



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

2 StR 391/19

vom
6. Mai 2020
in der Strafsache
gegen

1.

2.

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

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung der Beschwerdeführer und des Generalbundesanwalts – zu Ziffer 2. auf dessen Antrag – am 6. Mai 2020 gemäß § 349 Abs. 2 und 4, § 357, § 354 Abs. 1 analog StPO beschlossen:

1. Auf die Revisionen der Angeklagten L. und H. wird das Urteil des Landgerichts Aachen vom 25. April 2019

a) mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben

aa) soweit die Einziehung der in der Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Aachen vom 10. Dezember 2018 unter IV. Ziff. 9, 10, 15 und 16 aufgeführten Gegenstände – Plantagenequipment – angeordnet worden ist,

bb) unter Erstreckung auf den Mitangeklagten S. im Ausspruch über die Einzelstrafen im Fall II.1 der Urteilsgründe,

b) betreffend den Angeklagten L. darüber hinaus

aa) im Schuldspruch im Fall II.2 der Urteilsgründe dahin abgeändert, dass der Angeklagte wegen vorsätzlicher Körperverletzung verurteilt ist; die Verurteilung wegen tateinheitlicher Unterschlagung entfällt,

bb) mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben im Ausspruch über die Einzelstrafe im Fall II.2 der Urteilsgründe sowie die Gesamtstrafe.

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.

2. Die weiter gehenden Revisionen werden verworfen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten L. wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Fall II.1 der Urteilsgründe), vorsätzlicher Körperverletzung in Tateinheit mit Unterschlagung (Fall II.2 der Urteilsgründe), Raubes in Tateinheit mit vorsätzlicher Körperverletzung und wegen versuchter räuberischer Erpressung (Fälle II.3 und II.4 der Urteilsgründe) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten verurteilt. Es hat den Angeklagten H. und den nicht revidierenden Mitangeklagten S. unter Freispruch im Übrigen wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (jeweils Fall II.1 der Urteilsgründe) zu Freiheitsstrafen von zwei Jahren und acht Monaten bzw. zwei Jahren, letztere unter Strafaussetzung zur Bewährung, verurteilt. Es hat darüber hinaus unter Bezugnahme auf die Anklageschrift „Plantagenequipment“ eingezogen und weitere Einziehungsentscheidungen getroffen.
- 2 Hiergegen richten sich die Revisionen der Angeklagten, mit denen sie die Verletzung materiellen Rechts rügen. Die Rechtsmittel haben den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg; die Entscheidung ist im Fall II.1 der Ur-

teilsgründe auf den Mitangeklagten S. zu erstrecken (§ 357 StPO). Im Übrigen sind sie unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

I.

3 Das Landgericht hat, soweit für die Entscheidung von Bedeutung, in den Fällen II.1 und II.2 der Urteilsgründe im Wesentlichen Folgendes festgestellt:

4 1. Anfang Juli 2018 betrieben die Angeklagten L. und H. gemeinsam mit Unterstützung des Mitangeklagten S. eine Cannabis-Plantage. Anlässlich einer Durchsuchung am 7. Juli 2018 wurden in dem Objekt sechs Cannabis-Mutterpflanzen mit einer Größe von etwa 180 cm und 133 Setzlinge mit einer Größe von 7-15 cm sowie in einer Wertstofftüte insgesamt 115 unterschiedlich große Cannabispflanzen gefunden. Die Strafkammer hat – unter Hinweis auf Gutachten des Landeskriminalamts vom 5. November 2018 – den Umfang der Plantage „mit insgesamt etwa 254 Cannabispflanzen“ festgestellt und ist von einem erwarteten Mindestertrag bei 248 Pflanzen von etwa 6,2 kg Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von 10 % THC ausgegangen.

