



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

2 StR 569/06

vom  
23. Mai 2007  
in der Strafsache  
gegen

wegen Bestimmens eines Minderjährigen, mit Betäubungsmitteln  
Handel zu treiben u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 23. Mai 2007 gemäß §§ 154 Abs. 2, 154 a Abs. 2, 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Gießen vom 14. August 2006 wird
  - a) das Verfahren eingestellt, soweit der Angeklagte im Fall III 7 wegen versuchter räuberischer Erpressung zu der Freiheitsstrafe von acht Monaten verurteilt wurde. Insoweit hat die Staatskasse die Kosten des Verfahrens und die dem Angeklagten entstandenen notwendigen Auslagen zu tragen.
  - b) der Schuldspruch im Fall III 2 dahin geändert, dass der Angeklagte schuldig ist
    - des Bestimmens eines Minderjährigen, mit Betäubungsmitteln Handel zu treiben in Tateinheit mit gewerbsmäßiger Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige und mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln,
    - der gewerbsmäßigen Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige in zwei Fällen jeweils in Tateinheit mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln.
  - c) das Urteil mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben
    - soweit der Angeklagte im Fall III 8 verurteilt wurde sowie
    - im gesamten Strafausspruch.

2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die verbleibenden Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
3. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe:

1. Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in 24 Fällen, Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige in neun Fällen, Versuchs, einen Minderjährigen zu bestimmen, mit Betäubungsmitteln Handel zu treiben sowie wegen versuchter räuberischer Erpressung zu der Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. Mit seiner Revision rügt der Angeklagte die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Das Rechtsmittel hat in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang mit der Sachrüge Erfolg, im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.
2. 1. Auf Antrag des Generalbundesanwalts hat der Senat das Verfahren gemäß § 154 Abs. 2 StPO eingestellt, soweit der Angeklagte im Fall III 7 wegen versuchter räuberischer Erpressung verurteilt wurde. Soweit bei weiterer Aufklärung des Sachverhalts Tateinheit mit dem fünften Verkauf von 50 g Haschisch an den Zeugen B. in Betracht kommt (Fall III 6, Tat 5) wird die Strafverfolgung mit Zustimmung des Generalbundesanwalts gemäß § 154 a Abs. 2 StPO auf den Vorwurf des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln beschränkt.

3                    2. Im Fall III 2 ist der Schuldspruch auf der Grundlage der rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Landgerichts dahin zu ändern, dass der Angeklagte schuldig ist

- des Bestimmens eines Minderjährigen, mit Betäubungsmitteln Handel zu treiben in Tateinheit mit gewerbsmäßiger Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige und mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln,

- der gewerbsmäßigen Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige in zwei Fällen jeweils in Tateinheit mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln.

4                    a) Der Angeklagte hat nicht nur versucht, den 16-jährigen Zeugen S. zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln zu bestimmen. Vielmehr hat er die Tat (§ 30 a Abs. 2 Nr. 1 BtMG) vollendet.

5                    Das Landgericht hat hierzu festgestellt (UA S. 6): Der Angeklagte zeigte dem Zeugen Anfang 2005 ein Bündel Geldscheine und sagte, soviel Geld könne er auch verdienen, wenn er für ihn Haschisch verkaufe. S. ging auf den Vorschlag des Angeklagten ein, ohne dass es einer Überredung bedurft hätte, da er schon zuvor bereit war, Haschisch weiterzugeben. S. legte mit Bekannten Geld zusammen und traf sich erneut mit dem Angeklagten. Bei diesem Treffen erhielt S. von dem Angeklagten 50 g Haschisch für 150 € auf Kommission. Nach dem ersten Quartal 2005 kam es zu einem weiteren Verkauf von 50 g Haschisch für 150 €. Bei dem zweiten Verkauf zahlte S. auch die noch ausstehenden 150 € aus dem ersten Geschäft. Schließlich kam es im ersten Quartal 2005 noch zu einem dritten Verkauf von 50 g Haschisch für 150 € an S.. Für den Angeklagten waren die Verkäufe gewinnbringend.

