine Strafmilderung wegen einer vom Angeklagten geleisteten Aufklärungshilfe abgelehnt hat, begegnen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Sie lassen besorgen, dass das Landgericht von einem zu engen Verständnis des Rechtsbegriffs des wesentlichen Aufklärungserfolgs im Sinne des § 31 BtMG, der als Spezialregelung gegenüber § 46b StGB grundsätzlich vorrangig zu prüfen ist (BGH, Urteil vom 20. März 2014 – 3 StR 429/13, StV 2014, 619, 620), ausgegangen ist.

9 a) Die fakultative Strafmilderung gemäß § 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG setzt voraus, dass der Täter durch freiwilliges Offenbaren seines Wissens wesentlich dazu beigetragen hat, dass eine Straftat nach den §§ 29 bis 30a BtMG, die mit seiner Tat in Zusammenhang steht, aufgedeckt werden konnte. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs können die Voraussetzungen des § 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG auch bei einem Angeklagten erfüllt sein, der über seinen eigenen – bereits bekannten – Tatbeitrag hinaus Tataufklärung leistet (BGH, Beschlüsse vom 23. April 2013 – 1 StR 131/13, NStZ 2013, 665 und vom 28. Juni 2005 – 1 StR 187/05, NStZ 2006, 177). Einem Aufklärungserfolg im Sinne dieser Vorschrift kann auch dann noch wesentliches Gewicht für die Aufklärung der Tat eines anderen Beteiligten zukommen, wenn hierdurch wichtige Tatsachen oder Beweise kundgetan werden oder den bereits vorhandenen Erkenntnissen eine sicherere Grundlage verschafft wird (vgl. BGH, Beschlüsse vom 27. August 2019 – 1 StR 586/18, NStZ-RR 2019, 371, 372 [zu § 46b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB]; vom 10. Oktober 2019 – 1 StR 413/19, Rn. 9).

- 10 b) Die Begründung, mit der das Landgericht dem zu einem frühen Zeitpunkt des Ermittlungsverfahrens am 20. Juli 2018 erfolgten Hinweis des Angeklagten S. darauf, dass ihm der Mitangeklagte W. bei der Pflege der Plantage geholfen habe, einen Aufklärungserfolg abgesprochen hat, weil den Ermittlungsbehörden „die Verbindung zwischen beiden Angeklagten bereits bekannt“ gewesen und die von dem Angeklagten W. betriebene Autolackiererei durchsucht worden sei (UA 69), greift daher zu kurz. Ein Aufklärungserfolg im Sinne des § 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG kann auch dann vorliegen, wenn der Hinweis des Angeklagten S. den bis zu diesem Zeitpunkt gewonnenen Erkenntnissen der Ermittlungsbehörden eine sicherere Grundlage verschafft hätte; zu dieser nach Lage der Dinge nicht fernliegenden Variante verhalten sich die Urteilsgründe nicht.
- 11 c) Der Senat vermag ein Beruhen des Strafausspruchs auf diesem Rechtsfehler nicht auszuschließen (§ 337 Abs. 1 StPO). Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat darauf hin, dass das neu zur Entscheidung berufene Tatgericht gegebenenfalls auch die Prüfungsreihenfolge bei Zusammentreffen von minder schwerem Fall und vertyptem Strafmilderungsgrund zu beachten haben wird (vgl. BGH, Beschlüsse vom 11. Juli 2019 – 1 StR 94/19, insoweit nicht abgedruckt in NStZ-RR 2019, 336 und vom 20. März 2019 – 2 StR 594/18, insoweit nicht abgedruckt in NStZ 2019, 513, 514).
- 12 3. Auch die Einziehungsentscheidung hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Zutreffend hat der Generalbundesanwalt, auf dessen Ausführungen insoweit zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, darauf hingewiesen, dass sich den Urteilsgründen nicht entnehmen lässt, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe Geldbeträge, die der Angeklagte im Zeitraum von Dezember 2016 bis zum Juli 2018 aus dem Betrieb der Cannabisplantagen er-

löst hat (vgl. UA 22), der vom Landgericht ersichtlich angenommenen erweiterten Einziehung unterfallen.

13 Soweit das Landgericht festgestellt hat, dass der Angeklagte S. die Cannabisplantage im A. weg 23 bereits seit Dezember 2016 betrieb und im Zeitraum von Dezember 2016 bis Juli 2018 „bei einem Anbauintervall für Cannabispflanzen von jeweils 14 Wochen zumindest insgesamt sechs Ernten möglich“ waren (UA 22), kann die Anordnung nicht ohne Weiteres auf § 73a Abs. 1 StGB gestützt werden. § 73a StGB ist im Verhältnis zur Einziehung des Wertes von Taterträgen gemäß § 73 StGB subsidiär (vgl. BGH, Beschluss vom 4. April 2018 – 3 StR 63/18, juris Rn. 6). Eine erweiterte Einziehung des Wertes von Taterträgen beim Täter kommt daher erst dann in Betracht, wenn nach Ausschöpfung aller zulässigen Beweismittel ausgeschlossen werden kann, dass die Voraussetzungen des § 73 StGB erfüllt sind (vgl. zu § 73d StGB BGH, Beschlüsse vom 7. April 2016 – 1 StR 632/15, BGHR StGB § 73d Anwendungsbereich 4; vom 8. August 2013 – 3 StR 226/13, NStZ 2014, 82, 83; vom 4. April 2013 – 3 StR 529/12, NStZ-RR 2013, 207; Urteil vom 11. Dezember 2008 – 4 StR 386/08, BGHR StGB § 73a Anwendungsbereich 2). Die Neufassung der Bestimmungen durch das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) hat insoweit zu keiner sachlichen Änderung geführt (so ausdrücklich BT-Drucks. 18/9525, S. 66; vgl. auch BGH, Beschluss vom 4. April 2018 – 3 StR 63/18, juris Rn. 6).