5 2. Am 6. Juli 2018 drangen die Zeugen F. , M. sowie eine weitere Person in die Plantage ein, um dort zuvor geerntetes Cannabis zu entwenden. Nachdem sie zum Trocknen aufgehängtes Pflanzenmaterial in mitgebrachte Taschen gefüllt und einen weiteren Beutel mit 1 kg Cannabis an sich genommen hatten, fuhr der Angeklagte L. , von S. alarmiert, vor dem Objekt vor. Die drei Täter verließen unter Mitnahme der Beute in aller Eile das Haus, wobei der Zeuge M. eine Tasche, in der sich unter anderem ein Mobiltelefon und sein Ausweis befanden, zurückließ. L. verfolgte M. , der einen Koffer

des entwendeten Cannabis mit sich führte, holte diesen ein und schlug ihm mehrfach mit der Faust ins Gesicht. Der Zeuge ging zu Boden. Dort trat L. mindestens einmal gegen den Oberkörper des Zeugen. Dieser erlitt ein Hämatom im Bereich des rechten Auges sowie nicht unerhebliche Schmerzen im Bereich der Rippen und an der rechten Hand. Sodann begab sich L. mit M. zurück ins Haus, wo er sich entschied, das in der zurückgelassenen Tasche befindliche Mobiltelefon künftig für sich zu verwenden.

II.

- 6 Die auf die Sachrüge veranlasste umfassende Überprüfung des Urteils führt – unter Erstreckung auf den Mitangeklagten S. – zur Aufhebung des Strafausspruchs im Fall II.1 der Urteilsgründe, darüber hinaus hinsichtlich des Angeklagten L. im Fall II.2 der Urteilsgründe zur Abänderung des Schuldspruchs und zur Aufhebung dieser Einzel- sowie der Gesamtstrafe. Auch die Einziehungsentscheidung hat keinen Bestand, soweit die Strafkammer die Einziehung von „Plantagenequipment“ angeordnet hat. Im Übrigen haben die Revisionen aus den in der Zuschrift des Generalbundesanwalts dargestellten Gründen keinen Erfolg (§ 349 Abs. 2 StPO).
- 7 1. Der Strafausspruch im Fall II.1 der Urteilsgründe hält rechtlicher Prüfung nicht stand. Die von der Strafkammer festgestellte Ertragserwartung von 6,2 kg Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von 10 % THC ist nicht tragfähig belegt.
- 8 a) Im Ausgangspunkt zutreffend ist die Strafkammer davon ausgegangen, dass bei einem auf spätere Veräußerung zielenden Anbau von Cannabispflanzen für die Abgrenzung des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln vom

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge die Menge maßgeblich ist, die mit der bereits begonnenen Aufzucht der Pflanzen letztlich erzielt und gewinnbringend veräußert werden soll (vgl. BGH, Urteile vom 1. August 2018 – 3 StR 651/17, juris Rn. 36; vom 22. Dezember 2016 – 4 StR 360/16, juris Rn. 9; vom 6. November 2013 – 5 StR 302/13, juris Rn. 9; vom 20. Dezember 2012 – 3 StR 407/12, BGHSt 58, 99, 101 f.). Dementsprechend ist auch für den Schuldumfang bei der Strafzumessung die Menge an Wirkstoff maßgeblich, die mit dem Anbau letztlich erzielt und gewinnbringend veräußert werden soll (BGH, Urteil vom 22. Dezember 2016 – 4 StR 360/16, aaO). Stehen keine Referenzwerte aus einem früheren Anbau zur Verfügung, muss die zu erwartende Ertragsmenge – gegebenenfalls mit sachverständiger Hilfe – geschätzt werden (BGH, Urteil vom 22. Dezember 2016 – 4 StR 360/16, aaO; KG, Urteil vom 19. Juli 2017 – (5) 161 SS 94/17 (54/17), juris Rn. 6; Patzak in Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 9. Aufl., § 29a Rn. 64 f.; MüKoStGB/Oğlakcioğlu, 3. Aufl., BtMG § 29a Rn. 70 f.; Patzak/Goldhausen, NStZ 2014, 384, 386).

