

HRRS-Nummer: HRRS 2015 Nr. 1138

Bearbeiter: Christoph Henckel und Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2015 Nr. 1138, Rn. X

BGH 1 StR 317/15 - Urteil vom 26. Oktober 2015 (LG Weiden)

Gewerbsmäßiges Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringen Mengen (Begriff der Gewerbsmäßigkeit: Erzielung bloßer Nebeneinnahmen; Verhältnis zur unerlaubten gewerbsmäßigen Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige); Tateinheit (Bewertungseinheit beim unerlaubten Handeln mit Betäubungsmitteln); tatrichterliche Strafzumessung (Überprüfbarkeit durch das Revisionsgericht).

§ 30 Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. BtMG; § 29 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1 BtMG; § 52 StGB; § 46 StGB.

Leitsätze des Bearbeiters

1. Gewerbsmäßig im Sinne des § 30 Abs. 1 Nr. 2 BtMG handelt ein Täter dann, wenn er sich eine fortlaufende Einnahmequelle durch wiederholte Vornahme gerade solcher Handlungen verschaffen will, die den Tatbestand des § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG erfüllen (vgl. BGH StV 1997, 636). Dabei ist nicht erforderlich, dass der Täter die erstrebten Einnahmen ausschließlich aus Rauschgiftgeschäften mit Minderjährigen erzielen will, sondern es reicht aus, dass er sich fortlaufende Einnahmen auch aus derartigen Geschäften verschaffen will.

2. Auch ein Kleindealer, der sich mit dem Verkauf kleiner Konsummengen Mittel zur Befriedigung seiner Sucht beschafft, kann gewerbsmäßig handeln (st. Rspr.). Eine Gewerbsmäßigkeit, die sich auf die Erzielung bloßer Nebeneinnahmen bezieht, kann aber dann einer eingehenden Begründung bedürfen, wenn in Anbetracht der Abgabemengen und der Tatfrequenz nur von einem geringen Gewinn auszugehen ist (vgl. NSTZ-RR 2012, 279 f.).

3. Ein unerlaubtes (gewerbsmäßiges) Handeltreiben mit Betäubungsmitteln nach § 29 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1 BtMG kann nicht in Tateinheit mit unerlaubter gewerbsmäßiger Abgabe von Betäubungsmitteln nach § 29a Abs. 1 Nr. 1, § 30 Abs. 1 Nr. 2 BtMG verwirklicht werden. Denn der Grundtatbestand des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln gemäß § 29 BtMG tritt einschließlich der in § 29 Abs. 3 BtMG enthaltenen Zumessungsregeln hinter einem der in §§ 29a, 30 und 30a BtMG aufgeführten Verbrechenstatbestände, hier also des § 29a Abs. 1, § 30 BtMG, zurück. Die Erfüllung des Regelbeispiels der Gewerbsmäßigkeit im Sinne des § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG behält aber für die Strafbemessung innerhalb des in dem Qualifikationstatbestand vorgesehenen Strafrahmens Bedeutung (vgl. BGH NSTZ 1994, 39).

Entscheidungstenor

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Weiden i.d. OPf. vom 13. März 2015 dahin geändert, dass der Angeklagte des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in fünf Fällen, der unerlaubten gewerbsmäßigen Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige in 171 Fällen sowie des versuchten Bestimmens eines Minderjährigen zur Förderung des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln schuldig ist.

Die weitergehende Revision wird als unbegründet verworfen.

Der Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in 176 Fällen, in 171 1
Fällen davon in Tateinheit mit unerlaubter gewerbsmäßiger Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige, sowie des versuchten Bestimmens eines Minderjährigen zur Förderung des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt.

Dem Urteil ist eine verfahrensfördernde Verständigung gemäß § 257c StPO vorausgegangen, in der sich die 2
Verfahrensbeteiligten für den Fall eines umfassenden Geständnisses des Angeklagten auf eine Strafuntergrenze von vier Jahren und neun Monaten und eine Strafobergrenze von fünf Jahren und drei Monaten geeinigt haben.

