

HRRS-Nummer: HRRS 2014 Nr. 1107

Bearbeiter: Christian Becker

Zitiervorschlag: HRRS 2014 Nr. 1107, Rn. X

BGH 3 StR 17/14 - Beschluss vom 7. August 2014 (LG Hildesheim)

Bestimmen einer Person unter 18 Jahren als Person über 21 Jahre zum Fördern des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (Eventualvorsatz als subjektive Mindestvoraussetzung in der Person des Minderjährigen)

§ 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG

Leitsatz des Bearbeiters

§ 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG in der Variante des Bestimmens eines Minderjährigen zum Fördern einer der dort genannten Kataloghandlungen erfordert, dass der Minderjährige neben den objektiven auch die subjektiven Voraussetzungen einer Beihilfehandlung im Sinne des § 27 StGB verwirklicht. Dies folgt vor allem aus systematischen Gründen sowie Sinn und Zweck der Regelung, wie sie sich unter Beachtung des den Gesetzesmaterialien zu entnehmenden Willens des Gesetzgebers ergeben.

Entscheidungstenor

Auf die Revision des Angeklagten Ö. K. wird das Urteil des Landgerichts Hildesheim vom 10. Juli 2013, soweit es ihn betrifft,

mit den jeweils zugehörigen Feststellungen aufgehoben,

im Fall II. 2. 11 der Urteilsgründe, jedoch bleiben die Feststellungen zum objektiven Tatgeschehen aufrechterhalten;

im Ausspruch über die Gesamtstrafe;

dahin geändert, dass der zu Fall II. 2. 12 der Urteilsgründe ergangene Teilfreispruch entfällt.

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.

Die weitergehende Revision des Angeklagten Ö. K. sowie die Revisionen der Angeklagten M. K. und Me. werden verworfen.

Die Angeklagten M. K. und Me. haben jeweils die Kosten ihres Rechtsmittels zu tragen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten Ö. K. wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln jeweils in nicht geringer Menge in fünf Fällen (Fälle II. 2. 3, 4, 5, 7 und 10 der Urteilsgründe) sowie wegen Bestimmens einer Person unter 18 Jahren als Person über 21 Jahre zum Fördern des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit bewaffnetem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Fall II. 2. 11 der Urteilsgründe) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren verurteilt sowie Wertersatzverfall in Höhe von 1.386,82 € angeordnet; in zwei Fällen des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Fälle II. 2. 1 und 12 der Urteilsgründe) hat es ihn freigesprochen. Gegen den Angeklagten M. K. hat die Strafkammer unter Teilfreispruch im Übrigen wegen Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen auf eine

Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten erkannt. Den Angeklagten Me. hat sie wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in fünf Fällen schuldig gesprochen, gegen ihn eine Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren verhängt und Wertersatzverfall in Höhe von 45.500 € angeordnet. Die Beschwerdeführer wenden sich gegen ihre Verurteilungen und beanstanden die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Die Revision des Angeklagten Ö. K. hat mit der Sachrüge in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen sind die Rechtsmittel unbegründet.

Nach den Feststellungen gewann der Angeklagte Me. den Mitangeklagten D. im Mai 2012, für ihn Kokain zu verkaufen. In der Folgezeit übergab er D. in vier Fällen Kokain, das dieser sukzessive an verschiedene Abnehmer, unter anderem den Angeklagten Ö. K., veräußerte. Von einer fünften Gesamtmenge von insgesamt 1 kg Kokain veräußerte D. nur einen kleinen Teil weiter. Auch Ö. K. handelte seit Ende des Jahres 2011/Anfang 2012 fortwährend mit Kokain. Ab Juli 2012 bestellte und erwarb er von Me. bzw. D. in fünf Fällen Kokainmengen von 50 g bis 100 g (Fälle II. 2. 3, 4, 5, 7 und 10 der Urteilsgründe). Den Kontakt zu dem Angeklagten Me. hatte der Angeklagte M. K. hergestellt, der in den Fällen II. 2. 3 und 4 der Urteilsgründe das Kokain vor der Abnahme durch Ö. K. auf seine Qualität prüfte. In allen Fällen veräußerte Ö. K. zwei Drittel des bezogenen Kokains seinem Plan entsprechend gewinnbringend weiter und behielt ein Drittel zum Eigenkonsum zurück.