- 9 b) Die von der Strafkammer mit sachverständiger Hilfe ermittelte Ertragserwartung ist indes nicht hinreichend belegt. Das Urteil leidet insoweit an einem durchgreifenden Darstellungsmangel.
- 10 (1) Folgt der Tatrichter dem Gutachten eines Sachverständigen, so ist er, sofern es sich nicht um ein weithin standardisiertes Verfahren handelt, sachlich-rechtlich verpflichtet, die wesentlichen Anknüpfungstatsachen und Ausführungen des Gutachtens so darzulegen, dass das Revisionsgericht prüfen kann, ob die Beweiswürdigung auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage beruht und die Schlussfolgerung nach den Gesetzen der Logik, den Erfahrungssätzen des täglichen Lebens und den Erkenntnissen der Wissenschaft möglich sind (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschluss vom 25. April 2019 – 1 StR 427/18, juris Rn. 27; Urteil vom 27. Oktober 1999 – 3 StR 241/99, juris Rn. 2; KK-StPO/Kuckein/Bartel, 8. Aufl.

§ 267 Rn. 16; Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl., § 267 Rn. 13, jeweils mwN). Der Umfang der Darlegungspflicht richtet sich dabei nach der jeweiligen Beweislage und der Bedeutung, die der Beweisfrage für die Entscheidung zukommt (BGH, Urteil vom 3. Mai 2012 – 3 StR 46/12, juris Rn. 8; Beschluss vom 7. Mai 1996 – 1 StR 170/96, juris Rn. 12).

11 (2) Diesen Maßstäben wird das Urteil nicht gerecht. Die Strafkammer stützt die von ihr angenommene Ertragserwartung von 6,2 kg Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von mindestens 10 % THC maßgeblich auf ein Gutachten des Landeskriminalamtes Nordrhein-Westfalen, ohne dessen Inhalt darzustellen. Damit bleibt offen, auf welcher Grundlage die Strafkammer bzw. gegebenenfalls das Landeskriminalamt zu der Wertung gelangt ist, die vorgefundenen 248 Cannabispflanzen (133 Setzlinge mit einer Größe von 7-15 cm sowie die in einer Wertstofftüte gefundenen weiteren 115 Pflanzen in unterschiedlicher Größe) rechtfertigten die Schätzung, die Angeklagten seien von einer derartigen Ertragserwartung ausgegangen. Mangels jedweder Darlegung ist dem Senat die Prüfung verschlossen, ob die Wertung des Landeskriminalamtes auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage beruht und die vom ihm gezogenen Schlussfolgerungen, denen sich die Kammer angeschlossen hat, nach den Gesetzen der Logik, den Erfahrungssätzen des täglichen Lebens und den Erkenntnissen der Wissenschaft sowohl hinsichtlich der Ertragsmenge von 6,2 kg Marihuana wie auch des ebenfalls geschätzten Wirkstoffgehalts von 10 % THC möglich sind.

12 (3) Die Überzeugung der Strafkammer kann auch nicht darauf gestützt werden, dass die Angeklagten diese Ertragserwartung „auch zu keinem Zeitpunkt in Abrede gestellt haben“. Denn der Angeklagte L. hat sich dahingehend eingelassen, es seien im Juni 2018, mithin dem Anklagezeitraum vorgelagerten Anbauzyklus (vgl. zum Verhältnis der Anbauvorgänge Senat, Beschluss

vom 22. Januar 2019 – 2 StR 212/18, juris Rn. 14), 3 kg Marihuana abgeerntet worden. Den Einlassungen der beiden anderen Angeklagten sind keine Angaben zu etwaigen Ernteerträgen zu entnehmen.

13 b) Der Senat kann angesichts des Betriebs einer Großplantage mit 248 zur Aufzucht vorgesehenen Pflanzen (vgl. zur Einordnung der Plantagengröße Patzak in Körner/Patzak/Volkmer, aaO, § 29 Teil 2 Rn. 7) sowie dem Geständnis des Angeklagten L. , zumindest im vorangegangenen Anbauzyklus 3 kg Cannabispflanzen geerntet und zum Trocknen aufgehängt zu haben, ausschließen, dass der aufgezeigte Rechtsfehler den Schuldspruch gefährdet (vgl. BGH, Beschlüsse vom 26. November 2013 – 5 StR 521/13, juris Rn. 4; vom 7. Dezember 2011 – 4 StR 571/11, NStZ 2012, 339; vom 14. Juni 1996 – 3 StR 233/96, juris Rn. 4).