Gegen das Urteil richtet sich die Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügt.	3
Das Rechtsmittel erzielt den aus dem Tenor ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.	4
I.	
1. Das Landgericht hat Folgendes festgestellt:	5
Der Angeklagte ist wegen Verstoßes gegen das Betäubungsmittelgesetz vorbestraft. Er veräußerte von der Wohnung seiner Freundin aus im Zeitraum von Juli 2013 bis zu seiner Inhaftierung am 18. September 2014 Betäubungsmittel, vor allem Marihuana, und konsumierte dort gemeinsam mit anderen von ihm übergebene Betäubungsmittel. Er selbst konsumierte in diesem Zeitraum bis kurz vor seiner Inhaftierung nur synthetische Cannabisprodukte und kein Marihuana. Bei der Wohnungsdurchsuchung konnte eine geringe Menge an Marihuana und ein Briefchen, in dem sich Methamphetamin befunden hatte, sichergestellt werden.	6
Das Marihuana von durchschnittlicher Qualität mit einem Wirkstoffgehalt von etwa 10 % THC veräußerte er im Grammbereich im Zeitraum von Juli 2013 bis zu seiner Inhaftierung am 18. September 2014 in 171 Fällen an minderjährige Abnehmer, deren Alter ihm jeweils bekannt war und die regelmäßig zwischen 12 und 15 Euro je Gramm bezahlten; in fünf weiteren Fällen veräußerte er Marihuana an erwachsene Abnehmer.	7
Zu einem geringen Teil verkaufte er das Marihuana zum durchschnittlichen Einkaufspreis oder in wenigen Fällen auch darunter weiter, ließ sich dann als Gegenleistungen Raumpflegeteile und Babysitterdienste für seinen am 11. Juni 2014 geborenen Sohn erbringen. Dabei handelte er in der Absicht, diese Abnehmer dauerhaft in seinem Kundenstamm zu halten, um mit ihnen fortan auch lukrative bzw. mit größeren Gewinnspannen versehene Geschäfte tätigen zu können.	8
Durch den Verkauf des Marihuanas wollte sich der Angeklagte, der als Auszubildender bei der Firma McDonald's nur 670 Euro an Ausbildungsvergütung bezog und mit seiner Freundin zusammen wohnte, aber Schulden in Höhe von 1000 bis 1500 Euro hatte, eine zusätzliche Einkommensquelle verschaffen, um dadurch seinen eigenen Konsum von synthetischen Cannabisprodukten zu finanzieren. Hiervon konsumierte er regelmäßig etwa 15 Gramm innerhalb von zwei bis drei Tagen.	9
Im Einzelnen fanden folgende 171 Verkäufe von Marihuana an minderjährige Abnehmer statt:	10
Von Juni 2014 bis zum 18. September 2014 verkaufte der Angeklagte monatlich und damit in mindestens vier Fällen jeweils 2,4 Gramm Marihuana für 30 Euro an die beiden 14-jährigen Mädchen K. und H. .	11
Von Mitte August 2014 bis zum 18. September 2014 erwarb die 15-jährige F. wöchentlich zweimal und damit in mindestens acht Fällen jeweils 1 bis 1,5 Gramm. Der Grammpreis betrug 12 Euro. In weiteren zehn Fällen erhielt sie jeweils eine Konsumeinheit unentgeltlich, da sie sich um das Baby des Angeklagten kümmerte und die Wohnung aufräumte.	12
Von Mitte August 2014 bis zum 18. September 2014 erwarb die 15-jährige Hö. wöchentlich zweimal und damit in mindestens acht Fällen jeweils 1 bis 1,5 Gramm zu je 12 Euro je Gramm.	13
Anfang des Jahres 2014 veräußerte der Angeklagte 1 bis 1,5 Gramm zu 15 bis 20 Euro an die 15-jährige L. oder S. .	14
Im Zeitraum Ende Juli/Anfang August 2013 veräußerte der Angeklagte in mindestens drei Fällen je 1 bis 2 Gramm zu 12 Euro je Gramm an die 16-jährige J. .	15
Von September 2013 bis zum 18. September 2014 erwarb der 15- bzw. 16-jährige G. vom Angeklagten fünf Mal monatlich und damit in mindestens 60 Fällen Marihuana zu je 10 bis 20 Euro und einem Grammpreis von 12 Euro je Gramm.	16
Im Zeitraum von März 2014 bis zum 18. September 2014 erwarb der 16- bzw. 17-jährige Lu. in mindestens zehn Fällen Marihuana zu einem Preis von 12 Euro je Gramm.	17
Im Zeitraum von Juli 2014 bis zum 18. September 2014 erwarb der 17-jährige Gü. in mindestens zwei Fällen je etwa 3 Gramm Marihuana zu je 40 Euro.	18