Am 25. September 2012 traf er mit Me. eine Vereinbarung über die Abnahme von 500 g Kokain zu einem Preis von 21.000 €. Auch von dieser Menge wollte Ö. K. zwei Drittel gewinnbringend weiterveräußern und das übrige Drittel selbst verbrauchen. Absprachegemäß wurde das Rauschgift am nächsten Tag in einem Auto auf dem Parkplatz eines Supermarktes übergeben. Das Kokain stammte aus der fünften Gesamtmenge, die Me. dem D. zum Verkauf überlassen hatte. Bei dem Treffen mit Me. führte Ö. K. ein an der Innenseite seines Hosenbundes befestigtes Einhandmesser mit einer Klingenlänge von 7,5 cm bei sich, weil er sich für den Fall aufkommender Streitigkeiten absichern und notfalls auch unter Anwendung des Messers angemessen wehren können wollte. Zu der Übergabe nahm er seinen zwölfjährigen Sohn I. mit, der auf dem Parkplatz zunächst abwarten, dann auf ein Zeichen zu ihm kommen und das in einer Tüte befindliche Kokain entgegennehmen sollte. Er hatte I. darüber aufgeklärt, dass sich in der Tüte eine größere Menge Drogen befinden würden, die in Sicherheit gebracht werden müssten. Weitere Feststellungen zum Vorstellungsbild des I. und dessen Kenntnis, den Betäubungsmittelhandel seines Vaters zu fördern, hat die Strafkammer nicht getroffen. Nach der Übergabe des Kokains von Me. an den Ö. K. sowie der Weitergabe der Betäubungsmittel an I. wurden die Angeklagten festgenommen (Fall II. 2. 11 der Urteilsgründe).

Im Rahmen der anschließenden Durchsuchung der Wohnräume des Angeklagten Ö. K. fanden die Ermittlungsbeamten insgesamt 32,85 g in Einzeltüten verpacktes Kokain (Fall II. 2. 12 der Urteilsgründe). Diese Menge hat die Kammer der Lieferung aus Fall II. 2. 10 der Urteilsgründe zugeordnet und den Angeklagten insoweit freigesprochen.

I. Revision des Angeklagten Ö. K. 5

1. Die erhobenen Verfahrensrügen sind aus den in der Antragschrift des Generalbundesanwalts zutreffend dargelegten Erwägungen, auf die der Senat Bezug nimmt, jedenfalls unbegründet. 6

2. a) In den Fällen II. 2. 3, 4, 5, 7 und 10 der Urteilsgründe sowie bezüglich der Verfallsanordnung hat die auf die Sachrüge veranlasste Nachprüfung des Urteils keinen den Angeklagten beschwerenden Rechtsfehler ergeben. 7

b) Im Fall II. 2. 11 der Urteilsgründe hat das Landgericht ebenfalls rechtsfehlerfrei angenommen, dass der Angeklagte sich wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln und wegen Besitzes von Betäubungsmitteln jeweils in nicht geringer Menge strafbar gemacht hat. 8

Daneben hat es das Verhalten des Angeklagten als Bestimmen einer Person unter 18 Jahren als Person über 21 Jahre zum Fördern des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (§ 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG) gewertet und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, für eine Verurteilung nach der genannten Vorschrift reiche es aus, wenn der Täter die minderjährige Person wissentlich zu einem Verhalten veranlasse, welches geeignet sei, den unerlaubten Handel mit Betäubungsmitteln zu fördern; ein solches Vorgehen sei in besonderem Maße sozialschädlich und strafwürdig. Nicht notwendig sei es, dass der Minderjährige Kenntnis davon habe, mit seiner Handlung den Betäubungsmittelhandel eines Dritten zu unterstützen. Andernfalls sei der Täter, der sich zum Abtransport gerade erworbener Drogen eines Kindes bediene, welches aufgrund seines Alters und seiner geistigen Entwicklung nicht in der Lage sei zu erkennen, dass es dem Täter helfe, die Drogen später in den

Handel bringen zu können, gegenüber demjenigen Täter besser gestellt, der hierfür einen Jugendlichen benutze, welcher sehr viel besser in der Lage sei, die Bedeutung und Tragweite seines Handelns zu erkennen.

