

HRRS-Nummer: HRRS 2023 Nr. 219

Bearbeiter: Christian Becker

Zitiervorschlag: HRRS 2023 Nr. 219, Rn. X

### BGH 5 StR 269/22 - Urteil vom 16. Januar 2023 (LG Berlin)

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (fehlerhafte Beweiswürdigung zur subjektiven Tatseite bei Handel mit CBD-Produkten); Anforderungen an das freisprechende Urteil (Überzeugungsbildung; Lückenhaftigkeit; Feststellungen zur Person).

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 261 StPO; § 267 StPO

#### Leitsätze des Bearbeiters

1. Das Revisionsgericht muss es grundsätzlich hinnehmen, wenn das Tatgericht Zweifel an dem Vorliegen eines den Angeklagten belastenden Sachverhalts nicht zu überwinden vermag; denn die Beweiswürdigung ist Sache des Tatgerichts. Das Revisionsgericht prüft aber, ob dem Tatgericht Rechtsfehler unterlaufen sind. Dies ist der Fall, wenn die Beweiswürdigung lückenhaft, in sich widersprüchlich oder unklar ist, gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt oder wenn an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit übertriebene Anforderungen gestellt worden sind.

2. Feststellungen zu den persönlichen Verhältnissen sind zwar in erster Linie bei verurteilenden Erkenntnissen notwendig, um nachvollziehen zu können, ob das Tatgericht die wesentlichen Anknüpfungstatsachen für die Strafzumessung (§ 46 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2 StGB) ermittelt und berücksichtigt hat. Aber auch bei freisprechenden Urteilen ist das Tatgericht aus sachlich-rechtlichen Gründen zu solchen Feststellungen verpflichtet, wenn diese für die Beurteilung des Tatvorwurfs eine Rolle spielen können und deshalb zur Überprüfung des Freispruchs durch das Revisionsgericht auf Rechtsfehler hin notwendig sind. Das ist der Fall, wenn vom Tatgericht getroffene Feststellungen zum Tatgeschehen ohne solche zu den persönlichen Verhältnissen nicht in jeder Hinsicht nachvollziehbar und deshalb lückenhaft sind.

#### Entscheidungstenor

Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Berlin vom 30. März 2022 mit den Feststellungen aufgehoben.

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

#### Gründe

Das Landgericht hat die Angeklagten aus tatsächlichen Gründen vom Vorwurf, Betäubungsmittelstraftaten begangen zu haben, freigesprochen. 1

Die Staatsanwaltschaft legt den Angeklagten P., S. und K. mit der vom Kammergericht unverändert zur Hauptverhandlung zugelassenen Anklage zur Last, Anfang 2019 in einem Fall bandenmäßig Betäubungsmittel in nicht geringer Menge eingeführt und mit ihnen gehandelt sowie in zwei Fällen mit Betäubungsmitteln Handel getrieben zu haben. Den Angeklagten E. und A. wird mit derselben Anklage vorgeworfen, hierzu Beihilfe geleistet zu haben. 2

Die Staatsanwaltschaft greift die Freisprüche mit der Sachrüge an. Die vom Generalbundesanwalt vertretenen Rechtsmittel haben Erfolg. 3

I.

Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen: 4

Die Angeklagten P., K., E. und A. waren Teilhaber der seit 2018 bestehenden B. B. UG mit Sitz in B. Die Gesellschaft vertrieb Cannabidiol-Produkte (kurz: CBD-Produkte) über Kioske und Spätverkaufsstellen sowie einen Direktverkauf im Internet. Die CBD-Produkte bestanden aus Teilen von Cannabispflanzen, die einen THC-Gehalt von weniger als 0,2 Prozent aufwiesen und in Gläsern zu zwei und fünf Gramm angeboten wurden. Mit den Betreibern der Verkaufsstellen wurde eine Höchstabgabemenge von fünf Gramm pro Person an einem Tag, eine Abgabe nur an Volljährige und die Untersagung jeglicher Anregung zur Einnahme vereinbart. Auf der Verpackung befand sich der Hinweis: „Räucherware aus fermentiertem EU-zertifiziertem Nutzhanf mit einem THC-Gehalt von unter 0,2 % - nicht zur Einnahme geeignet“. 5