Mitte September 2014 veräußerte der Angeklagte 2,5 Gramm Marihuana für 30 Euro an einen 16- oder 17-jährigen Jugendlichen mit dem Vornamen Si. .	19
In der Zeit vom 9. Juli 2013 bis 18. September 2014 veräußerte der Angeklagte in 60 Fällen jeweils 1 bis 2 Gramm Marihuana zu einem Grammpreis von 10 Euro an die 15- bzw. 16-jährige Hi. .	20
Im Zeitraum von März 2014 bis 18. September 2014 veräußerte der Angeklagte in zwei Fällen je 1 Gramm Marihuana zu je fünf Euro an die 15- bis 16-jährige Fi. In zwei weiteren Fällen überließ er ihr eine geringe Menge Marihuana als Gegenleistung dafür, dass sie ihm half, die Wohnung aufzuräumen.	21
Am 10. September 2014 beauftragte der Angeklagte telefonisch den 17-jährigen Gü., sich nach weiteren Abnehmern für Marihuana umzusehen. Der Angeklagte wollte dadurch weitere Abnehmer für Marihuana akquirieren. Gü. wurde jedoch nicht tätig.	22
In fünf Fällen veräußerte der Angeklagte Marihuana an erwachsene Abnehmer:	23
Am 3. September 2014 veräußerte er 2,15 Gramm Marihuana für 25 Euro an V. .	24
Mitte 2014 veräußerte er an A. 1 Gramm Marihuana für 10 bis 20 Euro.	25
Mitte September 2014 veräußerte er 4 Gramm Marihuana für 40 Euro an Kö. .	26
Mitte September 2014 veräußerte der Angeklagte 4 Gramm Marihuana für 50 Euro an R. .	27
Im August 2014 veräußerte er an T. Marihuana für 20 bis 25 Euro.	28
Dieses Geschäft findet sich in den Urteilsgründen allerdings nicht in den Feststellungen. Alle notwendigen Details wie Abnehmer, Preis, Menge und Tatzeit sind jedoch der Beweiswürdigung (UA S. 14) zu entnehmen. Diese Tat wird auch in der rechtlichen Würdigung und in der Strafzumessung erwähnt und es wird eine Einzelstrafe verhängt.	29
2. Die Strafkammer hat in ihrer rechtlichen Würdigung nicht nur die Fälle, in denen der Angeklagte das für durchschnittlich 10 Euro je Gramm eingekaufte Marihuana für 12 Euro weiter verkaufte, als unerlaubtes Handelreiben mit Betäubungsmitteln gewertet, sondern auch die, in denen er zum durchschnittlichen Einkaufspreis oder in wenigen Fällen auch darunter weiterveräußert hat. Zur Überzeugung der Kammer diente die Überlassung der Betäubungsmittel in diesen Fällen der Sicherung und Konsolidierung seines Kundenstamms. Das Telefonat mit Gü. sei Beleg dafür, dass der Angeklagte danach strebte, seinen Betäubungsmittelhandel auszubauen und seinen Umsatz auf längere Sicht gesehen zu steigern. Dafür spräche auch das geringe Einkommen des Angeklagten als Auszubildender und die Tatsache, dass er mit Ausnahme des Drogenhandels über keine weiteren Einkünfte verfügt hätte und für den Barunterhalt seines Sohnes habe aufkommen müssen. Auch in den Fällen, in denen der Angeklagte Abnehmern Marihuana im Gegenzug dafür überlassen habe, dass sie sich um seinen Sohn kümmerten und die Wohnung aufräumten, sei ein Handelreiben gegeben, denn er habe eine Dienstleistung in Gestalt von Babysitten und Raumpflege erlangt, die in der Regel nur gegen Entgelt erbracht würde und daher monetärem Entgelt gleichstünde.	30
Die Strafkammer war auch davon überzeugt, dass der Angeklagte jeweils gewerbsmäßig im Sinne des § 30 Abs. 1 Nr. 2 BtMG handelte, soweit er Betäubungsmittel an Minderjährige abgegeben hat (§ 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG). Der Angeklagte habe glaubhaft eingeräumt, dass die Abgabe der Betäubungsmittel dazu diene, seinen Konsum von „Kräutermischungen“ zu finanzieren und sich eine zusätzliche Einnahmequelle zu seiner Ausbildungsvergütung zu verschaffen. Angesichts seiner finanziellen Verhältnisse sei diese zusätzliche Einnahmequelle von erheblichem Gewicht. Auch die in der Wohnung aufgefundenen Druckverschlussstüten und die vom Angeklagten aufgestellten Regeln, wie sich seine „Kunden“ in der Wohnung zu verhalten hätten, sprächen dafür, dass der Angeklagte sich auf eine Vielzahl von Kunden eingestellt hatte. Das Telefonat mit dem minderjährigen Gü., der sich nach weiteren Abnehmern für Marihuana umsehen sollte, spräche ebenfalls für Gewerbsmäßigkeit. Es zeige, dass der Angeklagte seinen Kundenstamm habe erweitern und sich weitere Einnahmequellen habe erschließen wollen. Auch der zeitliche Rahmen von Juli 2013 bis Mitte September 2014, in welchem der Angeklagte Betäubungsmittel an die Abnehmer veräußerte und die Vielzahl der einzelnen Abnehmer sprächen stark für das Vorliegen einer gewerbsmäßigen Abgabe der Betäubungsmittel. Gewerbsmäßigkeit setze auch nicht voraus, dass der Täter nur Bargeld anstrebte, es reichten auch geldwerte Vermögensvorteile oder die Einsparung von Aufwendungen. Damit sei auch bei den Abnehmern von Gewerbsmäßigkeit auszugehen, die Gegenleistungen erbracht hätten, welche für gewöhnlich - wie Babysitten und Raumpflege - nur gegen Entgelt erbracht würden. Außerdem habe die Abgabe der Betäubungsmittel in diesen Fällen auch der Sicherung seines Kundenstamms und der Bindung der Abnehmer an ihn gedient, damit diese auch weiterhin	31