14 c) Der aufgezeigte Darstellungsfehler betrifft den nicht revidierenden Mitangeklagten S. in gleicher Weise wie die Beschwerdeführer. Die Aufhebung des Strafausspruchs im Fall II.1 der Urteilsgründe ist gemäß § 357 StPO auf ihn zu erstrecken.

15 2. Die Verurteilung des Angeklagten L. im Fall II.2 der Urteilsgründe hat ebenfalls keinen Bestand. Die rechtsfehlerfreien Feststellungen tragen zwar den Schuldspruch wegen vorsätzlicher Körperverletzung sowie die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Unterschlagung des Mobiltelefons. Einer – nach der Wertung der Strafkammer – tateinheitlichen Verurteilung wegen Unterschlagung steht jedoch die Subsidiaritätsklausel aus § 246 Abs. 1 StGB entgegen. Diese gilt innerhalb derselben prozessualen Tat für alle Delikte mit höherer Strafdrohung unabhängig von ihrer Schutzrichtung (vgl. Senat, Beschlüsse vom 16. Januar 2018 – 2 StR 527/17, NStZ-RR 2018, 118, 119; vom 26. Juni 2012 – 2 StR 137/12, NStZ 2012, 628; vom 13. August 2004 – 2 StR

234/04, juris Rn. 4; BGH, Beschluss vom 24. Juli 2014 – 3 StR 188/14, StraFo 2014, 434; Urteil vom 6. Februar 2002 – 1 StR 513/01, BGHSt 47, 243, 244 f.). Die Verurteilung wegen tateinheitlicher Unterschlagung hat daher zu entfallen.

16 Die Schuldspruchänderung führt zur Aufhebung der Einzelstrafe, da die Strafkammer dem Umstand, „dass der Angeklagte tateinheitlich mehrere Tatbestände verwirklicht hat“, strafschärfende Bedeutung beigemessen hat. Zwar darf der Tatrichter bei der Strafzumessung auch die Verwirklichung solcher Straftatbestände, die aufgrund ihrer formellen Subsidiarität zurücktreten, strafschärfend berücksichtigen (vgl. BGH, Beschluss vom 16. September 2010 – 3 StR 331/10, juris Rn. 2; Senat, Beschluss vom 18. Dezember 2002 – 2 StR 477/02, juris Rn. 1). Der Senat kann jedoch trotz der an sich nicht unangemessenen Einzelstrafe von 90 Tagessätzen zu je 15 Euro nicht ausschließen, dass die Strafkammer bei zutreffender Beurteilung der Konkurrenz eine niedrigere Einzelstrafe verhängt hätte. Die Aufhebung des Strafausspruchs wird dem neuen Tatrichter zudem Gelegenheit geben, genauer als bisher die von ihm festgesetzte Tagessatzhöhe zu belegen (vgl. zur Berücksichtigung des Einkommens des Ehepartners BGH, Beschluss vom 25. April 2017 – 1 StR 147/17, juris Rn. 8; Schönke/Schröder/Kinzig, StGB, 30. Aufl., § 40 Rn. 11a).

17 3. Auch die Einziehung des „Plantagenequipments“ als Tatmittel (§ 74 Abs. 1 StGB) unterfällt der Aufhebung. Nach ständiger Rechtsprechung müssen die einzuziehenden Gegenstände so genau bezeichnet sein, dass für alle Beteiligten und die Vollstreckungsbehörde Klarheit über den Umfang der Einziehung besteht (st. Rspr.; vgl. Senat, Beschluss vom 18. Dezember 2019 – 2 StR 331/19, juris Rn. 17 mwN). Eine Bezugnahme auf eine Listung außerhalb der Urteilsurkunde genügt hierfür nicht (vgl. zur Bezugnahme auf eine Asservatenliste, Senat, Beschluss vom 18. Dezember 2019 – 2 StR 331/19, aaO; BGH, Beschluss vom 9. Februar 2017 – 1 StR 490/16, juris Rn. 2).

Franke

Krehl

Meyberg

Grube

Schmidt

Vorinstanz:

Aachen, LG, 25.04.2019 - 608 Js 1122/18 67 KLS 23/18