Die Angeklagten waren wie folgt an den Geschäften der B. B. UG beteiligt: K. war Geschäftsführer und Vertriebsleiter. P. übernahm die Auslieferung und das Marketing in den sozialen Medien. S. war ebenfalls in der Geschäftsentwicklung tätig und insbesondere für die Entwicklung des Marketingkonzepts zuständig. E. und A. unterstützten die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft mit ihren Anteilen finanziell; in das operative Geschäft waren sie nicht eingebunden. 6

Im Rahmen der Geschäftstätigkeit kam es abredgemäß zu folgenden Handlungen: 7

Am 13. Januar 2019 brachte der Angeklagte K. mit dem Zug sechs Plastiktropffläschchen, die ausschließlich CBD enthielten, und in Plastiktüten gut 3 Kilogramm Blütenstände von Cannabispflanzen mit insgesamt 5,135 Gramm THC bei einem Wirkstoffgehalt von 0,10 bis 0,17 Prozent von der Schweiz nach Deutschland. 8

Am 14. Januar 2019 verwahrten die Angeklagten K. und S. rund 2,4 Kilogramm Blütenstände von Cannabispflanzen und etwa 1 Kilogramm einer cannabishaltigen Zubereitung mit insgesamt 5,45 Gramm THC bei einem Wirkstoffgehalt von 0,08 bis 0,17 Prozent zum gewinnbringenden Weiterverkauf durch die B. B. UG. 9

Zu einem nicht näher bestimmbar Zeitpunk bestellte der Angeklagte S. bei einer in L. ansässigen Firma knapp 7,4 Kilogramm Blütenstände von Cannabispflanzen mit insgesamt 9,11 Gramm THC bei einem Wirkstoffgehalt von 0,11 bis 0,16 Prozent. Die Lieferung wurde am 19. Februar 2019 vom Zollamt B. entdeckt und beschlagnahmt. 10

Die Angeklagten wussten zwar, dass es sich bei den Produkten um Teile der Cannabispflanze handelte; sie gingen aber davon aus, dass sie - mangels Möglichkeit einer berauschenden Wirkung - nicht dem Betäubungsmittelgesetz unterfielen. 11

Das Landgericht hat die Angeklagten aus tatsächlichen Gründen freigesprochen. Zwar habe es sich bei den von ihnen vertriebenen CBD-Produkten um Betäubungsmittel gehandelt. Denn sie hätten trotz des geringen THC-Gehalts zu Rauschzwecken missbraucht werden können, indem sie von den Endkunden zu Keksen „verbackt“ und dann als Backware konsumiert worden wären. Insofern sei den Angeklagten aber weder ein (bedingt) vorsätzliches noch ein fahrlässiges Handeln nachzuweisen gewesen. 12

## II.

Die vom Generalbundesanwalt vertretenen Revisionen der Staatsanwaltschaft haben Erfolg, weil das angefochtene Urteil in mehrfacher Hinsicht sachlich-rechtliche Fehler aufweist. 13

1. Die Beweiswürdigung des Landgerichts (§ 261 StPO) hält der rechtlichen Nachprüfung - auch eingedenk des eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfungsmaßstabs (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 10. November 2021 - 5 StR 127/21 mwN) - nicht stand, soweit sich das Landgericht nicht hat davon überzeugen können, dass die Angeklagten weder bedingt vorsätzlich noch fahrlässig hinsichtlich der Betäubungsmittelleigenschaft der von ihnen vertriebenen Produkte handelten. 14

a) Zwar muss es das Revisionsgericht grundsätzlich hinnehmen, wenn das Tatgericht Zweifel an dem Vorliegen eines den Angeklagten belastenden Sachverhalts nicht zu überwinden vermag; denn die Beweiswürdigung ist Sache des Tatgerichts. Das Revisionsgericht prüft aber, ob dem Tatgericht Rechtsfehler unterlaufen sind. Dies ist der Fall, wenn die Beweiswürdigung lückenhaft, in sich widersprüchlich oder unklar ist, gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt oder wenn an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit übertriebene Anforderungen gestellt worden sind (vgl. BGH, Urteil vom 24. November 2022 - 5 StR 309/22 Rn. 8). 15