Drogen von ihm bezögen, auch wenn es sich hierbei nur um Kleinstmengen handelte. Dass der Angeklagte bei diesen Abnehmern derzeit noch keinen Gewinn erzielt habe, spräche nicht gegen die Annahme der Gewerbsmäßigkeit, weil es nur auf die Gewinnerwartung des Täters, also auf den Gewinn ankäme, den er erzielen wolle.

3. Bei der Strafzumessung ist die Strafkammer, soweit die Abnehmer in den Tatzeiträumen Geburtstag hatten, zu Gunsten des Angeklagten davon ausgegangen, dass diese jeweils das neu erreichte Lebensalter bereits im gesamten Tatzeitraum erreicht hatten. Soweit sie bereits 16 oder 17 Jahre alt waren, hat die Strafkammer einen minder schweren Fall im Sinne des § 29a Abs. 1 Nr. 1, § 30 Abs. 1, 2 BtMG angenommen. Waren die minderjährigen Abnehmer erst 14 oder 15 Jahre alt, verblieb es bei dem Strafrahmen des § 30 Abs. 1 Nr. 2, § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG, der eine Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren vorsieht. Für diese 35 Fälle hat die Strafkammer eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten, für die 136 minder schweren Fälle eine Freiheitsstrafe von einem Jahr, verhängt. Soweit die Abnehmer volljährig waren, hat die Strafkammer auf Geldstrafe erkannt; insoweit ist sie davon ausgegangen, dass die Indizwirkung des Regelbeispiels (§ 29 Abs. 3 Satz 1, Satz 2 Nr. 1 BtMG) entkräftet ist. Soweit sich der Angeklagte nach § 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG strafbar gemacht hat, hat die Kammer unter Verbrauch des vertypten Strafmilderungsgrundes des Versuchs einen minder schweren Fall im Sinne des § 30a Abs. 3 BtMG bejaht und eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verhängt.

