



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

5 StR 426/20

vom
17. Februar 2021
in der Strafsache
gegen

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

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 17. Februar 2021, an der teilgenommen haben:

Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof Cirener,

Richter am Bundesgerichtshof Dr. Berger,

Richter am Bundesgerichtshof Gericke,

Richter am Bundesgerichtshof Köhler,

Richterin am Bundesgerichtshof Resch

als beisitzende Richter,

Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof

als Vertreter des Generalbundesanwalts,

Rechtsanwalt

als Verteidiger,

Justizobersekretärin

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Dresden vom 9. Juni 2020 aufgehoben, soweit der Angeklagte in den 13 Fällen der Beschaffungsfahrten nach Berlin zwischen dem 18. April 2018 und dem 20. Juli 2019 (28. bis 40. der an den Eröffnungsbeschluss angepassten Anklage) vom Vorwurf des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge freigesprochen worden ist.

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 Revision des Angeklagten gegen das vorbenannte Urteil wird verworfen.

Der Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

- Von Rechts wegen -

Gründe:

1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 27 Fällen, „Abgabe an Minderjährige“ in drei tateinheitlichen Fällen und „Verbrauchsüberlassung an Minderjährige“ zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und zehn Monaten verurteilt und Wertersatz von Taterträgen in Höhe von 130.000 € sowie ein näher bezeichnetes Mobiltelefon eingezogen. Im Übrigen hat es den Angeklagten freigesprochen. Gegen den Teilfreispruch in 13 Fällen (28. bis 40. der an den Eröffnungsbeschluss angepassten Anklage) wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihrer auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützten Revision. Der Angeklagte greift das Urteil an, soweit er verurteilt worden ist; auch er rügt die Verletzung materiellen Rechts und beanstandet darüber hinaus das Verfahren. Das Rechtsmittel des Angeklagten hat keinen Erfolg, die vom Generalbundesanwalt vertretene Revision der Staatsanwaltschaft ist hingegen im vollen Umfang begründet.

I.

2 1. Der Angeklagte beschloss zu einem nicht näher bekannten Zeitpunkt, seinen Lebensunterhalt zumindest teilweise durch das gewinnbringende Handeltreiben mit Betäubungsmitteln zu bestreiten. Zu diesem Zweck vereinbarte er mit dem gesondert Verurteilten K. , von ihm Marihuana zu beziehen. K. bediente sich für seine Handelsgeschäfte des gesondert Verurteilten E. , der den Angeklagten im Auftrag des K. im August 2017 kontaktierte, sich mit ihm am Folgetag traf und ihm dann in der Zeit von Mitte September 2017 bis Mitte Mai 2018 in 26 Fällen an wechselnden Orten in D. , C. und M. jeweils ein Kilogramm Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von 100 Gramm Tetrahydrocannabinol (im Folgenden: THC) verkaufte, welches der Angeklagte im Anschluss daran jeweils gewinnbringend veräußerte.

3 Nachdem die Geschäftsbeziehung des Angeklagten zu K. und E. Ende Mai 2018 infolge der Verhaftung zunächst des E. und später auch des K. geendet hatte, suchte der Angeklagte nach einem neuen Lieferanten und knüpfte Kontakte nach B. , wo er sich eine neue Quelle für den Bezug von Marihuana erschloss; ab einem unbekanntem Zeitpunkt bezog er von dort auch Kokain in nicht näher bekannten Mengen, das ebenfalls zum ganz überwiegenden Teil zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmt war. In der Zeit von Mitte April 2018 bis zum 20. Juli 2019 unternahm der Angeklagte in mindestens 13 konkret datierten Fällen Beschaffungsfahrten von M. nach B. und erwarb dort Marihuana und/oder Kokain von bislang nicht identifizierten Personen. Das Landgericht vermochte nicht festzustellen, welches der beiden Betäubungsmittel oder gegebenenfalls welche Kombination davon in welchen Mengen der Angeklagte bei den einzelnen Fahrten beschaffte. Bei seiner letzten Beschaffungsfahrt nach B. am 31. Juli 2019 erwarb er gut 1,3 Kilogramm Marihuana mit knapp 200 g THC und übernahm zudem sechs sogenannte Arbeitshandys nebst SIM-Karten. Die Betäubungsmittel und die Mobiltelefone wurden bei der Festnahme des Angeklagten, der bei dieser Fahrt observiert worden war, sichergestellt.

