

HRRS-Nummer: HRRS 2022 Nr. 936

Bearbeiter: Christian Becker

Zitiervorschlag: HRRS 2022 Nr. 936, Rn. X

BGH 5 StR 203/22 - Urteil vom 3. August 2022 (LG Leipzig)

Polizeiliche Überwachung eines Betäubungsmittelgeschäfts als bestimmender Strafzumessungsgrund zugunsten des Angeklagten bei Verurteilung wegen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (engmaschige und lückenlose Überwachung; Sicherstellung; Ausschluss der Rechtsgutsgefahr).

§ 29 BtMG; § 46 StGB

Leitsatz des Bearbeiters

Die polizeiliche Überwachung eines Betäubungsmittelgeschäfts kann ein bestimmender Strafzumessungsgrund zugunsten des Angeklagten sein, dem neben einer Sicherstellung der Drogen eigenes Gewicht zukommen kann. Voraussetzung hierfür ist aber, dass durch die Überwachungsmaßnahmen eine tatsächliche Gefährdung für das Rechtsgut der Volksgesundheit durch das Rauschgift ausgeschlossen war. Es bedarf mithin - neben der Sicherstellung der Betäubungsmittel - von Beginn des Drogengeschäfts an einer tatsächlichen engmaschigen und lückenlosen polizeilichen Überwachung des inmitten stehenden Rauschgifthandels.

Entscheidungstenor

Der Antrag des Angeklagten auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumung der Frist zur Einlegung der Revision gegen das Urteil des Landgerichts Leipzig vom 2. November 2021 wird als unzulässig verworfen.

Auf die Revisionen des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft wird das vorbenannte Urteil im Strafausspruch aufgehoben.

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

Die weitergehende Revision des Angeklagten wird verworfen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in acht Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten verurteilt. Zudem hat es gegen ihn die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 59.000 Euro angeordnet. Das auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Rechtsmittel des Angeklagten dringt mit der Sachrüge zum Strafausspruch durch; seine weitergehende Revision ist unbegründet. Die Staatsanwaltschaft greift ausschließlich den Strafausspruch an. Ihre mit der Sachrüge geführte Revision hat Erfolg. 1

I.

Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen: 2

1. Der Angeklagte entschloss sich spätestens Anfang April 2020, seinen Lebensunterhalt durch den gewinnbringenden Verkauf von Betäubungsmitteln zu bestreiten. Für die Drogengeschäfte nutzte er ein Encrochat-Mobiltelefon. Vom 16. April bis zum 26. Mai 2020 handelte er in acht Fällen mit insgesamt 3 Kilogramm Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von 3 %, 28 Kilogramm Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von 10 % sowie mit 6,97 Kilogramm Metamphetamin und 500 Gramm Kokain mit einem Wirkstoffgehalt von jeweils 70 %. 3

2. Das Landgericht hat die Taten rechtlich als Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gewürdigt (§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG). Die Strafen hat es in einem Fall (Tat 5) dem Ausnahmestrafrahmen für minder schwere Fälle nach § 29a Abs. 2 BtMG, im Übrigen jeweils dem Strafrahmen des § 29a Abs. 1 BtMG entnommen und Einzelfreiheitsstrafen von zehn Monaten bis vier Jahren verhängt. Daraus hat es eine Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten gebildet. Hinsichtlich des Erlöses aus Tat 7 von 59.000 Euro hat das Landgericht eine Einziehungsanordnung nach §§ 73, 73c StGB getroffen. 4

II.

Die Revisionen des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft führen - auch eingedenk des eingeschränkten 5
revisionsgerichtlichen Prüfumfangs (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 16. März 2022 - 5 StR 369/21) - zur Aufhebung des
Strafaußspruchs.

1. Das Rechtsmittel des Angeklagten erzielt einen Teilerfolg. 6

a) Mit der Verfahrensrüge, mit der der Beschwerdeführer den Abschluss einer „informellen Absprache“ unter Verletzung 7
von § 257c StPO behauptet, dringt er allerdings nicht durch. Sie ist unzulässig, weil sie nicht den Anforderungen des §
344 Abs. 2 Satz 2 StPO entspricht.

Über die vom Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift aufgeführten Gründe hinaus ergibt sich dies aus Folgendem: 8
Der Beschwerdeführer hat schon nicht mitgeteilt, welche konkreten, in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden
Absprachen mit dem Gericht getroffen worden sein sollen. Zum anderen hat er nicht vorgetragen, wer von seiner Seite
und auf der des Gerichts daran beteiligt und inwieweit er darin eingebunden gewesen war. Ohne Kenntnis dieser
Umstände ist dem Senat die rechtliche Prüfung verwehrt, ob das Tatgericht durch ein bestimmtes Tun oder Unterlassen
gegen Verfahrensvorschriften des § 257c StPO verstoßen hat (vgl. BGH, Beschluss vom 7. März 2017 - 5 StR 493/16,
NStZ 2017, 424). Soweit der Beschwerdeführer mangels eigener Einbindung in die behauptete „informelle Absprache“
selbst an einem entsprechenden Tatsachenvortrag gehindert gewesen sein sollte, wäre er - nach dem
Verteidigerwechsel in der Revisionsinstanz - verpflichtet gewesen, sich bei seinen Instanzverteidigern zu erkundigen und
sein Bemühen um Informationsverschaffung mit der Revisionsbegründung vorzutragen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 22.
September 2005 - 2 BvR 93/05, BVerfGK 6, 235, 237; BGH, Urteil vom 10. Juli 2013 - 2 StR 47/13, BGHSt 58, 315,
318; KKStPO/Gericke, 8. Aufl., § 344 Rn. 38, Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 65. Aufl., § 344 Rn. 22;
MüKoStPO/Knauer/Kudlich, § 344 Rn. 121).