II.

Die Revision des Angeklagten ist unbegründet. 33

Eine formgerechte Verfahrensrüge hat der Angeklagte nicht erhoben. Die Nachprüfung des Urteils aufgrund der erhobenen Sachrüge hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben. 34

1. Die rechtliche Bewertung des festgestellten Sachverhalts hält einer Nachprüfung stand. 35

a) Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist Handeltreiben im Sinne des § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG jede eigennützige, auf den Umsatz von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit (vgl. BGH, Beschluss vom 26. Oktober 2005 - GSSt 1/05, BGHSt 50, 252, 256 mwN). 36

Die Überzeugung der Strafkammer, der Angeklagte habe eigennützig gehandelt, beruht auf einer ausreichenden Tatsachengrundlage. Eigennützigkeit ist nach den Feststellungen auch in den Fällen gegeben, in denen der Angeklagte Marihuana zum Einkaufspreis oder darunter abgegeben hat oder ihm als Gegenleistung anderweitige Dienste erbracht wurden. Um eine bloße Gefälligkeit handelte es sich nicht, denn er handelte mit dem Ziel, die Abnehmer zu binden und mit ihnen später lukrativere Geschäfte abzuschließen. 37

b) Die Strafkammer hat auch die Voraussetzungen gewerbsmäßigen Handelns des Angeklagten im Sinne des § 29 Abs. 3 Satz 2 BtMG hinreichend dargetan. 38

Gewerbsmäßig handelt ein Täter, wenn er sich durch wiederholte Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang verschaffen will (st. Rspr.; vgl. Patzak in Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 7. Aufl., § 29, Teil 26, Rn. 12). 39

Auch ein Kleindealer, der sich mit dem Verkauf kleiner Konsummengen Mittel zur Befriedigung seiner Sucht beschafft, kann gewerbsmäßig handeln (st. Rspr.; vgl. Patzak aaO § 29, Teil 26, Rn. 15, 17). 40

Zwar kann die Gewerbsmäßigkeit, die sich auch auf die Erzielung bloßer Nebeneinnahmen beziehen kann, dann einer eingehenden Begründung bedürfen, wenn in Anbetracht der Abgabemengen und der Tatfrequenz nur von einem geringen Gewinn auszugehen ist (vgl. BGH, Beschlüsse vom 9. Mai 2012 - 4 StR 67/12, NStZ-RR 2012, 279 f. und vom 20. März 2008 - 4 StR 63/08, NStZ-RR 2008, 212). So liegt der Fall hier aber nicht. Das Landgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass der Angeklagte in Gewinnerzielungsabsicht von Juli 2013 bis zu seiner Inhaftierung im September 2014 in 176 Fällen an minderjährige Abnehmer und in fünf weiteren Fällen an erwachsene Abnehmer Marihuana regelmäßig für 12 Euro bis 15 Euro je Gramm bei einem durchschnittlichen Einkaufspreis von 10 Euro verkauft hat oder ihm bei niedrigeren Verkaufspreisen konkrete Gegenleistungen zugewendet wurden oder er durch den günstigen Preis seine Abnehmer an sich binden wollte, um zukünftig lukrativere Geschäfte abschließen zu können. Die die Annahme von Gewerbsmäßigkeit rechtfertigende Nachhaltigkeit der Absicht, sich eine dauerhafte Einnahmequelle von einigem Gewicht zu verschaffen, ist damit auf Grund der Vielzahl der Taten und der zeitlichen Abfolge ausreichend belegt. Auch die im Urteil näher dargelegten wirtschaftlichen Verhältnisse (Schulden und geringes Einkommen) legen eine nachhaltige Gewinnerzielungsabsicht von einigem Gewicht nahe. 41

c) Der Angeklagte handelte auch gewerbsmäßig im Sinne des § 30 Abs. 1 Nr. 2 BtMG. 42

