

HRRS-Nummer: HRRS 2017 Nr. 464

Bearbeiter: Karsten Gaede/Marc-Philipp Bittner

Zitiervorschlag: HRRS 2017 Nr. 464, Rn. X

**BGH 2 StR 567/16 - Beschluss vom 7. März 2017 (LG Frankfurt am Main)**

**Besondere gesetzliche Milderungsgründe (Strafbarkeit des Gehilfen); Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge.**

§ 27 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

Leitsatz des Bearbeiters

Sieht das Gesetz einen minder schweren Fall vor und ist auch ein gesetzlich vertyppter Milderungsgrund gegeben, muss bei der Strafraumenwahl im Rahmen einer Gesamtwürdigung zunächst geprüft werden, ob die allgemeinen Milderungsgründe die Annahme eines minder schweren Falles tragen. Ist nach einer Abwägung aller allgemeinen Strafzumessungsumstände das Vorliegen eines minder schweren Falles abzulehnen, sind in einem nächsten Schritt die den gesetzlich vertyppten Strafmilderungsgrund verwirklichenden Umstände einzubeziehen. Erst wenn der Tatrichter danach weiterhin keinen minder schweren Fall für gerechtfertigt hält, darf er seiner konkreten Strafzumessung den (allein) wegen des gegebenen gesetzlich vertyppten Milderungsgrundes gemilderten Regelstrafrahmen zugrunde legen.

Entscheidungstenor

1. Auf die Revision der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 1. September 2016 im Strafausspruch aufgehoben.

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.

2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe

Das Landgericht hat die Angeklagte wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit versuchter Durchfuhr von Betäubungsmitteln zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt und das sichergestellte Rauschgift eingezogen. 1

Die auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision der Angeklagten erzielt den aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist sie unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO. 2

1. Die Verfahrensrüge ist nicht ausgeführt und daher unzulässig (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO). 3

2. Die Überprüfung des angefochtenen Urteils auf die nicht ausgeführte Sachrüge hat zum Schuldspruch keinen Rechtsfehler ergeben. Der Strafausspruch hat hingegen keinen Bestand. 4

Bei der Prüfung, ob ein minder schwerer Fall des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG vorliegt, hat die Strafkammer rechtsfehlerhaft das Vorliegen des vertyppten Strafmilderungsgrundes der Beihilfe nicht eingestellt. 5

Sieht das Gesetz einen minder schweren Fall vor und ist - wie hier gemäß § 27 Abs. 2 Satz 2, § 49 Abs. 1 StGB - auch ein gesetzlich vertyppter Milderungsgrund gegeben, muss bei der Strafraumenwahl im Rahmen einer Gesamtwürdigung zunächst geprüft werden, ob die allgemeinen Milderungsgründe die Annahme eines minder schweren Falles tragen. Ist nach einer Abwägung aller allgemeinen Strafzumessungsumstände das Vorliegen eines minder schweren Falles abzulehnen, sind in einem nächsten Schritt die den gesetzlich vertyppten Strafmilderungsgrund verwirklichenden Umstände einzubeziehen. Erst wenn der Tatrichter danach weiterhin keinen minder schweren Fall für gerechtfertigt hält, darf er seiner konkreten Strafzumessung den (allein) wegen des gegebenen gesetzlich vertyppten Milderungsgrundes gemilderten Regelstrafrahmen zugrunde legen (st. Rspr.; vgl. zuletzt BGH, Beschluss vom 20. Dezember 2016 - 1 StR 590/16 mwN; Senat, Beschluss vom 19. November 2013 - 2 StR 494/13, StV 2015, 549). 6

Hier hat die Strafkammer den nach § 27 Abs. 2, § 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafraum des § 29a Abs. 1 BtMG (drei Monate bis elf Jahre und drei Monate) zugrunde gelegt; hingegen wäre der gemilderte Strafraum des § 29a Abs. 2 BtMG (drei Monate bis fünf Jahre) für die Angeklagte günstiger gewesen. Angesichts der Höhe der Strafe, die sich nahe der Obergrenze des für einen minder schweren Fall nach § 29a Abs. 2 BtMG vorgesehenen Strafraums bewegt, kann der Senat nicht ausschließen, dass der Strafausspruch auf der rechtsfehlerhaften Prüfung des minder schweren Falles beruht. Da es sich um einen bloßen Wertungsfehler handelt, können die Feststellungen aufrecht erhalten bleiben (vgl. § 353 Abs. 2 StPO). 7

Im Übrigen bemerkt der Senat: 8

Dass die Strafkammer im Rahmen der Prüfung des minder schweren Falles nach § 29a Abs. 2 BtMG insbesondere den „üblichen Tatzuschnitt“ zu Lasten der Angeklagten eingestellt hat, ist ohne weitere Erläuterung so nicht nachvollziehbar. 9