



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

5 StR 143/20

vom
14. April 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 14. April 2021,
an der teilgenommen haben:

Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof Cirener,

Richter am Bundesgerichtshof Gericke,

Richter am Bundesgerichtshof Köhler,

Richterin am Bundesgerichtshof Resch,

Richter am Bundesgerichtshof von Häfen,

Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof

als Vertreter des Generalbundesanwalts,

Rechtsanwalt

als Verteidiger,

Justizobersekretärin

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Dresden vom 17. Dezember 2019 mit den jeweils zugehörigen Feststellungen aufgehoben,
 - a) soweit der Angeklagte im Fall II.7 der Urteilsgründe wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Erwerb von Betäubungsmitteln verurteilt worden ist,
 - b) im Ausspruch über die Gesamtstrafe und
 - c) soweit von der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt abgesehen worden ist.
2. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das vorbezeichnete Urteil mit den Feststellungen aufgehoben, soweit der Angeklagte in vier Fällen (Abschnitt VII.2 a der Urteilsgründe) freigesprochen worden ist.
3. Die weitergehenden Revisionen des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft werden verworfen.

4. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten beider Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

- Von Rechts wegen -

Gründe:

1

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Erwerb von Betäubungsmitteln sowie wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in sechs Fällen unter Einbeziehung von Einzelstrafen aus einer anderen Verurteilung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und acht Monaten verurteilt und Einziehungsentscheidungen getroffen. Im Übrigen hat es den Angeklagten freigesprochen. Die Staatsanwaltschaft strebt mit ihrer vom Generalbundesanwalt weitgehend vertretenen, auf die Sachrüge gestützten Revision zuungunsten des Angeklagten eine Ergänzung des Schuldspruchs und Aufhebung des Strafausspruchs in den Fällen II.1 bis 6 und – zu seinen Gunsten – den Wegfall der tateinheitlichen Verurteilung wegen Erwerbs von Betäubungsmitteln im Fall II.7 sowie die Aufhebung des Strafausspruchs an. Darüber hinaus richtet sich ihr Rechtsmittel gegen den Freispruch vom Vorwurf des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in vier Fällen (Abschnitt VII.2 a der Urteilsgründe). Die gegen den Freispruch gerichtete Revision hat Erfolg; im Übrigen ist sie unbegründet. Die auf die allgemeine Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten ist teilweise erfolgreich.

A. Revision des Angeklagten

I.

2 Soweit der Angeklagte verurteilt worden ist, hat das Landgericht folgende
Feststellungen und Wertungen getroffen:

3 1. Zu einem vor Beginn des ersten Halbjahres 2018 liegenden Zeitpunkt
entschloss sich der Angeklagte, durch Ankauf und gewinnbringenden Weiterver-
kauf von Betäubungsmitteln, insbesondere Crystal, eine Einnahmequelle von ei-
niger Dauer und einigem Umfang zur zumindest teilweisen Finanzierung seines
Lebensunterhalts zu erschließen. An sechs nicht näher bestimmbar Zeitpunk-
ten im ersten Halbjahr 2018 verkaufte der Angeklagte dem anderweitig Verfolg-
ten K. jeweils ein Gramm Crystal mit einem Mindestwirkstoffgehalt von
0,6 Gramm Methamphetaminbase zum Preis von 60 Euro (Fälle II.1 bis 6).

4 Am 7. August 2018 verwahrte der Angeklagte in einer gemeinsam mit dem
freigesprochenen Mitangeklagten T. genutzten Lagerhalle in D.
11,43 Gramm Marihuana mit einem Mindestwirkstoffgehalt von 1,40 Gramm THC
(ca. 12,2 Prozent), in einer Blechdose weitere 38,11 Gramm Marihuana mit ei-
nem Mindestwirkstoffgehalt von 4,6 Gramm THC sowie 21,63 Gramm Crystal mit
einem Mindestwirkstoffgehalt von mehr als 60 Prozent, mithin mindestens
13,06 Gramm Methamphetaminbase (Fall II.7).

5 2. Das Landgericht hat die Taten rechtlich als Handeltreiben mit Betäu-
bungsmitteln in sechs Fällen und Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht
geringer Menge in Tateinheit mit Erwerb von Betäubungsmitteln gewertet. Die
Strafen für die Taten in den Fällen II.1 bis 6 hat es dem Strafrahmen des § 29
Abs. 1 BtMG entnommen. Zwar habe der Angeklagte gewerbsmäßig gehandelt.

Angesichts dessen, dass er jeweils nur ein Gramm Crystal an K. zu einem Freundschaftspreis verkaufte und deshalb einen geringeren Gewinn erzielte, hat die Kammer davon abgesehen, einen besonders schweren Fall nach § 29 Abs. 3 BtMG anzunehmen.

