



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

4 StR 45/19

vom
28. März 2019
in der Strafsache
gegen

wegen gewerbsmäßiger Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige u.a.

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 28. März 2019 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO einstimmig beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Halle vom 26. Oktober 2018 jeweils mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben
 - a) in den Fällen II. 19 bis 33 der Urteilsgründe,
 - b) im Strafausspruch in den Fällen II. 15 und 16 der Urteilsgründe,
 - c) im Ausspruch über die Gesamtstrafe,
 - d) im Ausspruch über die Einziehung des Wertes von Taterträgen, soweit diese einen Betrag von 220 EUR übersteigt.
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 weiter gehende Revision wird verworfen.

Gründe:

1. Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in zwölf Fällen, wegen gewerbsmäßiger Abgabe

von Betäubungsmitteln an Minderjährige in 19 Fällen, wegen Überlassens von Betäubungsmitteln zum unmittelbaren Verbrauch an Minderjährige in zwei Fällen und wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln unter Einbeziehung der Strafe aus dem Urteil des Amtsgerichts Eisleben vom 4. Mai 2018 zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt und eine Einziehungsentscheidung getroffen.

2 Die hiergegen gerichtete und auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten hat den aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).

3 1. Die Verurteilung wegen gewerbsmäßiger Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige in den Fällen II. 19 bis 33 der Urteilsgründe hält revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand.

4 a) Nach den Feststellungen „erwarb“ die Zeugin R. vom Angeklagten für den 16 bzw. 17 Jahre alten S. an 15 im Einzelnen nicht mehr konkretisierbaren Tagen im Zeitraum von November 2016 bis Mai 2017 jeweils 1 Gramm Marihuana zum Preis von 10 EUR. Dabei übergab sie das von S. unmittelbar zuvor erhaltene Geld an den Angeklagten und erhielt dafür im Gegenzug das Rauschgift, das sie sodann dem Minderjährigen aushändigte. In zwei Fällen bestand zwischen dem Angeklagten und dem Minderjährigen, dessen Alter der Angeklagte kannte, ein „persönlicher Verkaufskontakt“.

5 b) Diese Feststellungen belegen nicht, dass der Angeklagte vorsätzlich Betäubungsmittel an einen Minderjährigen abgegeben hat. Ihnen kann nicht entnommen werden, dass der Angeklagte wusste oder jedenfalls damit rechnete, dass die der Zeugin R. übergebenen Betäubungsmittel für den min-

derjährigen S. bestimmt waren und sie nur als „Botin“ tätig war (vgl. BGH, Beschluss vom 14. April 2015 – 5 StR 109/15, NStZ-RR 2015, 218). Ein persönlicher Kontakt ist nur für zwei Fälle belegt, ohne dass sich den Feststellungen und Beweiserwägungen Näheres zum Zeitpunkt, zur Art und zum Ausmaß des Kontakts entnehmen ließe.

6 2. Darüber hinaus halten die Strafaussprüche in den Fällen II. 15 und 16 der Urteilsgründe rechtlicher Überprüfung nicht stand.

7 Das Landgericht hat die beiden Taten im Urteilstenor sowie in der rechtlichen Würdigung zutreffend als „Überlassen von Betäubungsmitteln zum unmittelbaren Verbrauch an Minderjährige“ gewertet und ist, weil es gewerbsmäßiges Handeln nicht festzustellen vermochte, nicht davon ausgegangen, dass der Angeklagte den Qualifikationstatbestand des § 30 Abs. 1 Nr. 2 BtMG erfüllt hat. Gleichwohl hat das Landgericht – ersichtlich aufgrund eines Versehens – der Strafzumessung in diesen beiden Fällen den Qualifikationstatbestand des § 30 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BtMG zugrunde gelegt, der das Überlassen von Betäubungsmitteln zum unmittelbaren Verbrauch an Minderjährige umfasst, wenn es gewerbsmäßig erfolgt. Ungeachtet des Umstands, dass die Strafkammer unter Berücksichtigung der Sperrwirkung des § 29a Abs. 1 BtMG von einem minder schweren Fall ausgegangen ist, vermag der Senat nicht auszuschließen, dass die Strafaussprüche auf diesem Rechtsfehler beruhen.

8 3. Die Einziehungsentscheidung hat keinen Bestand, soweit sie sich auf die von der Aufhebung umfassten Verurteilungen in den Fällen II. 19 bis 33 der Urteilsgründe bezieht. Die Einziehung ist daher aufzuheben, soweit sie einen Betrag in Höhe von 220 EUR übersteigt.

9 Im Übrigen sieht der Senat im Hinblick auf die vom Landgericht bewilligte, jedoch nicht näher begründete Ratenzahlung Anlass zu folgendem Hinweis:

10 Das Landgericht hat die „Einziehung von Wertersatz“ in Höhe von 370 EUR angeordnet und dem Angeklagten Ratenzahlung bewilligt. Hierfür fehlt es seit der Neuregelung des Rechts der Vermögensabschöpfung durch das zum 1. Juli 2017 in Kraft getretene Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017 (BGBl. I 2017, S. 872) an einer Rechtsgrundlage.

11 § 73c Abs. 2 StGB aF, der ausdrücklich auf § 42 StGB verwies und damit die Möglichkeit der Bewilligung von Zahlungserleichterungen im Erkenntnisverfahren eröffnete, ist ersatzlos weggefallen. Etwaige Härten sind nunmehr gemäß § 459g Abs. 5 StPO ausschließlich im Vollstreckungsverfahren zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urteil vom 8. Mai 2019 – 5 StR 95/19; Köhler, NStZ 2017, 497, 500). Für eine entsprechende Anwendung des § 42 StGB ist in Ermangelung einer planwidrigen Regelungslücke kein Raum.

12 Der Angeklagte ist durch den hierin liegenden Rechtsfehler jedoch nicht beschwert. Sollte im Vollstreckungsverfahren die Entreicherung des Angeklagten oder sonst festgestellt werden, dass die Vollstreckung der Einziehung des Wertes von Taterträgen unverhältnismäßig ist, so hat die Vollstreckung der Einziehungsanordnung zwingend zu unterbleiben (vgl. BGH, Urteile vom 8. Mai 2019 – 5 StR 95/19 und vom 27. September 2018 – 4 StR 78/18, NStZ-RR 2019, 22, 23; Beschluss vom 22. März 2018 – 3 StR 577/17, wistra 2018, 427).

13 Die Sache bedarf im Umfang der Aufhebung neuer Verhandlung und Entscheidung.

Quentin

Roggenbuck

Bender

Feilcke

Bartel