4 Am 6. April 2019 um ein Uhr morgens gestattete der Angeklagte, der nicht zu Hause war, seiner damals 16 Jahre alten Lebensgefährtin telefonisch, für sich und ihre zwei anwesenden, ebenfalls minderjährigen Freundinnen jeweils mindestens eine Konsumeinheit Marihuana aus dem von dem Angeklagten in der gemeinsamen Wohnung aufbewahrten Vorrat zum anschließenden Konsum zu entnehmen. Am 18. April 2019 erlaubte er während einer Beschaffungsfahrt wiederum telefonisch seiner Lebensgefährtin, sich von dem in der gemeinsamen Wohnung gelagerten Kokain oder Crystal mindestens eine Konsumeinheit zum anschließenden Verbrauch zu nehmen.

5 2. Das Landgericht hat das erste Treffen zwischen dem Angeklagten und dem gesondert Verfolgten E. am 11. August 2017 abweichend von der Anklageschrift bloß als der Anbahnung der folgenden Betäubungsmittelgeschäfte dienend beurteilt und den Angeklagten insoweit – von der Staatsanwaltschaft unbeanstandet – freigesprochen. Die folgenden 26 Ankäufe von jeweils einem Kilogramm Marihuana von den gesondert Verurteilten K. und E. sowie den Erwerb von gut 1,3 Kilogramm Marihuana von Unbekannten am 31. Juli 2019 hat es rechtlich als 27 Fälle des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nach § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG gewertet, die Überlassung von Marihuana an die Lebensgefährtin des Angeklagten und ihre Freundinnen als Abgabe von Betäubungsmitteln durch eine Person über 21 Jahre an eine Person unter 18 Jahren (§ 29a Abs. 1 Nr. 1 Variante 1 BtMG) in drei tateinheitlichen Fällen und die Gestattung, sich Kokain oder Crystal zu nehmen, als Überlassung von Betäubungsmitteln zum unmittelbaren Verbrauch durch eine Person über 21 Jahre an eine Person unter 18 Jahren (§ 29a Abs. 1 Nr. 1 Variante 3 BtMG).

6 Vom Vorwurf von 13 weiteren Taten des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge hat es den Angeklagten hingegen freigesprochen. Zwar habe der Angeklagte an allen von der Anklageschrift genannten und in der Hauptverhandlung festgestellten Tagen Beschaffungsfahrten nach B. unternommen und dort von unbekanntem Anbietern auch jeweils Betäubungsmittel erworben. Weil sich aber nicht habe feststellen lassen, an welchen Tagen er dabei jeweils welches Betäubungsmittel in welcher Menge erworben habe, sei er aus tatsächlichen Gründen freizusprechen gewesen. Bei Marihuana und Kokain handele es sich um Betäubungsmittel mit sehr unterschiedlichem Gefährdungspotential, unterschiedlichen Handelspreisen und Gewinnspannen. Da auch die Möglichkeit bestehe, dass der Angeklagte an den einzelnen Terminen Kombinationen beider Betäubungsmittel erworben habe, sei es der Strafkammer „anhand

der allein zur Verfügung stehenden Rentabilitätsüberlegungen“ nicht möglich gewesen, hinsichtlich der Art und Menge der erworbenen Betäubungsmittel „den Mindestanforderungen an die Tatkonkretisierung genügende Feststellungen zu treffen.“

II.

7 Die Revision der Staatsanwaltschaft ist begründet. Der Freispruch des Angeklagten in den 13 Fällen der Beschaffungsfahrten nach B. zwischen dem 18. April 2018 und dem 20. Juli 2019 (28. bis 40. der an den Eröffnungsbeschluss angepassten Anklage) hält revisionsgerichtlicher Überprüfung nicht stand.