6                    Unter diesen Umständen war es rechtsfehlerhaft, das Verhalten des Angeklagten lediglich als versuchtes Bestimmen des Zeugen S. zu werten (UA

S. 38). Auch für den Begriff "Bestimmen" in § 30 a Abs. 2 Nr. 1 BtMG gelten die allgemeinen, zu § 26 StGB entwickelten Grundsätze (vgl. dazu im Einzelnen BGHSt 45, 373; BGH NStZ 2001, 41, 42; 1994, 29, 30; StV 2001, 406; Körner, BtMG 5. Aufl. § 30 a Rdn. 25; Franke in Franke/Wienroeder, BtMG 2. Aufl. § 30 a Rdn. 7; zu § 26 vgl. Tröndle/Fischer, StGB 54. Aufl. Rdn. 3). Danach ist es gleich, in welcher Form und durch welches Mittel die Einflussnahme auf den Willen des anderen erfolgt. Die Willensbeeinflussung muss auch nicht die alleinige Ursache für das Verhalten des anderen sein, vielmehr genügt bloße Mitursächlichkeit (BGHSt aaO S. 374). Der Angeklagte hat das Tatinteresse und die Tatbereitschaft des Zeugen S. dadurch gefördert, dass er ihm ein Bündel Geldscheine zeigte und damit die Verdienstmöglichkeiten aufzeigte, falls S. für ihn Haschisch verkaufe. Der Zeuge S. war zwar allgemein bereit, Haschisch zu verkaufen. Seine Tatbereitschaft hatte sich aber noch nicht auf ein bestimmtes Geschäft konkretisiert. Das geschah erst, nachdem der Angeklagte dem Zeugen S. auf die Verdienstmöglichkeiten beim Haschischverkauf für ihn aufmerksam machte. Erst daraufhin begann der Zeuge, mit Bekannten zur Finanzierung eines Haschischgeschäfts Geld zusammenzulegen. Konkrete Gestalt nahm dieses Geschäft an, als der Angeklagte dem Zeugen 50 g Haschisch für 150 € auf Kommission zum Weiterverkauf übergab. Erst durch die Einflussnahme auf den Willen des Zeugen kam es somit dazu, dass S. von dem Angeklagten nacheinander dreimal 50 g Haschisch zum Weiterverkauf übernahm. Das Verhalten des Angeklagten war danach neben der allgemeinen Tatbereitschaft des Zeugen zumindest mitursächlich für dessen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln. Der Tatvorsatz des Angeklagten ist hinreichend festgestellt. Dass der Zeuge die drei Haschischlieferungen weiterverkauft hat, lässt sich dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe noch hinreichend entnehmen.

7

b) Das Landgericht hat zudem übersehen, dass der Angeklagte bei dem ersten Geschäft über 50 g Haschisch zu 150 € tateinheitlich mit dem Bestim-

men des Zeugen S. zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln auch gewerbsmäßig Betäubungsmittel an einen Minderjährigen abgegeben und mit diesem Betäubungsmittel (gewerbsmäßig) Handel getrieben hat. Das Landgericht hat bei allen Verkäufen des Angeklagten an Erwachsene gewerbsmäßiges Handeln angenommen. Es bestehen unter den festgestellten Umständen daher keine Zweifel, dass der Angeklagte auch bei der Abgabe von Haschisch an den minderjährigen Zeugen S. gewerbsmäßig gehandelt hat und dadurch den Tatbestand des § 30 Abs. 1 Nr. 2 BtMG erfüllt hat. Tateinheitlich hierzu hat der Angeklagte mit dem Betäubungsmittel auch (gewerbsmäßig) Handel getrieben. Insoweit ist daher der Schuldspruch zu ändern.