b) Diesen Anforderungen ist das Landgericht nicht gerecht geworden. 16

aa) Die Beweiswürdigung ist schon deshalb mangelhaft, weil sie nicht erkennen lässt, ob das Landgericht die Glaubhaftigkeit der Einlassungen der Angeklagten, ausweislich derer eine Verwendung ihrer CBD-Produkte als Grundlage für eine Rauschwirkung erzeugende Backwaren ihnen nicht in den Sinn gekommen sei, einer kritischen Prüfung unterzogen hat. Es hat die - offensichtlich schriftlich vorbereiteten - Erklärungen lediglich wörtlich wiedergegeben, ohne sie für sich gesehen kritisch zu würdigen oder in Bezug zu den gegen deren Richtigkeit sprechenden Beweisergebnissen zu setzen. Dies wäre aber schon deshalb erforderlich gewesen, weil das Landgericht den Einlassungen - ohne dies indes ausdrücklich zu benennen - uneingeschränkt gefolgt ist (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 5. September 2019 - 3 StR 219/19, NStZ 2020, 217, 218). Umso mehr wäre ein kritisches Hinterfragen hier geboten gewesen, als vorformulierten Erklärungen allenfalls ein geringer Beweiswert beigemessen werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 8. Juni 2016 - 5 StR 570/15 Rn. 9; KKStPO/Tiemann, 9. Aufl., § 261 Rn. 89). Der Senat muss daher besorgen, dass das Landgericht den Einlassungen kritiklos gefolgt ist, was schon für sich betrachtet einen Rechtsfehler darstellt (vgl. BGH, Urteil vom 8. April 2009 - 5 StR 65/09 Rn. 14; LR/Sander, StPO, 27. Aufl., § 261 Rn. 110). 17

bb) Ungeachtet dessen weist die Beweiswürdigung Erörterungsmängel auf. Zwar müssen die Urteilsgründe nicht jeden irgendwie beweisheblichen Umstand ausdrücklich würdigen. Das Maß der gebotenen Darlegung hängt von der 18

jeweiligen Beweislage und insoweit von den Umständen des Einzelfalls ab; dieser kann so beschaffen sein, dass sich die Erörterung bestimmter einzelner Beweismomente erübrigt. Erkennt das Tatgericht auf Freispruch, muss es allerdings in der Beweiswürdigung darlegen, dass es die ersichtlich wesentlichen, möglicherweise gegen den Angeklagten sprechenden Momente und Erwägungen einbezogen und im Rahmen einer umfassenden Gesamtwürdigung eingestellt hat (vgl. BGH, Urteile vom 24. November 2022 - 5 StR 309/22 Rn. 10; vom 2. März 2022 - 5 StR 365/21 Rn. 13). Dem ist das Landgericht nicht nachgekommen.

(1) Das Landgericht hat sich zum einen darauf gestützt, dass die zur Ermöglichung eines Rauschzustandes einzige 19  
realistische Verwendungsform der in Rede stehenden CBD-Produkte durch ein „Verbacken“ zu rauscherzeugenden  
Keks „keine klassische und allgemein bekannte“ oder „gängige Konsumform“ sei.

Dem Urteil lässt sich allerdings nicht entnehmen, auf welcher Tatsachengrundlage das Landgericht zu dieser für die 20  
Angeklagten sprechenden Einschätzung gelangt ist. Die Strafkammer hat in diesem Zusammenhang lediglich ein Urteil  
des Landgerichts Braunschweig erwähnt, das - sachverständig beraten - mit dieser Frage befasst war. Damit ist sie den  
gebotenen Darlegungspflichten nicht gerecht geworden. Dies gilt umso mehr, als Aufbereitungsarten von CBD-Blüten, die  
eine Anreicherung des THC-Gehalts bewirken und daher bei einem Konsum einen Cannabisrausch erzeugen können,  
allgemein bekannt sind (vgl. BGH, Beschluss vom 23. Juni 2022 - 5 StR 490/21, NStZ-RR 2022, 376, 377).