II.

6 Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten hat den aus dem Tenor ersichtlichen Erfolg. Im Übrigen ist sie unbegründet.

7 1. Die Verurteilung des Angeklagten im Fall II.7 wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG) in Tateinheit mit Erwerb von Betäubungsmitteln (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG) beruht nicht auf einer tragfähigen Beweiswürdigung.

8 a) Es ist zwar nachvollziehbar beweismäßig unterlegt, dass die bei der Durchsuchung in der Lagerhalle gefundenen Mengen von Marihuana und Crystal dem Angeklagten zuzuordnen sind. Es fehlen aber tragfähige Ausführungen dazu, warum das Landgericht davon ausgegangen ist, dass die gesamten Betäubungsmittel oder jedenfalls eine nicht geringe Menge im Sinne des § 29a Abs. 1 BtMG zum Handel bestimmt waren. Dies versteht sich im Hinblick auf den Eigenkonsum des Angeklagten auch nicht von selbst. Aus den Urteilsgründen ergibt sich zum einen ein Betäubungsmittelkonsum des Angeklagten in den Jahren 2017 und 2018 von täglich zwei bis drei „Lines“ Crystal sowie Marihuana. Zum anderen hat das Landgericht die Zuordnung des in der Lagerhalle sichergestellten Marihuanas zum Angeklagten unter anderem damit begründet, dass er regelmäßig dieses Betäubungsmittel konsumierte. Angesichts dessen ist es nicht fernliegend, dass die sichergestellten Betäubungsmittel teilweise oder möglicherweise sogar insgesamt für dessen Eigenbedarf bestimmt waren.

9 b) Das Urteil beruht auf diesem Rechtsfehler (§ 337 Abs. 1 StPO). Denn sowohl die rechtliche Einordnung der Tat als auch der Schuldumfang bestimmen sich bei einem den Grenzwert zur nicht geringen Menge übersteigenden Besitz eines Betäubungsmittelvorrats zu unterschiedlichen Zwecken nach den diesen jeweils zuzuordnenden Teilmengen, die gegebenenfalls unter Berücksichtigung des Zweifelssatzes zu schätzen sind (BGH, Beschlüsse vom 25. August 2020 – 4 StR 185/20, NStZ-RR 2020, 374; vom 25. Januar 2018 – 5 StR 582/17, NStZ-RR 2018, 113; vom 8. Dezember 2015 – 3 StR 384/15, StV 2017, 652; vom 9. Januar 2008 – 2 StR 531/07, NStZ-RR 2008, 153).

10 c) Die Aufhebung der Verurteilung wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge führt schon unbeschadet des nicht belegten Erwerbsvorgangs zur Aufhebung des tateinheitlichen Schuldspruchs wegen Erwerbs von Betäubungsmitteln. Dies zieht die Aufhebung der Einsatzstrafe nach sich, weshalb auch der Ausspruch über die Gesamtfreiheitsstrafe keinen Bestand haben kann.

11 2. Darüber hinaus erweist sich die Nichtanordnung der Maßregel nach § 64 StGB als rechtsfehlerhaft.

12 Die Begründung, mit der die Strafkammer die Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt abgelehnt hat, lässt besorgen, dass sie von einem zu engen Begriff des Hanges ausgegangen ist. Die Annahme eines Hanges setzt nicht voraus, dass eine Abhängigkeit von Betäubungsmitteln festgestellt ist (vgl. BGH, Beschluss vom 27. November 2018 – 3 StR 299/18, NStZ 2019, 265, 266 mwN). Vielmehr genügt bereits eine eingewurzelte, auf psychischer Disposition beruhende oder durch Übung erworbene intensive Neigung, immer wieder Rauschmittel im Übermaß zu sich zu nehmen, wobei noch keine physische Ab-

hängigkeit bestehen muss (BGH aaO). Nach den Urteilsfeststellungen konsumierte der im Tatzeitpunkt 32-jährige, einschlägig wegen Betäubungsmitteldelikten vorbestrafte Angeklagte seit mehr als zehn Jahren regelmäßig Crystal und darüber hinaus auch Marihuana. Auf dieser Tatsachengrundlage kann ein Hang im Sinne des § 64 StGB nicht ausgeschlossen werden.

13 Das Urteil beruht auf dem Rechtsfehler. Soweit das Landgericht hilfsweise die hinreichend konkrete Erfolgsaussicht einer Behandlung nicht festzustellen vermochte, erweist sich dies als nicht tragfähig. Denn die Ausführungen erschöpfen sich in dem Hinweis auf eine zweifelhafte Bereitschaft zur Mitarbeit, was nicht näher begründet wird.