8 Im Übrigen weist der Generalbundesanwalt in dem ergänzenden Antrag vom 17. April 2007 zutreffend darauf hin, dass zwischen dem Bestimmen des Minderjährigen zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln und der ersten gewerbsmäßigen Abgabe von Haschisch an den Minderjährigen einerseits und der zweiten gewerbsmäßigen Abgabe von Haschisch an den Minderjährigen andererseits entgegen seiner ersten Zuschrift keine tateinheitliche Verknüpfung besteht, weil das Vergehen des gewerbsmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln, das hier allein für ein teilweises Zusammentreffen der tatbestandsrelevanten Handlungen in Betracht kommt, nicht die durch beide Verkäufe jeweils verwirklichten schwerer wiegenden Verbrechen der gewerbsmäßigen Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige zur Tateinheit verklammern kann. Eine Sonderkonstellation, wie sie der Senat in BGHSt 33, 4 zu beurteilen hatte (Verknüpfung zweier minder schwerer Fälle des Verbrechens der Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge durch einen Fall des gewerbsmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln) liegt hier nicht vor, sodass dahingestellt bleiben kann, ob an der damaligen Beurteilung der Konkurrenzfrage noch festgehalten werden könnte. Diese die Annahme von Tateinheit ausschließende Begrenzung der Klammerwirkung des gewerbsmäßigen Handel-

treibens bleibt auch bestehen, wenn - wie im vorliegenden Fall - die Verurteilung des Angeklagten durch das Landgericht rechtsfehlerhaft zunächst nur wegen eines mildereren Straftatbestands (§ 29 a Abs. 1 Nr. 1) erfolgt ist.

9 c) § 265 StPO steht der Schuldspruchänderung nicht entgegen, weil sich der Angeklagte auch nach einem Hinweis nicht erfolgreicher hätte verteidigen können.

10 3. Die Feststellungen, die das Landgericht im Fall III 8 zu den beiden Verkäufen an den Zeugen Sch. getroffen hat, lassen eine abschließende Beurteilung der Konkurrenzfrage, ob es sich materiell-rechtlich um eine oder zwei Taten handelt, nicht zu.

11 Das Landgericht hat hierzu festgestellt: Der Angeklagte verkaufte dem 16-jährigen Sch. im Mai 2005 20 g Haschisch. Da Sch. nicht bezahlen konnte, bat er den Angeklagten, ihm mehr Haschisch zu besorgen, damit er dies verkaufen und die geschuldeten 165 € bezahlen könne.

12 Etwa zwei Wochen später erhielt Sch. daher von dem Angeklagten eine 100 g-Platte Haschisch. Sch. konsumierte aber sowohl die 20 g als auch einen Großteil der 100 g-Platte, zum Teil mit Freunden, und verkaufte nur für 10 € Haschisch an einen Mitschüler. Erst bei der zweiten Lieferung wusste der Angeklagte, dass Sch. noch nicht 18 Jahre alt war.

13 Da in diesem Fall eine Strafbarkeit des Angeklagten nach § 29 a Abs. 1 Nr. 1, § 30 Abs. 1 Nr. 2 BtMG für den ersten Verkauf wegen Fehlens der Kenntnis vom Alter des Zeugen Sch. ausscheidet, kommt - anders als im Fall III 2 - hier ein tateinheitliches Zusammentreffen der beiden Haschischverkäufe in Betracht. Der Angeklagte hat sich in beiden Fällen wegen (gewerbsmäßigen) Handeltreibens mit Betäubungsmitteln strafbar gemacht. Der Zeuge Sch. gab

vor, er wolle mit dem Verkaufserlös für die 100 g-Platte auch die Schulden aus dem ersten Kauf von 20 g Haschisch bezahlen. Wäre dies so geschehen, könnten beide Geschäfte bei der einheitlichen Zahlung des Kaufpreises für beide Verkäufe teilweise zusammentreffen, weil auch die Bezahlung einer Betäubungsmittellieferung tatbestandsmäßiger Teil des Handeltreibens ist (vgl. BGHSt 43, 158, 162 m.w.N.; BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 3 Konkurrenzen 5; § 29 Strafzumessung 29; a.A. BGH NStZ 1999, 411). Dass der Angeklagte mit dem zweiten Verkauf nach Kenntnis des Alters des Käufers auch ein Verbrechen der gewerbsmäßigen Abgabe an Minderjährige begangen hat, schließt hier die tateinheitliche Verknüpfung nicht aus, da es nicht um die Verklammerung zweier Verbrechen durch ein Vergehen geht, sondern um die mögliche Anbindung zweier zum Teil tateinheitlich zusammentreffender Vergehen an ein Verbrechen.

