

HRRS-Nummer: HRRS 2024 Nr. 264

Bearbeiter: Julia Heß/Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2024 Nr. 264, Rn. X

BGH 2 StR 374/23 - Urteil vom 8. November 2023 (LG Darmstadt)

Strafzumessung (Betäubungsmitteldelikte: bestimmender Strafzumessungsgrund, Abgabe von Betäubungsmitteln an Jugendliche an einer besonders dem Jugendschutz dienenden Örtlichkeit, Vorerfahrungen mit Betäubungsmittelgeschäften); Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung einer einzubeziehenden Vorverurteilung: zu hohes Gesamtstrafenübel).

§ 46 StGB; § 54 StGB; § 30 BtMG; § 29a BtMG; § 30a BtMG

Entscheidungenstenor

1. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Darmstadt vom 16. Mai 2023 im Ausspruch
 - a) über die Einzelstrafen in den Fällen II.1 - II.11 und II.19 - II.21 der Urteilsgründe und
 - b) über die beiden Gesamtfreiheitsstrafen mit den Entscheidungen über die Aufrechterhaltung der Geldstrafen aus den Strafbefehlen des Amtsgerichts Montabaur vom 8. Mai 2019 und des Amtsgerichts Wetzlar vom 29. Dezember 2020, insoweit auch zugunsten des Angeklagten, aufgehoben.
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

Das Landgericht hat den Angeklagten im ersten Rechtsgang durch Urteil vom 3. November 2021 wegen unerlaubter Abgabe von Betäubungsmitteln an eine Person unter 18 Jahren in zwanzig Fällen sowie wegen versuchten Bestimmens einer Person unter 18 Jahren zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln, ferner wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt und die Vollstreckung der Strafe zur Bewährung ausgesetzt. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hat der Senat das Urteil des Landgerichts durch Urteil vom 23. November 2022 - 2 StR 305/22 - in den Fällen II.1 - II.20 der Urteilsgründe, ferner im Strafausspruch zu den Fällen II.21 und II.22 der Urteilsgründe sowie im Ausspruch über die Gesamtfreiheitsstrafe aufgehoben und die Sache insoweit an das Landgericht zurückverwiesen. Die getroffenen Feststellungen hat er aufrechterhalten. Mit dem nunmehr angefochtenen Urteil hat das Landgericht den Angeklagten wegen gewerbsmäßiger Abgabe von Betäubungsmitteln an eine Person unter 18 Jahren in elf Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und neun Monaten sowie wegen gewerbsmäßiger Abgabe von Betäubungsmitteln an eine Person unter 18 Jahren in neun Fällen, ferner wegen versuchten Bestimmens einer Person unter 18 Jahren zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln und wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer weiteren Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt. Die Vollstreckung der beiden Gesamtfreiheitsstrafen hat es zur Bewährung ausgesetzt. Geldstrafen aus Strafbefehlen des Amtsgerichts Montabaur vom 8. Mai 2019 und des Amtsgerichts Wetzlar vom 29. Dezember 2020 hat es gesondert bestehen lassen. Gegen dieses Urteil richtet sich die zuungunsten des Angeklagten eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft, die sich mit der Sachrüge gegen den Strafausspruch wendet. Das Rechtsmittel hat in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen ist es unbegründet.

I.

1. Nach den bindend gewordenen Feststellungen des Landgerichts veräußerte der Angeklagte in der Zeit von Februar 2019 bis Sommer 2019 in zwanzig Fällen Betäubungsmittel an Minderjährige, davon im Februar und März 2019 in elf Fällen auf dem Spielplatz jeweils zwei Gramm Marihuana an den 17-jährigen K. (Fälle II.1 - II.11 der Urteilsgründe), im Mai und Juni 2019 am Garteneingang zu seiner Wohnung in fünf Fällen jeweils ein Gramm Marihuana an den 14-jährigen A. (Fälle II.12 - II.16 der Urteilsgründe), in einem Fall ein halbes Gramm und in einem weiteren Fall ein Gramm Marihuana an den 15-jährigen Ka. (Fälle II.17 und II.18 der Urteilsgründe). Im Sommer 2019 veräußerte er in zwei Fällen jeweils ein bis drei Gramm Marihuana oder Haschisch an den 13-jährigen D. (Fälle II.19 und II.20 der Urteilsgründe). Im gleichen Zeitraum versuchte er, allerdings ohne Erfolg, D. dazu zu bestimmen, für ihn Marihuana an Dritte zu verkaufen (Fall II.21 der Urteilsgründe). Bei einer Durchsuchung am 23. September 2019 wurden in seinen Wohnräumen 40,45 Gramm Haschisch mit einem THC-Gehalt von 14,24 Gramm (35,2 %), ferner 5,92 Gramm Marihuana sowie 0,8 Gramm