b) Mit der Sachrüge deckt der Angeklagte hingegen einen durchgreifenden Rechtsfehler bei der Strafzumessung auf. Im 9
Übrigen hat die Überprüfung des Urteils keinen sachlich-rechtlichen Fehler zu seinem Nachteil ergeben.

Das Landgericht hat bei der Bestimmung der Einzelstrafen strafscharfend berücksichtigt, dass die Betäubungsmittel „in 10
keinem Fall ... sichergestellt werden konnten“. Zu Recht hat der Generalbundesanwalt dies als rechtsfehlerhaft
beanstandet. Bei dem Umstand, dass Betäubungsmittel in den Verkehr gelangen, handelt es sich um den Normalfall des
Handeltreibens. Diese Tatsache ist deshalb kein Strafschärfungsgrund. Es ist im Gegenteil so, dass die Sicherstellung
zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmter Betäubungsmittel einen Strafmilderungsgrund darstellt (vgl. BGH,
Beschluss vom 5. Februar 2020 - 2 StR 517/19, NStZ-RR 2020, 146, 147). Das Landgericht hat mithin das Fehlen eines
Strafmilderungsgrundes (Sicherstellung der gehandelten Betäubungsmittel) strafscharfend gewertet. Dies stellt hier einen
durchgreifenden Rechtsfehler dar (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Mai 2018 - 4 StR 100/18, StV 2019, 325, 326).

2. Die vom Generalbundesanwalt vertretene Revision der Staatsanwaltschaft hat Erfolg, weil die Strafzumessung 11
überdies Rechtsfehler zugunsten des Angeklagten aufweist.

a) Die Revision ist wirksam auf den Strafausspruch beschränkt. 12

Zwar hat die Staatsanwaltschaft in der Revisionsbegründung beantragt, das Urteil insgesamt aufzuheben. Damit steht 13
der übrige Inhalt der Revisionsrechtfertigung aber nicht im Einklang. Denn aus den einzelnen Beanstandungen ergibt
sich, dass die Staatsanwaltschaft das Urteil nur hinsichtlich des Strafausspruches für rechtsfehlerhaft hält. In einem
solchen Fall ist das Angriffsziel des Rechtsmittels durch Auslegung zu ermitteln (vgl. BGH, Urteil vom 18. Dezember 2014
- 4 StR 468/14, NStZ-RR 2015, 88 f. mwN).

Hinsichtlich des Angriffsziels einer Revision ist der Sinn der Rechtsmittelbegründung maßgeblich. Für Revisionen der 14
Staatsanwaltschaft ist hierbei Nr. 156 RiStBV in den Blick zu nehmen. Nach Absatz 1 ist die Staatsanwaltschaft
verpflichtet, jedes von ihr eingelegte Rechtsmittel zu begründen. Darüber hinaus soll die Staatsanwaltschaft ihre
Revision stets so rechtfertigen, dass klar ersichtlich ist, in welchen Ausführungen des angefochtenen Urteils sie eine
Rechtsverletzung erblickt und auf welche Gründe sie ihre Rechtsauffassung stützt (Nr. 156 Abs. 2 RiStBV). Dies
entspricht auch dem Zweck der Vorschrift des § 345 Abs. 2 StPO, die der sachkundigen Zusammenfassung der von der
Revision erstrebten rechtlichen Angriffe dient. Angesichts dessen ist nach dem insoweit maßgeblichen Sinn der
Revisionsbegründung der Staatsanwaltschaft allein der Strafausspruch angefochten (vgl. BGH, Urteil vom 14. April 2022
- 5 StR 313/21, NStZ-RR 2022, 201 mwN).

b) Die Strafzumessung weist durchgreifende Rechtsfehler zugunsten des Angeklagten auf. 15

aa) Das Landgericht hat bei allen Einzelstrafen strafmildernd gewertet, dass es sich „zumindest theoretisch“ um 16
beobachtete Taten handelte. Denn es wäre den deutschen Strafverfolgungsbehörden aufgrund der „annähernd
tagesaktuellen Datenübermittlungen“ aus Frankreich „grundsätzlich“ möglich gewesen, die Chatverläufe zu den
abgeurteilten Taten „nahezu tagesaktuell“ zu verfolgen. Diese Erwägung ist in mehrfacher Hinsicht durchgreifend
rechtsfehlerhaft.