8 Aufgrund der rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen hat sich das Landgericht davon überzeugt, dass der Angeklagte in jedem der 13 genannten Fälle in B. von unbekanntem Anbietern Betäubungsmittel in Gestalt von Marihuana und/oder Kokain erwarb und sie anschließend nach M. brachte, um sie dort alsbald gewinnbringend zu veräußern. Angesichts dessen ist für einen Freispruch „aus tatsächlichen Gründen“ kein Raum; ein solcher kommt vielmehr nur in Betracht, wenn das Gericht den Angeklagten für nicht überführt erachtet (KK-StPO/Kuckein/Bartel, 8. Aufl., § 267 Rn. 40). Dies ist hier indes gerade nicht der Fall, denn unabhängig davon, ob der Angeklagte das eine oder das andere oder Teilmengen beider in Betracht kommender Betäubungsmittel erwarb, um sie gewinnbringend zu veräußern, verwirklichte er stets den Tatbestand zumindest des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln; zwischen den jeweils den §§ 29, 29a BtMG unterfallenden Betäubungsmitteln wird insoweit nicht unterschieden (vgl. BGH, Urteil vom 1. August 1978 – 1 StR 173/78).

9 Soweit die Strafkammer angenommen hat, die von ihr getroffenen Feststellungen genügten nicht den Mindestanforderungen, die an eine Tatkonkretisierung zu stellen seien, kann dem nicht gefolgt werden. Allerdings ist sie im rechtlichen Ansatz zutreffend davon ausgegangen, dass eine Verurteilung nur zulässig ist, wenn das Verhalten des Angeklagten im Urteil so konkret bezeichnet wird, dass erkennbar ist, welche bestimmte Tat von der Verurteilung erfasst wird (BGH, Beschluss vom 28. November 1990 – 2 StR 536/90, BGHR StPO § 267 Abs. 1 Satz 1 Mindestfeststellungen 1). Die Tat muss sich von anderen gleichartigen, die der Angeklagte begangen haben kann, genügend unterscheiden lassen (BGH, Beschlüsse vom 18. Mai 1993 – 3 StR 188/93, BGHR StPO § 267 Abs. 1 Satz 1 Mindestfeststellungen 4 mwN; vom 13. Dezember 1994 – 4 StR 700/94, StV 1995, 287). So verhält es sich zur Anzahl der Taten sowie zu Tatort, Tatzeit und sonstiger Begehungsweise (vgl. dazu Patzak in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 9. Aufl., § 29 Teil 4 Rn. 363 ff.) hier: Die Strafkammer hat ins Einzelne gehende Feststellungen zur Anzahl sowie zu den jeweiligen Daten und Zeiten der von dem Angeklagten unternommenen Beschaffungsfahrten nach B. und zu den Standortdaten des Mobiltelefons des Angeklagten getroffen, aus denen sich – auch im Zusammenhang mit Erkenntnissen aus Telefonüberwachungsmaßnahmen – in einer Vielzahl der Fälle auch auf einen zumindest ungefähren Treff-/Übergabeort und damit Tatort in B. schließen lässt. Insoweit bestehen keine Bedenken, dass eine Verurteilung rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht genügen könnte (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 5. Februar 2009 – 4 StR 640/08, StV 2010, 61).

10 Bei Verstößen gegen das Betäubungsmittelgesetz müssen zwar grundsätzlich die Betäubungsmittel in den Urteilsgründen sowohl der Art als auch der Menge nach eindeutig bestimmt sein; steht aber fest, dass sich die Tat auf einen Stoff bezieht, der dem BtMG unterfällt, und bleibt lediglich offen, um welchen Stoff