14 3. Der Senat hat, soweit die Aufhebung reicht, die zugehörigen Feststellungen aufgehoben, um dem neuen Tatgericht in sich stimmige Feststellungen zu ermöglichen.

B. Revision der Staatsanwaltschaft

I.

15 Die zuungunsten des Angeklagten eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft ist unbegründet, soweit der Angeklagte verurteilt worden ist.

16 1. In den Fällen II.1 bis 6 ist entgegen der Ansicht der Staatsanwaltschaft eine Ergänzung des Schuldspruchs nicht geboten. Die Klarstellungsfunktion des Tenors (§ 260 Abs. 4 StPO) verlangt die Angabe der vorsätzlichen Begehungsweise beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG nicht, da diese den Regelfall darstellt (BGH, Urteil vom 20. Mai 2014

– 1 StR 90/14; Beschluss vom 29. Juli 1992 – 3 StR 61/92, BGHR StPO § 260 Abs. 4 Satz 1 Tatbezeichnung 7 (Gründe)).

17 2. Auch der Angriff der Revision gegen die Strafzumessung in den Fällen II.1 bis 6 bleibt ohne Erfolg.

18 a) Die von der Staatsanwaltschaft vermisste Erörterung der einschlägigen Vorstrafen des Angeklagten und die Gefährlichkeit der Droge Crystal hat das Landgericht, wie die ausdrückliche Erwähnung bei der Strafzumessung im Fall II.7 zeigt, nicht aus dem Blick verloren. Es ist daher revisionsgerichtlich hinzunehmen, dass es die Indizwirkung des Regelbeispiels des § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG als entkräftet angesehen hat (vgl. BGH, Urteile vom 5. Februar 2020 – 5 StR 494/19; vom 12. Januar 2016 – 1 StR 414/15 NStZ-RR 2016, 107, 108 mwN). Die strafmildernde Berücksichtigung des Umstandes, dass der Angeklagte das Crystal an K. zum Freundschaftspreis verkauft habe, greift die Staatsanwaltschaft mit urteilsfremden Erwägungen an. Damit kann sie nicht durchdringen; eine Verfahrensrüge ist insoweit nicht erhoben worden.

19 b) Aus den genannten Gründen hält auch die Strafzumessung im engeren Sinne sachlich-rechtlicher Prüfung stand.

II.

20 Die gegen den Freispruch in vier Fällen gerichtete Revision der Staatsanwaltschaft ist erfolgreich.

21 1. Über die zur Verurteilung gelangten Taten hinaus war dem Angeklagten mit der unverändert zur Hauptverhandlung zugelassenen Anklageschrift zur Last gelegt worden, an jeweils nicht mehr genau feststellbaren Tagen von

Januar 2016 bis Juli 2017 in arbeitsteiligem Zusammenwirken mit dem freigesprochenen Mitangeklagten T. monatlich zweimal, mithin in 39 Fällen, jeweils mindestens 200 Gramm Crystal bei einer Person namens „A.“ im Raum G. erworben zu haben, um es gewinnbringend aus der Wohnung heraus oder im Stadtgebiet von D. an eine unbekannte Anzahl von Abnehmern zu veräußern. Insbesondere habe er aus den genannten Mengen von Mitte 2016 bis Mitte 2017 in regelmäßigen Abständen von etwa zwei Wochen je drei bis fünf Gramm Crystal an den anderweitig Verfolgten S. verkauft.

22 2. Die Strafkammer hat insoweit folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

23 a) Der Angeklagte und T. bezogen am 1. April 2017 eine gemeinsame Wohnung in D. . Vor dem Einzug erwarb der gesondert Verfolgte S. vom Angeklagten zu nicht mehr konkret feststellbaren Zeitpunkten mindestens zweimal jeweils ein bis zwei Gramm Crystal und danach in mindestens zwei weiteren Fällen dieselbe Menge. Später bezog S. die Betäubungsmittel von einem Dritten.

24 b) Das Landgericht hat den Angeklagten „aus tatsächlichen Gründen“ freigesprochen. Denn es hat nicht feststellen können, woher und in welchen Mengen der Angeklagte im genannten Zeitraum Crystal bezog, insbesondere, ob er es bei „A.“ aus G. erworben habe.

25 c) An einer Verurteilung wegen des festgestellten Verkaufs von Crystal an S. in vier Fällen hat sich das Landgericht aus „rechtlichen Gründen“ gehindert gesehen, weil diese Handlungen nicht Teil des von der Anklage umfassten einheitlichen Lebenssachverhalts seien. Dass die von S. erworbenen Betäubungsmittel aus den angeklagten Erwerbshandlungen herrührten, sei nicht

festzustellen. Es sei nicht auszuschließen, sondern sogar wahrscheinlich, dass der Angeklagte weitere, bisher unbekannte Lieferanten gehabt habe, von denen das an S. verkaufte Crystal stammte.

