



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

1 StR 693/13

vom
5. Februar 2014
in der Strafsache
gegen

wegen gewerbsmäßiger unerlaubter Abgabe von Betäubungsmitteln an
Minderjährige u.a.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 5. Februar 2014 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts München I vom 15. Juli 2013

a) im Schuldspruch geändert und neu gefasst:

Der Angeklagte ist schuldig der unerlaubten gewerbsmäßigen Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige in 36 Fällen, des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in 17 Fällen sowie der unerlaubten Verbrauchsüberlassung an Minderjährige in dreitateinheitlichen Fällen;

b) mit den Feststellungen aufgehoben

(1) im Strafausspruch hinsichtlich der Einzelstrafen, soweit der Angeklagte wegen versuchter unerlaubter gewerbsmäßiger Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige in 18 Fällen verurteilt wurde,

(2) im Gesamtraufspruch sowie

(3) im Ausspruch über den Verfall.

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

3. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubter gewerbsmäßiger Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige in 36 Fällen sowie wegen versuchter unerlaubter gewerbsmäßiger Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige in 18 Fällen, hiervon in einem Fall in Tateinheit mit vorsätzlichem unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, und in einem weiteren Fall hiervon in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln sowie wegen vorsätzlicher unerlaubter Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige in drei tateinheitlichen Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. Ferner hat es Wertersatzverfall in Höhe von 650 Euro sowie die Einziehung mehrerer Mobiltelefone angeordnet.
- 2 Die gegen diese Verurteilung gerichtete Revision des Angeklagten, begründet mit der Verletzung formellen und materiellen Rechts, hat auf die Sachrüge hinsichtlich des Schuldspruchs, soweit dieser die Verurteilung wegen unerlaubter gewerbsmäßiger Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige in 18 Fällen betrifft, und der dafür festgesetzten Einzelstrafen sowie der Gesamtfreiheitsstrafe und des angeordneten Verfalls Erfolg. Im Übrigen ist sein Rechtsmittel unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).
 - I.
- 3 Der Generalbundesanwalt hat hinsichtlich der Verurteilung wegen unerlaubter gewerbsmäßiger Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige in

18 Fällen in seiner Antragsschrift vom 14. Januar 2014 u.a. zutreffend ausgeführt:

„Rechtlichen Bedenken begegnet die Verurteilung des Angeklagten wegen versuchter unerlaubter gewerbsmäßiger Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige gemäß §§ 29a Abs. 1 Satz 1, 30 Abs. 1 Nr. 2 BtMG.

Objektive Voraussetzung des Versuchs ist, dass der Täter nach Maßgabe seines Tatplans zur Tat unmittelbar ansetzt (Fischer, StGB, 61. Auflage, § 22 Rn. 9). Die Verurteilung des Angeklagten in den betroffenen Fällen beruht darauf, dass der Angeklagte in 18 Fällen Betäubungsmittel gekauft, übernommen, in seine Wohnung verbracht und dort zum gewinnbringenden Weiterverkauf aufbewahrt hat (UA S. 12-14). Damit hat der Angeklagte jedoch noch nicht unmittelbar zur Tat der Abgabe angesetzt. ...

Im Übrigen setzt das Tatbestandsmerkmal des Abgebens im Sinne der §§ 29a Abs. 1 Nr. 1, 30 Abs. 1 Nr. 2 BtMG eine Übertragung der eigenen tatsächlichen Verfügungsmacht an den Betäubungsmitteln auf einen Minderjährigen zu dessen eigener freier Verfügung voraus (vgl. BGHR BtMG § 29a Abs. 1 Nr. 1 Abgabe 1). Die Strafbarkeit knüpft - im Unterschied zum weiter gefassten Begriff des Handeltreibens - damit an die tatsächliche Verschaffung der Verfügungsmacht an. Vor diesem Hintergrund kann in dem bloßen Aufbewahren von Betäubungsmitteln, auch wenn es dem gewinnbringenden Weiterverkauf dient, ein unmittelbares Ansetzen zum Tatbestand der unerlaubten gewerbsmäßigen Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige nicht gesehen werden.