Hanfsamen sichergestellt, die zur Abgabe an Kinder und Jugendliche vorgesehen waren (Fall II.22 der Urteilsgründe).

2. Das Landgericht hat in allen Fällen angenommen, dass es sich um minder schwere Fälle im Sinne des jeweils einschlägigen Straftatbestands (§ 30 Abs. 2 BtMG in den Fällen II.1 - II.20, § 30a Abs. 3 BtMG im Fall II.21 und § 29a Abs. 2 BtMG im Fall II.22 der Urteilsgründe) gehandelt habe, im Fall II.21 der Urteilsgründe allerdings nur unter Verbrauch des vertypen Milderungsgrundes gemäß § 23 Abs. 2 StGB. Dem Strafbefehl des Amtsgerichts Montabaur vom 8. Mai 2019 hat das Landgericht eine Zäsurwirkung beigemessen, weshalb es zwei Gesamtstrafen gebildet hat. Zu den Fällen II.1 - II.11 hat es eine Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und neun Monaten gegen den Angeklagten verhängt. Die Geldstrafe aus dem Strafbefehl des Amtsgerichts Montabaur hat es gesondert bestehen lassen, weil der dort abgeurteilte Gebrauch eines Fahrzeugs ohne Haftpflichtversicherung ein anderes Rechtsgut betroffen habe. Aus den Einzelstrafen für die Fälle II.12 - II.22 hat das Landgericht eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren gebildet. Die Geldstrafe wegen fahrlässiger Straßenverkehrsgefährdung aus dem Strafbefehl des Amtsgerichts Wetzlar vom 29. Dezember 2020 hat es wegen der Verschiedenheit der Delikte nicht in diese Gesamtfreiheitsstrafe einbezogen. Die Vollstreckung der beiden Gesamtfreiheitsstrafen hat es zur Bewährung ausgesetzt.

II.

Das Rechtsmittel ist unbeschadet des umfassenden Aufhebungsantrags nach der für die Auslegung maßgeblichen Antragsbegründung wirksam auf den Strafausspruch, einschließlich der Bewährungsentscheidungen, beschränkt. Es betrifft allerdings auch die Entscheidungen über die Nichteinbeziehung der Geldstrafen aus den Strafbefehlen der Amtsgerichte Montabaur und Wetzlar, weil diese für die Bewertung der Gesamtstrafen von Bedeutung sind.

III.

Die Revision ist begründet, soweit sie sich gegen die Aussprüche über die Einzelstrafen in den Fällen II.1 - II.11 und II.19 - II.22 der Urteilsgründe und die beiden Gesamtfreiheitsstrafen sowie die Entscheidungen über die gesonderte Aufrechterhaltung der Strafen aus den beiden Strafbefehlen wendet.