Gewerbsmäßig im Sinne des § 30 Abs. 1 Nr. 2 BtMG handelt ein Täter dann, wenn er sich eine fortlaufende Einnahmequelle durch wiederholte Vornahme gerade solcher Handlungen verschaffen will, die den Tatbestand des § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG erfüllen (vgl. BGH, Urteil vom 24. Juli 1997 - 4 StR 222/97, StV 1997, 636; vgl. BGH, Beschluss vom 13. Dezember 1995 - 2 StR 575/95, NStZ 1996, 285, 286). Dabei ist nicht erforderlich, dass der Täter die erstrebten Einnahmen ausschließlich aus Rauschgiftgeschäften mit Minderjährigen erzielen will, sondern es reicht aus, dass er sich fortlaufende Einnahmen auch aus derartigen Geschäften verschaffen will. 43

Der Angeklagte hat eingeräumt, dass er sich durch den wiederholten Verkauf von Marihuana an minderjährige Abnehmer eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zur Finanzierung seines eigenen Drogenkonsums verschaffen wollte. Dass der Angeklagte auch zumindest bedingten Vorsatz hatte, liegt nahe, weil er insgesamt in 171 Fällen Marihuana an Minderjährige verkauft hat, diese also sein Hauptabnehmerkreis waren. 44

d) Die vom Landgericht vorgenommene Bewertung, dass die 176 Verkaufsfälle zueinander in Tatmehrheit (§ 53 StGB) stehen, hält sachlich-rechtlicher Prüfung stand. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Strafkammer die Möglichkeit von Bewertungseinheiten nicht erörtert hat. 45

Durch den Begriff der Bewertungseinheit werden alle Betätigungen, die sich auf den Vertrieb derselben, in einem Akt erworbenen Menge an Betäubungsmitteln richten, zu einer Tat des unerlaubten Handeltreibens verbunden, weil der Erwerb und der Besitz von Betäubungsmitteln, die zum Zwecke gewinnbringender Weiterveräußerung bereitgehalten werden, bereits den Tatbestand des Handeltreibens in Bezug auf die Gesamtmenge erfüllen. Zu dieser Tat gehören als unselbständige Teilakte im Sinne einer Bewertungseinheit alle späteren Veräußerungsgeschäfte, soweit sie dasselbe Rauschgift betreffen (st. Rspr.; vgl. Patzak, aaO, § 29, Teil 4, Rn. 409 mwN). 46

Dabei setzt die Annahme einer Bewertungseinheit konkrete Anhaltspunkte dafür voraus, dass bestimmte Einzelverkäufe aus einer einheitlich erworbenen Gesamtmenge herrühren (st. Rspr.; vgl. z.B. BGH, Beschluss vom 23. Mai 2012 - 5 StR 12/12, NStZ 2012, 517 mwN; vgl. Patzak, aaO, § 29, Teil 4, Rn. 412 mwN). 47

Die bloße Möglichkeit, dass Einzelmengen einer Gesamtmenge entnommen sein können, genügt dabei nicht, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für eine konkrete Zuordnung bestimmter Einzelverkäufe zu einer bestimmten erworbenen Gesamtmenge fehlen. Eine lediglich willkürliche Zusammenfassung ohne ausreichende Tatsachengrundlage kommt dabei nicht in Betracht, auch der Zweifelssatz gebietet in solchen Fällen nicht die Annahme einer einheitlichen Tat (st. Rspr.; vgl. z.B. BGH, Beschluss vom 23. Mai 2012 - 5 StR 12/12, NStZ 2012, 517 f. mwN; Patzak, aaO, § 29, Teil 4, Rn. 412 mwN). 48

Solche Anhaltspunkte fehlen. Die Strafkammer ist von wöchentlichen Erwerbsvorgängen des Angeklagten von fünf bis zehn Gramm Marihuana ausgegangen, die nahezu vollständig zum gewinnbringenden Weiterverkauf vorgesehen waren; nur ein geringfügiger Teil wurde in der Wohnung konsumiert oder verschenkt. 49