Zwar kann die polizeiliche Überwachung eines Betäubungsmittelgeschäfts ein bestimmender Strafzumessungsgrund zugunsten des Angeklagten sein, dem neben einer Sicherstellung der Drogen eigenes Gewicht zukommen kann. Voraussetzung hierfür ist aber, dass durch die Überwachungsmaßnahmen eine tatsächliche Gefährdung für das Rechtsgut der Volksgesundheit durch das Rauschgift ausgeschlossen war. Denn die zusätzlich strafmildernde Wirkung resultiert aus dem Gewinn an Sicherheit, den eine derartige Überwachung schon während der Tatbegehung bewirkt, indem sie bereits von Beginn an die Möglichkeit für eine spätere Sicherstellung schafft und so eine tatsächliche Gefahr für die Allgemeinheit ausschließt. Dann ist nämlich der Unrechtsgehalt der Tat zusätzlich gegenüber den Fällen reduziert, in denen die Betäubungsmittel trotz fehlender Überwachung (etwa aufgrund einer zufälligen Verkehrskontrolle) sichergestellt werden können (vgl. BGH, Urteil vom 22. Juni 2022 - 5 StR 9/22 mwN). Es bedarf mithin - neben der Sicherstellung der Betäubungsmittel - von Beginn des Drogengeschäfts an einer tatsächlichen engmaschigen und lückenlosen polizeilichen Überwachung des inmitten stehenden Rauschgifthandels. 17

Dies hat das Landgericht verkannt. Es fehlt schon an der Sicherstellung der Betäubungsmittel. Es kommt deshalb nicht mehr darauf an, dass es sich nach den Urteilsfeststellungen lediglich „theoretisch“ um beobachtete Taten handelte und daher von einer tatsächlichen engmaschigen und lückenlosen Überwachung nicht die Rede sein kann. Dass die deutschen Strafverfolgungsbehörden „grundsätzlich“ die Möglichkeit gehabt hätten, die Chatverläufe zu den Drogengeschäften zu verfolgen, und daher eventuell gegen den Angeklagten hätten vorgehen können, ist ohne Belang. Denn ein Straftäter hat keinen Anspruch darauf, dass die Ermittlungsbehörden rechtzeitig gegen ihn einschreiten, um seine Taten zu verhindern (vgl. BGH, Urteile vom 7. Februar 2022 - 5 StR 542/20, NJW 2022, 1826, 1827 ff.; vom 6. Januar 2022 - 5 StR 2/21, NSZ-RR 2022, 140, 141). 18

bb) Das Landgericht hat einen bestimmenden Strafmilderungsgrund darin erblickt, dass bei der ursprünglichen Datenerhebung in einem französischen Ermittlungsverfahren „formale Rechtshilfavorschriften ... offenbar nicht eingehalten“ worden seien. Insbesondere habe es keinen Anhalt gefunden, dass die französischen Ermittlungsbehörden das insofern zuständige deutsche Amtsgericht nach Art. 31 RL EEA von der Datenerhebung benachrichtigt hätten. Diese Erwägung begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Der Generalbundesanwalt hat hierzu zu Recht ausgeführt, dass Verstöße gegen Verfahrensrecht im Allgemeinen nicht bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sind (vgl. BGH, Urteil vom 2. Juni 2021 - 3 StR 21/21 Rn. 65; Beschluss vom 31. Mai 2011 - 3 StR 97/11, BGHR StGB § 46 Abs. 1 Verfahrensverstöße 2). Ein Verstoß gegen die Rechtshilfavorschrift des Art. 31 RL EEA, dem im Inland kein individualschützender Charakter zukommt (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 2. März 2022 - 5 StR 457/21 Rn. 41, NSZ 2022, 435, 441 f.), hat keine Bedeutung für die Strafzumessung (vgl. § 46 Abs. 1 und 2 StGB). 19

3. Die Feststellungen können bestehen bleiben, weil dem Landgericht lediglich Wertungsfehler unterlaufen sind. Ergänzende Feststellungen können getroffen werden, soweit sie den bisherigen nicht widersprechen. 20

Der Senat weist mit dem Generalbundesanwalt darauf hin, dass Methamphetamin und Kokain nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht nur als „mittelgradig gefährliche“, sondern als sehr gefährliche („harte“) Drogen zu bewerten sind (vgl. BGH, Beschlüsse vom 26. April 2017 - 5 StR 87/17; vom 21. November 2018 - 4 StR 332/18, NSZ-RR 2019, 88 f.). 21

4. Der Antrag des Angeklagten auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Revision ist unzulässig, weil einer seiner Verteidiger das Rechtsmittel des Angeklagten rechtzeitig bei dem zuständigen Gericht eingelegt hat (§ 341 Abs. 1 StPO). Zutreffend hat der Generalbundesanwalt ausgeführt, dass der Antrag auf Wiedereinsetzung in die Revisionseinlegungsfrist deswegen auf eine unmögliche Rechtsfolge gerichtet und damit unzulässig ist (vgl. BGH, Beschluss vom 26. März 2019 - 2 StR 511/18, BGHR StPO § 341 Frist 2). 22

Die Kostenbeschwerde des Angeklagten ist gegenstandslos. 23