1. In den Fällen II.1 - II.11 der Urteilsgründe hat das Landgericht einen bestimmenden Strafzumessungsgrund übergangen.

a) Nach Art. 3 Abs. 5 Buchst. g des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen vom 20. Dezember 1988 (BGBl. 1993 II, S. 1136, 1137) haben die Vertragsstaaten dafür zu sorgen, dass ihre Gerichte bei der Beurteilung vorsätzlich begangener Betäubungsmitteldelikte gegebenenfalls den Umstand als besonders schwerwiegend berücksichtigen, dass die Straftat unter anderem an Orten begangen wird, wo sich Schüler zum Zweck der Bildung, des Sports oder zu gesellschaftlichen Tätigkeiten aufhalten. Bei Spielplätzen handelt es sich um solche Orte. Mit der Ratifizierung des Übereinkommens hat die Bundesrepublik anerkannt, dass die dort genannten Strafschärfungserwägungen zu Bestandteilen des deutschen Strafzumessungsrechts werden (vgl. MüKo-StGB/Oğlakcıoğlu, 4. Aufl., BtMG § 29 Rn. 1615). Daraus folgt, dass ein bestimmender Strafzumessungsgrund unter anderem darin besteht, dass eine Abgabe von Betäubungsmitteln an Jugendliche an einer Örtlichkeit erfolgt, die besonders dem Jugendschutz dient. Das gilt auch für Spielplätze (vgl. BeckOK BtMG/Schmidt, 20. Ed., § 29 Rn. 896; Patzak/ Volkmer/Fabricius/Patzak, BtMG § 29 Rn. 1580).

b) In den Fällen II.1 - II.11 der Urteilsgründe hat der Angeklagte Drogen auf einem Spielplatz an den minderjährigen K. abgegeben. Das hat das Landgericht nicht erkennbar als bestimmenden Strafzumessungsgrund gewürdigt. Das ist rechtsfehlerhaft.

2. In den Fällen II.19 und II.20 ist das Landgericht vom Vorliegen eines minder schweren Falls der gewerbsmäßigen Abgabe von Betäubungsmitteln an eine Person unter 18 Jahren ausgegangen (§ 30 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BtMG). Es hat aber nicht zugleich angenommen, dass auch ein minder schwerer Fall des Grundtatbestands gemäß § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG vorliege. Insoweit entfaltet der Grundtatbestand eine Sperrwirkung, wonach die Strafuntergrenze Freiheitsstrafe von nicht unter einem Jahr beträgt. Indem das Landgericht in den genannten Fällen Einzelfreiheitsstrafen von jeweils zehn Monaten verhängt hat, hat es gegen § 29a Abs. 1 BtMG verstoßen.

3. Rechtsfehlerhaft ist auch die Strafzumessung im Fall II.21 der Urteilsgründe.

a) Das Landgericht hat dem Angeklagten dabei zugutegehalten, dass es sich bei dem 13-jährigen Zeugen D., den der Angeklagte zur Beteiligung am Drogenhandel zu bestimmen versucht hat, „bereits zuvor um einen Drogenkonsumenten gehandelt“ habe, der „schon damals erheblich strafrechtlich in Erscheinung getreten war.“ Damit ist das Landgericht der Sache nach von einer verminderten Schutzbedürftigkeit des Kindes ausgegangen. Das ist mit dem Normzweck von § 30a Abs. 2 Nr.1 BtMG unvereinbar.

b) Im Anwendungsbereich des § 30 a Abs. 2 Nr. 1 BtMG verhält es sich häufig so, dass der Minderjährige bereits der Drogenszene verhaftet ist und daher der Gefahr einer Beeinflussung seines Willens in Richtung auf ein Verhalten, wie es in § 30 a Abs. 2 Nr. 1 BtMG umschrieben wird, in besonders starkem Maße ausgesetzt ist. Der Tatbestand des § 30 a

Abs. 2 Nr. 1 BtMG ist aber auch aus der Überlegung heraus eingeführt worden, dass die Einschaltung Minderjähriger zur Durchführung des Betäubungsmittelverkehrs in besonderem Maße strafwürdig ist (BT-Drucks. 12/989 S. 54 f.; 12/6853 S. 41). Mit dieser Regelung soll Art. 3 Abs. 5 Buchst. f des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen (aaO) entsprochen werden, wonach der Umstand, dass Minderjährige in Mitleidenschaft gezogen oder eingeschaltet werden, bei der Bewertung der Straftat als besonders schwerwiegend anzusehen ist (BGH, Urteil vom 20. Januar 2000 - 4 StR 400/99, BGHSt 45, 373, 375).

c) Vor diesem Hintergrund kann das Vorhandensein von Vorerfahrungen des strafunmündigen D. mit Betäubungsmittelgeschäften nicht als bestimmender Strafmilderungsgrund zugunsten des Angeklagten angesehen werden. 13