Die Feststellungen tragen in den betroffenen Fällen jedoch eine Verurteilung wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln gemäß § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG in 17 Fällen (Fall 3: restliche 15 Fälle soweit geringe Mengen an Betäubungsmitteln, Fälle 4 und 6), ... sowie wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gemäß § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG (Fall 3: 2 kg Marihuana).

Die in den betroffenen Fällen verhängten Einzelstrafen können nicht bestehen bleiben. Zwar ist nach den Feststellungen in den Fällen des § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG von der Verwirklichung des Regelbeispiels der Gewerbsmäßigkeit gemäß § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG auszugehen. Dennoch wird der Strafzumessung ein Strafraum zugrunde zu legen sein, der von einem Jahr bis zu 15 Jahren reicht.

Demgegenüber ist das Landgericht von dem nicht gemäß § 23 Abs. 2 StGB gemilderten Strafraum des §§ 29a Abs. 1 Nr. 1, 30 Abs. 1 Nr. 2 BtMG ausgegangen, der von zwei bis zu 15 Jahren reicht. ...

Der Schuldspruch im Fall fünf ist ebenfalls nicht rechtsfehlerfrei. Nach den Feststellungen hat der Angeklagte in seiner Wohnung einen Joint mit Tabak-

Marihuana-Gemisch an drei Minderjährige zum sofortigen gemeinsamen Konsum an Ort und Stelle überlassen (UA S. 14).

Der Schuldspruch lässt erkennen, dass das Landgericht insoweit nicht von einer gewerbsmäßigen Überlassung ausgegangen ist (UA S. 3).

Nach den Feststellungen liegt somit keine Abgabe, sondern lediglich eine Verbrauchsüberlassung an Minderjährige im Sinne von § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG vor, was auch in der Entscheidungsformel zum Ausdruck zu bringen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 04.01.2000 - 3 StR 561/99).“

4 Dem schließt sich der Senat weitgehend an. Allerdings kann dem Generalbundesanwalt insoweit nicht gefolgt werden, als dieser der Auffassung ist, es sei nur von einer einzigen Tat auszugehen, wenn ein Täter - wie hier - in einer Konsumrunde ein Betäubungsmittel an mehrere Abnehmer überlässt (so auch Patzak in Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 7. Aufl., § 29 Teil 15 Rn. 158). Tatsächlich überlässt er die zum Konsum übergebenen Betäubungsmittel jedem einzelnen der Minderjährigen, welche insoweit besonders schützenswert sind. Bereits die Überlassung zum Konsum an Minderjährige ist ebenso wie die Abgabe von Betäubungsmitteln an diese Personengruppe besonders verwerflich und deshalb vom Gesetzgeber als Verbrechen in § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG aufgenommen worden (vgl. BT-Drucks. 12/989 S. 30 u. 54 f.). Der durch die Überlassung ermöglichte Konsum betrifft drei Minderjährige, von denen jeder höchstpersönlich durch diese Vorschrift geschützt wird, sodass von drei Fällen auszugehen ist, welche allerdings tateinheitlich begangen sind.

5 Außerdem hatte die tateinheitliche Verurteilung wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln im Fall 4 zu entfallen, da neben der Verurteilung wegen unerlaubten Handeltreibens der Besitz dieser zum Handeltreiben beschafften Betäubungsmittel als unselbständiges Teilstück im Handeltreiben aufgeht (BGHSt 25, 290, 291).

6 § 265 StPO steht der Schuldspruchänderung nicht entgegen, da sich der Angeklagte nicht erfolgreicher hätte verteidigen können.

II.

7 Hinsichtlich der Verfallsanordnung hat der Generalbundesanwalt ausgeführt:

„Die Anordnung des Wertersatzverfalls erweist sich ebenfalls als rechtsfehlerhaft. Die Urteilsgründe lassen nicht erkennen, ob das Landgericht das Vorliegen eines Härtefalls gemäß § 73c StGB geprüft hat (vgl. UA S. 27). Vor dem Hintergrund, dass der Angeklagte seit dem Jahr 2006 arbeitsunfähig ist und Arbeitslosengeld II bezieht (UA S. 7), wäre dies angezeigt gewesen.“

8 Dem kann sich der Senat letztlich nicht verschließen.

Wahl

Rothfuß

Graf

Jäger

Mosbacher