Dass die von dem Angeklagten verkauften Kleinmengen sämtlich oder auch nur mehrere von ihnen aus einer einheitlich erworbenen Vorratsmenge stammen, hat die Strafkammer nicht festgestellt. Dabei ist davon auszugehen, dass bereits die Erwerbsvorgänge nicht festgestellt werden konnten. 50

Der Angeklagte hat angegeben, dass er sämtliche „Marihuanaprodukte“ von einer Person, welche er namentlich nicht nennen wolle, erworben habe. Er würde mit Marihuana und Kräutermischungen handeln, die er zu einem Grammpreis von durchschnittlich 10 Euro erworben habe, „mal mehr, mal weniger“. Der Einkaufspreis für Marihuana sei nicht immer konstant gewesen, habe aber seiner Einschätzung nach im Durchschnitt 10 Euro betragen. Er habe wöchentlich 5 bis 10 Gramm Marihuana erworben. 51

Eine genaue Zuordnung des in unterschiedlichen Mengen eingekauften Marihuanas zu den zeitlich nicht näher festgelegten Einzelverkäufen, die mengenmäßig ebenfalls nicht mehr genau festgestellt werden können, lässt diese Einlassung und lassen auch die Angaben der einzelnen Käufer, soweit sie ermittelt werden konnten, nicht zu. 52

Der Zweifelssatz gebietet es nicht, festgestellte Einzelverkäufe zu einer Bewertungseinheit zusammenzufassen, nur weil eine nicht näher konkretisierte Möglichkeit besteht, dass diese ganz oder teilweise aus einer einheitlich erworbenen Menge stammen. Auch wenn die Möglichkeit besteht, dass jeweils eine gewisse - freilich kaum konkret quantifizierbare - Anzahl der abgeurteilten Verkaufs- bzw. Abgabemengen aus einheitlichen Vorräten stammen könnten, kann kein unverhältnismäßiger Aufwand verlangt werden, um eventuell eine Bewertungseinheit festzustellen (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 10. Juni 1997 - 1 StR 146/97, NStZ-RR 1997, 344; Beschluss vom 29. Mai 2012 - 1 StR 178/12, NStZ-RR 2012, 280, 281; zusammenfassend Patzak, aaO, § 29, Teil 4, Rn. 412 mwN). Den Urteilsgründen lässt sich nicht entnehmen, dass naheliegende Aufklärungsmöglichkeiten nicht ausgeschöpft worden wären; vielmehr steht aufgrund der Einlassung des Angeklagten, den Erkenntnissen der Telefonüberwachungen und 53

den Angaben der Abnehmer, soweit sie ermittelt werden konnten, fest, dass die Aufklärungsmöglichkeiten ausgeschöpft sind.

Der Frage, unter welchen Umständen dann gleichwohl im Wege einer Schätzung Feststellungen hinsichtlich einer (oder mehrerer) Bewertungseinheit(en) zu treffen sind (vgl. z.B. BGH, Beschluss vom 5. März 2002 - 3 StR 491/01, NJW 2002, 1810 f.), braucht der Senat hier nicht nachzugehen. 54

Die Feststellungen zur Menge des abgegebenen Marihuanas sind nicht annähernd deckungsgleich mit den Feststellungen zur Menge des erworbenen Marihuanas. Vielmehr ist, wie schon die unterschiedlichen Mengen von erworbenem und abgegebenem Rauschgift zeigen, insgesamt nur ein begrenzter Teil der auf Erwerb und Abgabe bezogenen Handlungen des Angeklagten erfasst. 55

Es fehlen somit tatsächliche Grundlagen für eine tragfähige Schätzung dafür, welche und wie viele der zahlreichen abgegebenen Einzelmengen jeweils aus einem Erwerbsvorgang stammen und wie dies abzugrenzen und zeitlich einzuordnen wäre. Es käme daher lediglich eine willkürliche Zusammenfassung in Betracht, die rechtlich aber nicht zulässig ist (st. Rspr.; BGH, Urteile vom 10. Juni 1997 - 1 StR 146/97, NStZ-RR 1997, 344 und vom 16. November 2005 - 2 StR 296/05, NStZ-RR 2006, 55; Beschlüsse vom 26. Mai 2000 - 3 StR 162/00, NStZ 2000, 540, 541 und vom 29. Mai 2012 - 1 StR 178/12, NStZ-RR 2012, 280, 281). 56