4. Der Senat kann nicht ausschließen, dass das Landgericht ohne die genannten Rechtsfehler in den Fällen II.1 - II.19 und II.19 - II.21 der Urteilsgründe auf höhere Einzelstrafen erkannt hätte. Die Aussprüche über die genannten Einzelstrafen sind daher aufzuheben. 14

5. a) Die Aufhebung der Einzelstrafen hat auch die Aufhebung der Aussprüche über die Gesamtstrafen zur Folge. 15

b) Die Bildung der beiden Gesamtfreiheitsstrafen ist zudem zum Nachteil des Angeklagten rechtsfehlerhaft, was gemäß § 301 StPO ebenfalls auf die Revision der Staatsanwaltschaft zu deren Aufhebung zwingt. 16

aa) Nötigt die Zäsurwirkung einer einzubeziehenden Vorverurteilung zur Bildung zweier getrennter (Einzel- oder Gesamt-) Strafen, so muss das Gericht einen sich daraus möglicherweise für den Angeklagten ergebenden Nachteil infolge eines zu hohen Gesamtstrafübels ausgleichen. Daher muss es nicht nur darlegen, dass es sich dieser Sachlage bewusst gewesen ist, sondern auch erkennen lassen, dass es das Gesamtmaß der Strafen für schuldangemessen gehalten hat (vgl. BGH, Beschlüsse vom 16. Februar 2021 - 2 StR 233/20, NStZ-RR 2021, 303; vom 24. November 2021 - 2 StR 357/21, Rn. 3; vom 9. Dezember 2021 - 2 StR 434/21, NStZ-RR 2022, 186 mwN). 17

bb) Das angefochtene Urteil genügt diesen Anforderungen nicht, weil es keine Überlegungen zum Gesamtstrafübel enthält, sondern nur bei der Bewertung der zweiten Gesamtstrafe auf das „Gesamtgewicht der Taten“ verweist. Angesichts des Umstands, dass sich das Gesamtstrafübel im zweiten Rechtsgang durch die erst jetzt angenommene Zäsurwirkung nahezu verdoppelt hat, wäre eine ausdrückliche Würdigung dessen und gegebenenfalls ein Ausgleich des damit verbundenen Nachteils geboten gewesen. 18

6. Die Entscheidungen über die Strafaussetzung zur Bewährung werden mit der Aufhebung der Gesamtstrafen gegenstandslos. 19

7. Auch die Entscheidungen darüber, die Geldstrafen aus den Strafbefehlen der Amtsgerichte Montabaur und Wetzlar jeweils nicht in eine der Gesamtfreiheitsstrafen einzubeziehen, entfallen, denn auch diese Entscheidungen sind nach allgemeinen Strafzumessungsgrundsätzen zu treffen (vgl. NK-StGB/Frister, 6. Aufl., § 53 Rn. 18). 20

8. Die Revision der Staatsanwaltschaft bleibt ohne Erfolg, soweit das Landgericht im Fall II.22 der Urteilsgründe eine Einzelfreiheitsstrafe von neun Monaten verhängt hat. In diesem Fall ist der Angeklagte wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verurteilt worden. Im ersten Urteil wurde er deshalb zu einer Einzelfreiheitsstrafe von sechs Monaten verurteilt. Der Senat hat daran bemängelt, dass nicht geprüft und festgestellt wurde, dass der Drogenvorrat für die Abgabe an Minderjährige vorgesehen war. Diese Feststellung hat das Landgericht im zweiten Rechtsgang getroffen und eine Einzelfreiheitsstrafe von neun Monaten aus dem gemilderten Strafrahmen des § 29a Abs. 2 BtMG verhängt. Zudem hat es ausdrücklich das jeweilige Alter der Abnehmer bei der konkreten Strafzumessung berücksichtigt. 21

9. Unbegründet ist die Revision schließlich aus den Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts vom 2. Oktober 2023 hinsichtlich der Bemessung der Einzelstrafen in den Fällen II.12 - II.18 der Urteilsgründe. 22