14 Diesem Subsidiaritätsgrundsatz wird das Urteil nicht gerecht. Den Urteilsgründen kann nicht entnommen werden, dass und aus welchen Gründen eine Verfolgung und Aburteilung der zeitlich vor der verfahrensgegenständlichen Tat begangenen weiteren Taten nicht möglich sein sollte.

III.

Die Revision des Angeklagten W.

15 Die Revision des Angeklagten W. hat in vollem Umfang Erfolg. Die Annahme von Mittäterschaft wird durch die Feststellungen nicht getragen.

16 1. Mittäter im Sinne von § 25 Abs. 2 StGB ist derjenige, der einen eigenen Tatbeitrag leistet und diesen so in die Tat einfügt, dass er als Teil der Handlung eines anderen Beteiligten und umgekehrt dessen Handeln als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheint. Mittäterschaft erfordert dabei zwar nicht zwingend eine Mitwirkung am Kerngeschehen selbst; vielmehr kann ein die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränkt, genügen. Stets muss sich die objektiv aus einem wesentlichen Tatbeitrag bestehende Mitwirkung aber nach der Willensrichtung der sich Beteiligten als Teil der Tätigkeit aller darstellen. Ob Mittäterschaft oder Beihilfe anzunehmen ist, hat das Tatgericht aufgrund einer wertenden Gesamtbetrachtung aller festgestellten Umstände zu prüfen: maßgebliche Kriterien sind dabei der Grad des eigenen Interesses an der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft, so dass die Durchführung und der Ausgang der Tat maßgeblich auch vom Willen des Tatbeteiligten abhängen (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschlüsse vom 19. November 2019 – 4 StR 449/19, juris Rn. 8; vom 29. Juni 2017 – 3 StR 58/17, juris Rn. 8; Urteil vom 25. März 2010 – 4 StR 522/09, NStZ-RR 2010, 236). Beschränkt sich die Beteiligung beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln auf einen Teilakt des Umsatzgeschäfts, kommt es nach neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs maßgeblich darauf an, welche Bedeutung der konkreten Beteiligungshandlung im Rahmen des Gesamt-

geschäfts zukommt (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschlüsse vom 13. Februar 2019 – 4 StR 22/19, juris Rn. 3; vom 7. Juni 2017 – 4 StR 128/17, juris Rn. 4; und vom 22. August 2012 – 4 StR 272/12, NStZ-RR 2012, 375; Urteil vom 28. Februar 2007 – 2 StR 516/06, BGHSt 51, 219, 222).

17 2. Gemessen daran ist die Mittäterschaft des Angeklagten durch die Feststellungen nicht belegt. Insoweit hat das Landgericht festgestellt, dass der Angeklagte W. dem Angeklagten S. bei der Aufzucht und Pflege der vom Mitangeklagten angebauten Cannabispflanzen „geholfen“, ihn also beim Anbau der Betäubungsmittel unterstützt und in finanzieller Hinsicht von dem Betrieb der Cannabis - Plantage profitiert hat. Feststellungen zu seiner Einbindung in das Veräußerungsgeschäft enthalten die Urteilsgründe nicht. Schließlich ist den Urteilsgründen auch in ihrem Gesamtzusammenhang nicht zu entnehmen, dass der Angeklagte W. insoweit Tatherrschaft oder jedenfalls den Willen zur Tatherrschaft hatte.

18 Bei dieser Sachlage hält die Annahme von Mittäterschaft rechtlicher Überprüfung nicht stand. Da weitere Feststellungen, die eine Mittäterschaft belegen können, nicht ausgeschlossen erscheinen, sieht der Senat von einer Umstellung des Schuldspruchs auf Beihilfe ab und hebt das Urteil mit den Feststellungen auf.

IV.

19 Die Sache bedarf daher im Umfang der Aufhebungen neuer Verhandlung und Entscheidung.

Sost-Scheible

RiBGH Cierniak ist erkrankt und deshalb gehindert zu unterschreiben.

Bender

Sost-Scheible

RiBGH Dr. Quentin ist erkrankt und deshalb gehindert zu unterschreiben.

Sost-Scheible

Bartel

Vorinstanz:

Dessau-Roßlau, LG, 11.03.2019 – 611 Js 15776/18 8 KLS