e) Allerdings kann unerlaubtes (gewerbsmäßiges) Handeltreiben mit Betäubungsmitteln nach § 29 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1 BtMG nicht in Tateinheit mit unerlaubter gewerbsmäßiger Abgabe von Betäubungsmitteln nach § 29a Abs. 1 Nr. 1, § 30 Abs. 1 Nr. 2 BtMG verwirklicht werden. Denn der Grundtatbestand des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln gemäß § 29 BtMG tritt einschließlich der in § 29 Abs. 3 BtMG enthaltenen Zumessungsregeln hinter einem der in §§ 29a, 30 und 30a BtMG aufgeführten Verbrechenstatbestände, hier also des § 29a Abs. 1, § 30 BtMG, zurück. Die Erfüllung des Regelbeispiels der Gewerbsmäßigkeit im Sinne des § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG behält aber für die Strafbemessung innerhalb des in dem Qualifikationstatbestand vorgesehenen Strafrahmens Bedeutung (vgl. BGH, Beschlüsse vom 17. September 1993 - 4 StR 509/93, NStZ 1994, 39 und vom 21. Dezember 1995 - 1 StR 697/95, StV 1996, 267; Patzak, aaO, § 30, Teil 6, Rn. 69 mwN). 57

2. Die Strafzumessung weist ebenfalls keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten auf. Die Strafrahmenwahl ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die Bemessung der Einzelstrafen und der Gesamtstrafe hält rechtlicher Nachprüfung stand. 58

Die Strafzumessung unterliegt nur in eingeschränktem Umfang der Überprüfung durch das Revisionsgericht. Es ist grundsätzlich Sache des Tatrichters, auf der Grundlage des umfassenden Eindrucks, den er in der Hauptverhandlung von der Tat und der Person des Täters gewonnen hat, die wesentlichen entlastenden und belastenden Umstände festzustellen, sie zu bewerten und gegeneinander abzuwägen. Ein Eingriff des Revisionsgerichts in die Strafzumessung ist nur möglich, wenn die Zumessungserwägungen in sich fehlerhaft sind, von unzutreffenden Tatsachen ausgehen, das Tatgericht gegen rechtlich anerkannte Strafzwecke verstößt oder wenn sich die verhängte Strafe nach oben oder unten von ihrer Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein, so weit löst, dass sie nicht mehr innerhalb des dem Tatrichter eingeräumten Spielraums liegt. Eine ins Einzelne gehende Richtigkeitskontrolle ist ausgeschlossen. In Zweifelsfällen muss das Revisionsgericht die vom Tatgericht vorgenommene Bewertung bis an die Grenze des Vertretbaren hinnehmen (st. Rspr.; vgl. z.B. BGH, Urteil vom 29. Juni 2005 - 1 StR 149/05, NStZ 2006, 568). Diese Grundsätze gelten auch für die Bildung der Gesamtstrafe (BGH, Urteile vom 24. März 1999 - 3 StR 556/98, wistra 1999, 297, 298 und vom 29. Juni 2005 - 1 StR 149/05, NStZ 2006, 568). 59

Soweit das Landgericht in 171 Fällen Tateinheit zwischen unerlaubtem (gewerbsmäßigem) Handeltreiben und unerlaubter (gewerbsmäßiger) Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige angenommen hat, ist die Strafzumessung dennoch fehlerfrei, weil die Erfüllung des Tatbestands des gewerbsmäßigen Handeltreibens im Sinne des § 29 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG in der Strafbemessung berücksichtigt werden darf. 60

Der Senat hat den Tenor entsprechend geändert. § 265 StPO steht der Schuldspruchänderung nicht entgegen, da sich der Angeklagte gegen den geänderten Schuldvorwurf nicht wirksamer als geschehen hätte verteidigen können. 61

III.

Der nur geringe Teilerfolg der Revision rechtfertigt es nicht, den Angeklagten teilweise von den durch sein Rechtsmittel entstandenen Kosten und Auslagen freizustellen (§ 473 Abs. 1 und 4 StPO). 62