14 Aus den bisher getroffenen Feststellungen ergibt sich aber nicht, ob und in welcher Höhe der Zeuge Sch. Zahlungen an den Angeklagten geleistet hat, sodass auch eine tatbestandliche Verknüpfung nicht belegt ist. Hierfür genügt es nicht, dass der Zeuge Sch. vorgab und möglicherweise beabsichtigte, mit dem Verkaufsgewinn aus der 100 g-Platte zugleich auch die ersten 20 g Haschisch zu bezahlen. Die mögliche tateinheitliche Verknüpfung entsteht nicht durch die bloße Absicht, sondern nur dann, wenn tatbestandsrelevante Handlungen tatsächlich teilweise zusammentreffen (vgl. Rissing-van Saan in LK 11. Aufl. § 52 Rdn. 19 f.). Ob das hier der Fall war, bedarf weiterer tatrichterlicher Aufklärung. Es ist nicht auszuschließen, dass weitere Feststellungen hierzu möglich sind.

15 4. Der Strafausspruch hält insgesamt der sachlich-rechtlichen Prüfung nicht stand.

16 In den Fällen des Verkaufs geringer Mengen Haschisch ergibt sich ein von der Revision und dem Generalbundesanwalt zu Recht gerügter Wertungswiderspruch zwischen den Fällen des Verkaufs an erwachsene Abnehmer und den Fällen des Verkaufs an Minderjährige. Die Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige soll nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich strenger geahndet werden und ist im Vergleich zu den von § 29 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1 BtMG erfassten Fällen mit einer höheren Strafdrohung bewehrt (vgl. § 29 a Abs. 1 Nr. 1, § 30 Abs. 1 Nr. 2 BtMG). Im vorliegenden Fall wendet das Landgericht aber beim Verkauf von Haschisch-Kleinmengen bis 5 g an minderjährige Abnehmer einen milderen Strafrahmen an (§ 29 a Abs. 2 BtMG) und spricht mit sechs Monaten Freiheitsstrafe auch mildere Einzelstrafen aus als in den Fällen des Verkaufs an Erwachsene (Fälle III 4 und 5, § 29 Abs. 3 Nr. 1 BtMG), die mit jeweils einem Jahr Freiheitsstrafe geahndet werden. Für eine derartige, der Systematik des Gesetzes entgegengesetzte Behandlung dieser Fälle, die sich im Übrigen in den wesentlichen Tatmodalitäten nicht unterscheiden, ergeben sich aus dem Urteil keine tragfähigen Gründe.

17 Zudem hat das Landgericht in den Fällen des Verkaufs an Erwachsene keine Überlegungen zu einer Milderung des Strafrahmens angestellt, zu denen es sich in den Fällen des Verkaufs an Minderjährige veranlasst sieht, sodass es bei den fünf Verkäufen an Minderjährige im Fall III 1 sogar minder schwere Fälle angenommen hat. Insoweit ist deshalb ein Fehler in der Strafzumessung zum Nachteil des Angeklagten nicht auszuschließen.

- 18 Um dem neuen Tatrichter in den Grenzen des Verschlechterungsverbots eine insgesamt abgewogene und den Vorgaben des Gesetzes entsprechende Strafzumessung zu ermöglichen, hat der Senat den Strafausspruch insgesamt aufgehoben.

Bode

Otten

Rothfuß

Fischer

Roggenbuck