Dies hält materiellrechtlicher Nachprüfung nicht stand. § 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG in der Variante des Bestimmens eines Minderjährigen zum Fördern einer der dort genannten Kataloghandlungen erfordert vielmehr, dass der Minderjährige neben den objektiven auch die subjektiven Voraussetzungen einer Beihilfehandlung im Sinne des § 27 StGB verwirklicht (so im Ergebnis auch MüKo-StGB/Rahlf, 2. Aufl., BtMG § 30a Rn. 63, 67, 69, 94; Weber, BtMG, 4. Aufl., § 30a Rn. 58 f., 63; Hügel/Junge/Lander/Winkler, Deutsches Betäubungsmittelrecht, 8. Aufl., BtMG § 30a Rn. 3.2 f.; zum Verständnis des Tatbestandsmerkmals "Fördern" als Beihilfe s. auch Kotz/Rahlf/Oglakcioglu, Praxis des Betäubungsmittelstrafrechts, Rn. 344; Franke/Winroeder/Franke, BtMG, 3. Aufl., § 30a Rn. 7; Malek/Endriß, Betäubungsmittelstrafrecht, 3. Aufl., Rn. 438; Apfel/Strittmatter/Strittmatter, Praxiswissen Strafverteidigung im Betäubungsmittelstrafrecht, Rn. 491; vgl. auch Erbs/Kohlhaas/Pelchen/Bruns, Strafrechtliche Nebengesetze, 196. EL, BtMG § 30a Rn. 5 ["Fördern" geht über eine Beihilfe i.S.v. § 27 StGB hinaus]). Dies folgt vor allem aus systematischen Gründen sowie Sinn und Zweck der Regelung, wie sie sich unter Beachtung des den Gesetzesmaterialien zu entnehmenden Willens des Gesetzgebers ergeben. Hinter diese Gesichtspunkte treten die vom Landgericht herangezogenen Erwägungen zurück. Im Einzelnen:

Der Wortlaut der Norm ist zwar nicht unmittelbar ergiebig; denn der gesetzlich verwendete Begriff "Fördern" lässt für sich betrachtet offen, welches Vorstellungsbild der Minderjährige hinsichtlich der von ihm geförderten Tat haben muss.

Für die Auffassung, dass auch die subjektiven Voraussetzungen einer Beihilfehandlung in der hier relevanten Variante des § 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG vorliegen müssen, sprechen jedoch zunächst systematische Gesichtspunkte. Die hier einschlägige Handlungsalternative stellt sich hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals "Bestimmen" als Parallele zu § 26 StGB dar (vgl. BGH, Urteil vom 20. Januar 2000 - 4 StR 400/99, BGHSt 45, 373, 374 f.) und erhebt die Anstiftungshandlung zur eigentlichen Haupttat (MüKo-StGB/Rahlf, aaO, Rn. 53; Patzak/Körner/Volkmer/Patzak, BtMG, 7. Aufl., § 30a Rn. 32; Hügel/Junge/Lander/Winkler, aaO), die hierdurch unabhängig von der konkreten Bestimmungstat mit einem eigenen Strafrahen belegt wird. Durch diese gesetzliche Konstruktion geht indes die Abhängigkeit der Strafbarkeit des "Bestimmens" - mithin in der Sache der Anstiftung - von einer tatbestandlichen Haupttat des Angestifteten nicht verloren.

Auch Sinn und Zweck der Norm legen ein Verständnis dahin nahe, dass der Minderjährige den Täter mit zumindest bedingtem Vorsatz fördern muss.