es sich konkret handelt, steht dies einem Schuldspruch wegen des in Betracht kommenden Verstoßes gegen das Betäubungsmittelgesetz nicht entgegen, ohne dass es einer Wahlfeststellung bedarf (vgl. BGH, Urteil vom 1. August 1978 – 1 StR 173/78; aA [Wahlfeststellung zwischen den jeweiligen Betäubungsmitteln]: BayObLG NJW 1973, 2258, 2259; dem folgend Patzak in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 9. Aufl., § 29 Teil IV Rn. 361). In der Strafzumessung muss allerdings im Zweifelsfall auf das Betäubungsmittel mit der geringeren Gefährlichkeit abgestellt werden; zur Menge und zum Wirkstoffgehalt sind – wenn wie hier Betäubungsmittel nicht sichergestellt werden konnten, gegebenenfalls im Wege der Schätzung – Mindestfeststellungen zu treffen (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Mai 2012 – 4 StR 67/12; Weber, BtMG, 5. Aufl., Vor §§ 29 ff. Rn. 964 ff. mwN).

- 11 Nach diesen Grundsätzen hätte die Strafkammer auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen – sofern sie sich mit Blick auf die Fahrten von M. nach B. , die von ihr angesprochenen Rentabilitätserwägungen, den Umstand, dass die neu etablierte Einkaufsquelle der Fortführung der bisherigen Geschäfte diene, die sich stets auf eine Menge von einem Kilogramm Marihuana bezogen hatten und der Angeklagte auf seiner letzten Beschaffungsfahrt mit 1,3 Kilogramm Marihuana angetroffen wurde, nicht von einem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge hätte überzeugen können – den Angeklagten jedenfalls wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in 13 Fällen schuldig sprechen müssen, wobei in diesem Fall die Annahme einer gewerbsmäßigen Begehungsweise im Sinne von § 29 Abs. 3 BtMG nicht fern gelegen hätte.

12 Die Aufhebung des Freispruchs bedingt hier, weil der freigesprochene Angeklagte die ihn belastenden Feststellungen nicht mit einem Rechtsmittel angreifen konnte, auch die Aufhebung der im Übrigen rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen. Die Sache bedarf insoweit umfassend neuer Verhandlung und Entscheidung.

III.

13 Die Revision des Angeklagten ist unbegründet.

14 1. Das Verfahrenshindernis der unwirksamen, ihrer Umgrenzungsfunktion im Sinne von § 200 StPO nicht genügenden Anklageschrift besteht aus den in der Antragsschrift des Generalbundesanwalts genannten Gründen nicht. Aus den dort im Einzelnen aufgeführten Erwägungen haben auch die von dem Angeklagten erhobenen Verfahrensbeanstandungen keinen Erfolg. Insbesondere erwies sich die Rüge der Verletzung der Hinweispflicht nach § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO – ungeachtet der vom Generalbundesanwalt aufgezeigten, gegen ihre Zulässigkeit sprechenden Gesichtspunkte – auf der Grundlage des Rügevorbringens auch als unbegründet. Denn die im Urteil genannten Tatzeiten und -orte stellen sich im Ergebnis nur als Konkretisierungen der im Anklagesatz genannten Tatzeiträume und alternativ benannten Tatorte dar, so dass eine veränderte Sachlage, zu der es eines Hinweises bedurft hätte, nicht eingetreten war. Die genannten Konkretisierungen waren so marginal, dass dadurch keine Veränderung der Sachlage bewirkt wurde, die für das Verteidigungsverhalten des Angeklagten von Bedeutung war (vgl. dazu BT-Drucks. 18/11277, S. 36 unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 20. November 2014 – 4 StR 234/14, NStZ 2015, 233).

15 2. Die auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gebotene umfassende Überprüfung des Urteils hat, soweit der Angeklagte dadurch verurteilt wurde, keinen Rechtsfehler zu seinem Nachteil ergeben.

16 a) Der Schuldspruch hat Bestand.