26 3. Die hiergegen gerichtete Revision der Staatsanwaltschaft ist begründet, soweit sie sich gegen den Freispruch in vier der von der Anklage umfassten Fällen des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge wendet.

27 a) Die sich aus den Revisionsanträgen und ihrer Begründung ergebende Beschränkung des Rechtsmittels (vgl. BGH, Urteil vom 27. Mai 2020 – 5 StR 433/19) auf vier Verkaufsfälle ist allerdings teilweise unwirksam, weil zwischen den vom Landgericht festgestellten Verkäufen an S. und den angeklagten Taten des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in vier Fällen ein untrennbarer Zusammenhang besteht, da insoweit – je nach Zuordnung – tatbestandliche Bewertungseinheiten gegeben sein können (Unteilbarkeit des Schuldspruchs; vgl. BGH, Urteile vom 6. April 2017 – 3 StR 5/17; vom 13. Januar 2010 – 1 StR 247/09; vom 25. Juli 2002 – 4 StR 104/02). Soweit die weiteren – prozessual selbständige Taten betreffenden – Freisprüche vom Revisionsangriff ausgenommen worden sind, ist die Beschränkung dagegen wirksam.

28 b) Das Urteil leidet im angefochtenen Umfang an einem Rechtsmangel, weil das Landgericht seine Kognitionspflicht (§ 264 Abs. 1 StPO) verletzt hat. Die Strafkammer hat sich mit rechtsfehlerhaften Erwägungen an einer Verurteilung des Angeklagten gehindert gesehen, indem sie einen zu engen Begriff der prozessualen Tat (§ 264 StPO) zu Grunde gelegt hat.

29 aa) Der Unrechtsgehalt der Tat muss ohne Rücksicht auf die dem Eröffnungsbeschluss zugrunde gelegte Bewertung ausgeschöpft werden, soweit keine rechtlichen Gründe entgegenstehen. Fehlt es daran, so stellt dies einen sachlich-rechtlichen Mangel dar (st. Rspr.; BGH, Urteile vom 30. September 2020 – 5 StR 99/20 NJW-Spezial 2020, 729, 730; vom 10. Juni 2020 – 5 StR 435/19). Die Tat als Gegenstand der Urteilsfindung im Sinne des § 264 Abs. 1 StPO ist der geschichtliche Vorgang, wie er in der zugelassenen Anklageschrift umschrieben ist und innerhalb dessen der Angeklagte einen Straftatbestand verwirklicht haben soll. Sie wird in der Regel durch Tatort, Tatzeit und das Tatbild bestimmt (BGH, Urteile vom 30. September 2020 – 5 StR 99/20 aaO; vom 10. Juni 2020 – 5 StR 435/19; Beschlüsse vom 9. September 2020 – 2 StR 261/20, NJW-Spezial 2020, 761 (red. Leitsatz, Kurzwiedergabe); vom 13. Februar 2019 – 4 StR 555/18, NStZ 2020, 46, 47). Zur Tat im prozessualen Sinn gehört das gesamte Verhalten des Täters, soweit es nach der Lebensauffassung ein einheitliches Geschehen darstellt.

30 bb) Nach dieser Maßgabe ist der vom Landgericht unter VII.2 a der Urteilsgründe festgestellte Sachverhalt Gegenstand der dem Angeklagten zur Last gelegten Tat. Die notwendige Identität der vier festgestellten Taten (je zwei Verkäufe von ein bis zwei Gramm Crystal an S. vor und nach dem 1. April 2017, in D.) mit den angeklagten Taten (Verkauf von zwei bis fünf Gramm Crystal an S. , etwa alle zwei Wochen, im Zeitraum Mitte 2016 bis Mitte 2017, in D.) ist danach gegeben. Die rechtliche Bewertung in der Anklageschrift und im Eröffnungsbeschluss im Sinne von Bewertungseinheiten steht – entgegen der Auffassung des Landgerichts – einer Verurteilung nicht entgegen. Lässt sich – wie hier – ein übergeordnetes Gesamtgeschehen nicht erweisen, führt dies nicht zum Wegfall einer mit ihm im Zusammenhang angeklagten Straftat.

31 4. Der aufgezeigte Mangel des Urteils führt zur Aufhebung der Freisprüche
in vier Fällen mit den zugehörigen Feststellungen, weil der Angeklagte das Urteil
insoweit nicht mit einem Rechtsmittel angreifen konnte.

Cirener

Gericke

Köhler

Resch

von Häfen

Vorinstanz:

Dresden, LG, 17.12.2019 - 428 Js 55872/18 15 Kls 25 Ss 253/20