Den Gesetzesmaterialien lässt sich in diesem Zusammenhang Folgendes entnehmen: § 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG wurde durch das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3186 ff.) eingeführt und verschärfte den Strafrahen durch die Erhöhung der Mindeststrafe auf fünf Jahre Freiheitsstrafe. Bereits der durch das OrgKG vom 15. Juli 1992 (BGBl. I S. 1302 ff.) auch mit Blick auf Art. 3 Abs. 5 Buchst. f) des Übereinkommens der Vereinten Nationen vom 20. Dezember 1988 gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen (BGBl. II 1993, S. 1136, 1144) eingeführten Vorgängervorschrift des § 29a Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b) BtMG aF lag die Erfahrung zugrunde, dass zur Abwicklung von Rauschgiftgeschäften häufig Minderjährige wegen deren Strafunmündigkeit bzw. wegen deren geringerer Straferwartung missbraucht wurden (BT-Drucks. 12/989, S. 54 f.; Körner/Patzak/Volkmer/Patzak, aaO, § 30a Rn. 26). Ratio legis der Anhebung der Strafuntergrenze war, dass der Gesetzgeber Taten als "äußerst sozialschädlich und in herausragender Weise strafwürdig" erachtete, bei denen Kinder und Jugendliche "namentlich durch Verleiten zum Umgang mit Betäubungsmitteln in die Kriminalität getrieben werden" (BT-Drucks. 12/6853, S. 3, 20, 41). Diese Umstände deuten zumindest darauf hin, dass der Gesetzgeber jeweils diejenigen Fälle im Blick hatte, in denen sich der Minderjährige selbst in den vom Strafrecht tatbestandlich erfassten Bereich begibt. Dem entspricht auch die durch die Beschränkung des § 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG auf einzelne § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG entnommene Tatbestandsvarianten zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Entscheidung, nicht jegliche Berührung des Minderjährigen mit den Betäubungsmitteltaten des § 29 Abs. 1 BtMG unter die erhöhte Strafandrohung zu stellen.

Diesem Ergebnis stehen die vor allem kriminalpolitischen Erwägungen, auf die das Landgericht seine Auffassung gestützt hat, nicht entgegen. Hierzu ist in der Sache - unabhängig davon, welches Gewicht derartigen Gesichtspunkten bei der Auslegung einer Norm durch die Rechtsprechung neben den anerkannten Interpretationsmethoden im Einzelfall zukommen kann - zu bemerken, dass mit Blick auf die weitere Entwicklung des Minderjährigen durchaus ein Unterschied im Unrechtsgehalt und Gefährdungspotenzial der

Anstiftungshandlung zwischen den Fällen, in denen der Minderjährige weiß oder zumindest damit rechnet, in Betäubungsmittelstraftaten verstrickt zu werden, er die ihm angemessene Handlung aber gleichwohl vornimmt, und denjenigen besteht, in denen ihm seine Verstrickung in den Betäubungsmittelhandel unbekannt bleibt, er sie möglicherweise aufgrund seines Entwicklungsstandes auch gar nicht erkennen kann. Angesichts des Umstandes, dass die erhöhte Strafandrohung des § 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG anders als in den von § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG erfassten Fällen nicht an die Menge der Betäubungsmittel anknüpft, der Tatbestand vielmehr auch bei kleinstmengen von Betäubungsmitteln anwendbar ist, kann sich im Übrigen gerade in letztgenannter Fallgruppe die Strafandrohung des § 30a BtMG im Einzelfall selbst bei Vorliegen eines minder schweren Falles nach § 30a Abs. 3 BtMG als unangemessen darstellen. Der erhöhte Unrechtsgehalt, der in der Benutzung Minderjähriger zum Ausdruck kommen kann, die Betäubungsmitteldelikte nicht vorsätzlich fördern, lässt sich mit Blick auf die Strafrahmen der §§ 29 ff. BtMG über die allgemeinen Regelungen im Rahmen der Strafzumessung angemessen berücksichtigen; bei Wissensmängeln des Minderjährigen können schließlich auch die Grundsätze zur mittelbaren Täterschaft zum Tragen kommen.

Ob es im Rahmen der übrigen Tatbestandsmodalitäten des § 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG ausreicht, wenn der Minderjährige die Bestimmungstat fahrlässig begeht, muss der Senat hier nicht entscheiden. Soweit dies für die Fälle bejaht wird, in denen der Minderjährige die Katalogtat als Haupttäter ausführt (vgl. etwa MüKo-StGB/Rahlf, aaO, Rn. 67, 94; kritisch etwa Weber, aaO, Rn. 63), beruht diese Ansicht im Wesentlichen darauf, dass die Katalogtaten des § 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG an § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG anknüpfen und die dort aufgeführten Begehungsvarianten gemäß § 29 Abs. 4 BtMG auch im Falle fahrlässigen Handelns strafbar sind. Für die Fälle des Förderns einer Katalogtat scheidet dies aufgrund der Parallele zum Hilfeleisten nach § 27 StGB schon deshalb aus, weil eine fahrlässige Beihilfe nicht strafbar ist.