17 Entgegen der Auffassung der Revision hat das Landgericht keine Feststellungen dazu getroffen, dass der Angeklagte in den zur Verurteilung gelangten Fällen Betäubungsmittel auch zum Eigenkonsum erwarb. Aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe ergibt sich vielmehr, dass der Angeklagte die in den 26 Fällen des Kaufs von jeweils einem Kilogramm Marihuana von den gesondert Verurteilten K. und E. bis zum 19. Mai 2018 erworbenen Betäubungsmittel in der Folge vollständig veräußerte. Soweit die Strafkammer in der Beweiswürdigung ausgeführt hat, aus den Ergebnissen der fast 15 Monate später am 31. Juli 2019 durchgeführten Durchsuchung ergäben sich Hinweise auf einen Eigenkonsum von Betäubungsmitteln, führt das schon allein mit Blick auf den zeitlichen Abstand zu den zur Verurteilung gelangten Taten nicht zu einer anderen Beurteilung; Erkenntnisse, dass der zu den Tatvorwürfen schweigende Angeklagte auch schon im Jahr 2018 selbst Drogen konsumierte, haben sich nicht ergeben. Sie mussten vom Landgericht auch unter Berücksichtigung des Zweifelssatzes nicht zu seinen Gunsten unterstellt werden.

18 Die Beweiswürdigung des Landgerichts erweist sich – wie der Generalbundesanwalt zutreffend ausgeführt hat – als rechtsfehlerfrei. Die rechtliche Würdigung in den Fällen II.27 und II.29 der Urteilsgründe lässt Rechtsfehler ebenfalls nicht erkennen, insbesondere muss aus dem Umstand, dass der Angeklagte und seine minderjährige Lebensgefährtin, an die er in diesen Fällen Betäubungsmittel abgab oder sie ihr zum unmittelbaren Konsum überließ, eine gemeinsame

Wohnung bewohnten, nicht darauf geschlossen werden, dass die Lebensgefährtin Verfügungsgewalt und oder Mitbesitz hinsichtlich der in der Wohnung gelagerten Betäubungsmittel gehabt hätte. Dagegen spricht insbesondere, dass sie den Angeklagten in beiden Fällen verklausuliert um die Erlaubnis bat, sich an den Betäubungsmittelvorräten zu bedienen. Daraus ergibt sich zugleich, dass der Angeklagte – obwohl er sich zu der Zeit nicht in der Wohnung befand – weiterhin die alleinige tatsächliche, wenn auch gelockerte Sachherrschaft über die Betäubungsmittel besaß.

- 19 b) Auch die Angriffe gegen die Strafzumessung erweisen sich als unbegründet, insbesondere zeigt die Revision keine Rechtsfehler hinsichtlich der von der Strafkammer in den Fällen II.1 bis 26 der Urteilsgründe aufgrund einer tragfähigen Beweiswürdigung angenommenen Betäubungsmittelmengen und des Wirkstoffgehalts auf, der hier mangels Sicherstellung der Drogen in rechtsfehlerfreier Weise geschätzt wurde. Soweit im Fall der Gebrauchsüberlassung an Minderjährige im Fall II.28 der Urteilsgründe der Wirkstoffgehalt des Crystals oder Kokains nicht angegeben wurde, beruht der Strafausspruch angesichts der Verhängung der gesetzlichen Mindeststrafe nach § 29a Abs. 1 BtMG nicht auf einem etwaigen sich daraus ergebenden Rechtsfehler.

20

c) Entgegen der noch in der Antragschrift des Generalbundesanwalts genannten Auffassung erweist sich auch die Einziehungsentscheidung als rechtsfehlerfrei. Das Landgericht hat nachvollziehbar als Mindesterloß aus den Verkäufen der in den Fällen II.1 bis 26 erworbenen 26 Kilogramm Marihuana ausgehend von einem Mindestverkaufspreis von 5 € pro Gramm einen Betrag von 130.000 € errechnet. Da für den Zeitraum der zur Verurteilung gelangten Taten ein Erwerb einer Teilmenge zum Eigenkonsum rechtsfehlerfrei nicht festgestellt worden ist, mussten von diesem Betrag auch keine Abzüge – gegebenenfalls im Wege der Schätzung – vorgenommen werden.

Cirener

Berger

Gericke

Köhler

Resch

Vorinstanz:

Dresden, LG, 09.06.2020 - 428 Js 15626/19 3 KLS 13 Ss 648/20