Mit Blick darauf hätte sich das Landgericht an dieser Stelle außerdem damit auseinandersetzen müssen, dass die 21  
Angeklagten nach den Urteilsfeststellungen für die Vermarktung der CBD-Produkte auch soziale Medien nutzen und -  
ausweislich der Einlassung des Angeklagten P. - regelmäßig Internetrecherchen durchführten. Angesichts dieser  
Aktivitäten erschließt es sich nicht ohne Weiteres, weshalb es außerhalb des Vorstellungsvermögens der professionell  
mit CBD-Produkten befassten Angeklagten gelegen haben soll, dass der Missbrauch ihrer Produkte zur Herstellung  
rauscherzeugender Backwaren nicht ausgeschlossen war.

Die vom Landgericht zugunsten der Angeklagten angenommene Unkenntnis von dem ihrer Verkaufsware innewohnenden 22  
Missbrauchspotential steht zudem in Widerspruch zu der Feststellung, dass die Angeklagten umfangreiche Bemühungen  
angestrengt haben, einem „Missbrauch ihrer Produkte zu Rauschzwecken entgegen zu wirken“.

(2) Zum anderen hat das Landgericht darauf abgestellt, dass die „Außendarstellung und Werbung“ der B. B. UG von dem 23  
Willen geprägt gewesen sei, „ihre Produkte ... nicht zu Rauschzwecken“ zu vertreiben.

Diese Ausführungen belegen, dass das Landgericht seine Würdigung nicht durchgehend am rechtlich zutreffenden 24  
Bezugspunkt für die innere Tatseite ausgerichtet hat. Denn maßgeblich ist nicht, ob die Angeklagten ihre Produkte „zu  
Rauschzwecken ... verkauft haben“ oder „aus ihrer Sicht“ in der von ihnen angebotenen Konsumform („Räucherware“)  
zur Erzeugung eines Rauschzustandes „völlig ungeeignet“ waren. Es kommt vielmehr darauf an, ob sie wussten oder  
fahrlässig verkannten, dass ein Missbrauch ihrer Produkte zu Rauschzwecken nicht ausgeschlossen war und diese  
somit nicht der Ausnahmeregelung unter Buchst. b zur Position Cannabis in der Anlage I zu § 1 Abs. 1 BtMG unterfielen.

Ferner hat es seine Feststellungen zur „Außendarstellung und Werbung“ der B. B. UG nicht ausreichend in die 25  
Beweiswürdigung einbezogen. Im Rahmen dessen wurde potentiellen Kunden mitgeteilt, dass entgegen „einiger ...  
Experten, Polizisten und Richter ... CBD-Blüten ... aufgrund ihres niedrigen THC-Gehalts von unter 0,2 % keinen Rausch“  
auslösen könnten. Zwar ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Landgericht daraus den Schluss  
gezogen hat, die Angeklagten hätten ihre CBD-Produkte „nicht zu Rauschzwecken angeboten und verkauft“. Es ist aber  
ohne weitere Erörterung nicht nachvollziehbar, weshalb den Angeklagten angesichts dieser ihnen bekannten  
Auffassungen von Polizei und Gerichten das Missbrauchspotential verschlossen geblieben sein soll, zumal sie wussten,  
dass ihre Produkte Cannabis enthielten, das grundsätzlich dem Betäubungsmittelstrafrecht unterfällt. Dies gilt im  
Besonderen für die Frage der Sorgfaltspflichtverletzung im Rahmen der Prüfung eines Fahrlässigkeitsvorwurfs. Denn  
derjenige, der am Handel teilnimmt, muss sich darum kümmern, ob seine Stoffe Betäubungsmittel sind, wenn es für ihn  
einen erkennbaren Anlass für die Möglichkeit gibt, mit Betäubungsmitteln in strafatbestandsmäßiger Weise umzugehen  
(vgl. BGH, Urteile vom 20. September 2017 - 1 StR 64/17, BGHSt 63, 11, 21 f.; vom 5. November 2015 - 4 StR 124/14,  
StraFo 2016, 37 f.). Soweit das Landgericht ausgeführt hat, es stelle „eine in keiner Weise überzeugende  
Wortklauberei“ dar, würde man den Angeklagten aufgrund dieser „Außendarstellung“ die innere Tatseite „unterstellen“,  
genügt dies der Pflicht des Tatgerichts zu einer tatsächengestützten und rationalen Beweisführung nicht.