c) Die Aufhebung des Urteils im Fall II. 2. 11 der Urteilsgründe umfasst auch die in Tateinheit stehenden, für sich betrachtet rechtsfehlerfrei festgestellten Delikte des bewaffneten Handelns mit und des Besitzes von Betäubungsmitteln jeweils in nicht geringer Menge (vgl. KK/Gericke, StPO, 7. Aufl., § 353 Rn. 12). Eine Schuldspruchänderung durch den Senat kommt nicht in Betracht. Es ist nicht auszuschließen, dass das neue Tatgericht Feststellungen zum Vorstellungsbild I. s und des Angeklagten treffen können, welche die Voraussetzungen des § 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG belegen. Die Feststellungen zum objektiven Geschehen sind von dem aufgezeigten Subsumtionsfehler nicht betroffen; sie können daher bestehen bleiben. Ergänzende, zu den bisherigen nicht im Widerspruch stehende Feststellungen bleiben möglich.

3. Der zu Fall II. 2. 12 der Urteilsgründe ergangene Teilfreispruch hat zu entfallen. Die Strafkammer hat auf der Grundlage der von ihr getroffenen Feststellungen zutreffend den Besitz der Betäubungsmittel mit den Handlungen des Angeklagten im Fall II. 2. 10 der Urteilsgründe zu einer Bewertungseinheit zusammengefasst und insoweit nur einen Fall des Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge ausgeurteilt. Beim Wegfall tatmehrheitlich angeklagter Delikte durch die Annahme von Bewertungseinheiten ist der Angeklagte nicht freizusprechen, wenn sich - wie hier - die materiellrechtlich selbstständig angeklagten Taten als Bestandteil der Taten erweisen, derentwegen der Angeklagte verurteilt wird. In einem solchen Fall wird der gesamte Verfahrensgegenstand durch die Verurteilung erschöpfend erledigt (BGH, Beschluss vom 26. Juni 2002 - 3 StR 176/02, BGHR StPO § 260 Abs. 1 Teilfreispruch 14). Mit dem Wegfall dieses Teils des Freispruchs entfällt auch die diesbezügliche teilweise Auferlegung der Kosten des Verfahrens und der notwendigen Auslagen des Angeklagten auf die Staatskasse. Es verbleibt deshalb lediglich beim Teilfreispruch hinsichtlich des Falles II. 2. 1 der Urteilsgründe und der insoweit eintretenden Kostenfolge. Das Verbot der Schlechterstellung (§ 358 Abs. 2 StPO) steht dieser Entscheidung auf die Revision allein des Angeklagten nicht entgegen (BGH, aaO).

II. Revisionen der Angeklagten M. K. und Me. 19

Die Revisionsbegründungen der Angeklagten M. K. und Me. zeigen aus den in den Antragschriften des Generalbundesanwalts ausgeführten Gründen keinen durchgreifenden Rechtsfehler auf. 20

Zu der Rüge des Angeklagten M. K., mit der er die fehlerhafte Zurückweisung des Befangenheitsantrages gegen die Dolmetscherin beanstandet, bemerkt der Senat ergänzend: 21

Die Zurückweisung des Befangenheitsgesuches durch das Landgericht wegen mangelnder Glaubhaftmachung der Ablehnungsgründe als unzulässig, war rechtsfehlerhaft. Einer Glaubhaftmachung bedurfte es nicht, weil die dem Ablehnungsantrag zugrunde liegenden Tatsachen gerichtsbekannt waren, nachdem die Dolmetscherin entsprechend ausgesagt hatte und sich die übrige Urkundslage aus den Akten ergab (vgl. BGH, Beschluss vom 29. August 2006 - 1 StR 371/06, NStZ 2007, 161, 162; KK/Scheuten, StPO, 7. Aufl., § 26 Rn. 4; Meyer-

Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl., § 26 Rn. 6). Das Gesuch war aber aus den weiteren Gründen des Ablehnungsbeschlusses unbegründet, weshalb auszuschließen ist, dass das Urteil auf dem Rechtsfehler beruht.