(3) Das Landgericht hat zudem außer Betracht gelassen, dass der Angeklagte K. angegeben hat, er habe versucht, am 26  
13. Januar 2019 aus der Schweiz „die in der Anklageschrift aufgeführten Plastikflaschen mit CBD-Inhalt und die ebenfalls  
aufgeführten Cannabispflanzen einzuführen“, wobei er „jedoch mit den Zollbeamten jegliche Diskussion“ habe  
„vermeiden“ und sich „lange Befragungen und Aufenthalte an der Grenze“ habe „ersparen“ wollen. Dies deutet darauf hin,  
dass die Stoffe verdeckt und heimlich nach Deutschland gebracht werden sollten. Das spräche gegen die von den  
Angeklagten behauptete - und vom Landgericht als glaubhaft bewertete - Ahnungslosigkeit hinsichtlich der  
Betäubungsmittelleigenschaft der von ihnen vertriebenen Produkte und wäre daher zu erörtern gewesen.

2. Zu Recht hat der Generalbundesanwalt darauf hingewiesen, dass die Urteilsgründe entgegen § 267 Abs. 5 Satz 1 27  
StPO keine Feststellungen zu den persönlichen Verhältnissen der Angeklagten enthalten.

a) Solche Feststellungen sind zwar in erster Linie bei verurteilenden Erkenntnissen notwendig, um nachvollziehen zu können, ob das Tatgericht die wesentlichen Anknüpfungstatsachen für die Strafzumessung (§ 46 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2 StGB) ermittelt und berücksichtigt hat. Aber auch bei freisprechenden Urteilen ist das Tatgericht aus sachlich-rechtlichen Gründen zu solchen Feststellungen verpflichtet, wenn diese für die Beurteilung des Tatvorwurfs eine Rolle spielen können und deshalb zur Überprüfung des Freispruchs durch das Revisionsgericht auf Rechtsfehler hin notwendig sind. Das ist der Fall, wenn vom Tatgericht getroffene Feststellungen zum Tatgeschehen ohne solche zu den persönlichen Verhältnissen nicht in jeder Hinsicht nachvollziehbar und deshalb lückenhaft sind (vgl. BGH, Urteil vom 13. März 2014 - 4 StR 15/14). 28

b) Danach hätte das Landgericht die persönlichen Verhältnisse der Angeklagten erörtern müssen. Die Notwendigkeit, diese umfassend in den Blick zu nehmen und nähere Feststellungen zu Lebenslauf, Werdegang und Persönlichkeit der Angeklagten zu treffen und in den Urteilsgründen darzulegen, ergibt sich aus den Feststellungen zum Tatvorwurf. Danach war die Handelstätigkeit der Angeklagten mit einem erheblichen organisatorischen Aufwand verbunden, der auf geschäftliche Erfahrungen und Kenntnisse hinweist. Das wiederum könnte dafür sprechen, dass die Angeklagten die rechtlichen Voraussetzungen und die Marktchancen ihres Geschäftsvorhabens sorgfältig in den Blick genommen haben, was bei der Beurteilung der inneren Tatseite Bedeutung erlangen kann. Angesichts des festgestellten Handels mit Bestandteilen der Cannabispflanze und dessen Nähe zum Drogenhandel waren zudem Feststellungen und Erörterungen dazu geboten, ob die Angeklagten bereits mit Straftaten, insbesondere aus dem Betäubungsmittelstrafrecht, in Erscheinung getreten sind. Denn dies vermag unter Umständen Aufschluss darüber zu geben, ob einem Angeklagten die Begehung von Straftaten, die mit der ihm zur Last gelegten vergleichbar sind, wesensfremd ist oder ob er sich über entsprechende Verbote bereits hinweggesetzt hat (vgl. BGH, Urteil vom 21. März 2017 - 5 StR 511/16 Rn. 10). 29

3. Angesichts der Rechtsfehler in der Beweiswürdigung hebt der Senat das Urteil mit den Feststellungen auf und verweist die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurück. Es kommt auch nicht mehr darauf an, ob - worauf der Generalbundesanwalt hingewiesen hat - ein weiterer Rechtsfehler darin zu sehen ist, dass das Landgericht es hinsichtlich des am 13. Januar 2019 von der Schweiz nach Deutschland eingeführten reinen Cannabidiols entgegen § 264 StPO unterlassen hat, eine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 4 iVm § 43 Abs.1 Satz 2 AMG zu prüfen. 30