

HRRS-Nummer: HRRS 2018 Nr. 34

Bearbeiter: Christoph Henckel/Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2018 Nr. 34, Rn. X

BGH 1 StR 350/17 - Beschluss vom 5. September 2017 (LG Nürnberg-Fürth)

Doppelverwertungsverbot (keine strafschärfende Berücksichtigung der Gefährdung Dritter durch Betäubungsmitteldelikte); nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe (Zäsurwirkung einer vorherigen Verurteilung, auch wenn diese bereits erledigt ist); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen).

§ 46 Abs. 3 StGB; § 29 BtMG; § 29a BtMG; § 30 BtMG; § 54 StGB; § 55 StGB; § 64 StGB

Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 1. März 2017 aufgehoben,
 - a) im gesamten Strafausspruch und
 - b) mit den zugehörigen Feststellungen, soweit die Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt abgelehnt worden ist.
2. Die weitergehende Revision des Angeklagten wird als unbegründet verworfen.
3. 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.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge unter Einbeziehung einer Geldstrafe aus einem Strafbefehl zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten sowie wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen zu einer weiteren Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und drei Monaten verurteilt und den erweiterten Verfall von Bargeld angeordnet. Seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt hat das Landgericht abgelehnt. Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit seiner auf die Verletzung materiellen Rechts gestützten Revision. Das Rechtsmittel hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg (§ 349 Abs. 4 StPO); im Übrigen ist es gemäß § 349 Abs. 2 StPO unbegründet. 1

I.

Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen: 2

1. Am 3. Mai 2016 vereinbarte der Mitangeklagte E. mit einer Vertrauensperson der Polizei den Verkauf von 100 g Kokain zu einem Preis von 7.500 Euro. Die Übergabe des Kokains wurde von dem Mitangeklagten E. mehrfach nach Rücksprache mit dem Angeklagten verschoben, der das Betäubungsmittel liefern sollte. Der Mitangeklagte E. sollte für das Geschäft von dem Angeklagten 5 g Kokain zum Eigenbedarf erhalten. Nachdem der Übergabetermin - nunmehr auf Initiative der Vertrauensperson - ein weiteres Mal auf den 12. Mai 2016 verschoben wurde, verlangte der Mitangeklagte E. im Auftrag des Angeklagten eine Entschädigung in Höhe von 500 Euro für entstandene Mehrkosten. Zu diesem Zeitpunkt hatte der Angeklagte bereits die 100 g Kokain organisiert. Am 12. Mai 2016 trafen sich der Mitangeklagte E. und die Vertrauensperson am N. Hauptbahnhof. Von dort aus fuhren sie gemeinsam zu einem Parkplatz, auf dem ein nicht offen ermittelnder Polizeibeamter das Bargeld bereithielt, von dessen Vorhandensein sich der Mitangeklagte E. zunächst überzeugte. Anschließend fuhren sie nach Aufforderung des Angeklagten zum P. in N. Dort erklärte der Angeklagte, dass lediglich 50 g des Kokains zu einem Preis von 5.000 Euro übergeben werden könnten, da die übrigen 50 g bereits anderweitig verkauft seien. Hierauf ließ sich die Vertrauensperson ein. Sodann fuhren die Beteiligten gemeinsam in den Bereich D. straße/Pa. straße in N. Dort hielten sie sich zunächst in einer Sportsbar auf, bevor sich der Angeklagte entfernte und mit dem Mitangeklagten R. traf, der ihm das Kokain übergab und dem er ein Ledermäppchen mit Betäubungsmittelpfunden im Grammbereich überreichte. Daraufhin begab sich der Angeklagte zurück in die D. straße zum Mitangeklagten E. und der Vertrauensperson. Anschließend erfolgte die Festnahme des Angeklagten und der Mitangeklagten E. und R., in deren 3

Verlauf bei dem Angeklagten 48,9 g Kokain mit einem Kokainhydrochloridgehalt von 47,5 g und bei dem Mitangeklagten R. das Ledermäppchen mit weiteren Kokainplomben aufgefunden und sichergestellt wurden (Anlagefall 1).

2. Zu einem unbekanntem Zeitpunkt vor dem 12. Mai 2016 erwarb der Angeklagte von einem Unbekannten 798,99 g Haschisch zum gewinnbringenden Weiterverkauf. Den wesentlichen Teil des Betäubungsmittels - acht Haschischplatten - versteckte er im Keller seines Bruders in einem Paar Stiefel, das er in die Trommel einer alten Waschmaschine steckte. Spätestens am 12. Mai 2016 fand der Mitangeklagte R. das in seinen Stiefeln deponierte Betäubungsmittel. Aus Angst vor Schlägen seines Bruders steckte er die Haschischplatten wieder in die Stiefel und legte diese zurück in die Waschmaschinentrommel. Dort wurden sie am 12. Mai 2016 von der Polizei sichergestellt. Infolge eines THC-Gehalts von 26,6 - 27,3 % errechnete das Landgericht eine Gesamtmenge von 216 g THC (Anlagefall 2).

3. Am 26. Januar 2016 erkundigte sich ein unbekannter Abnehmer bei dem Angeklagten im Rahmen eines WhatsApp-Chats, ob ihm dieser 1 kg „Schokolade“ liefern könne, wobei beide übereinstimmend davon ausgingen, dass es sich bei „Schokolade“ um Haschisch handeln sollte. Der Angeklagte sagte diese Lieferung für einen Preis von 7.000 Euro verbindlich zu. In der Folgezeit versuchte der unbekannt Abnehmer den Preis zu drücken, woraufhin der Angeklagte ihm mitteilte, dass nun ein Neapolitaner komme und das Haschisch zu einem Preis von 8.500 Euro abnehme. Den Wirkstoffgehalt hat das Landgericht auf mindestens 20 % geschätzt und daraus eine Gesamtmenge von 200 g THC errechnet (Anlagefall 3).

4. Rechtlich hat das Landgericht die Taten als unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen gewertet. Im Rahmen der Strafzumessung hat es jeweils die Annahme eines minder schweren Falles gemäß § 29a Abs. 2 BtMG abgelehnt und insoweit zu Lasten des Angeklagten angeführt, dass wegen des beabsichtigten Handeltreibens eine Gefährdung Dritter bestanden habe, die sich allerdings nicht verwirklicht habe, soweit die Betäubungsmittel sichergestellt wurden.

5. Die Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 StGB hat das Landgericht abgelehnt.

II.

1. Der Schuldspruch des Angeklagten wird von den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Landgerichts, die ihrerseits auf einer rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung beruhen, getragen.

2. Die Einzelstrafausprüche halten einer revisionsgerichtlichen Überprüfung indes nicht stand. Das Landgericht hat im Rahmen der Prüfung minder schwerer Fälle gemäß § 29a Abs. 2 BtMG zu Lasten des Angeklagten berücksichtigt, dass eine Gefährdung Dritter wegen des beabsichtigten Handeltreibens bestanden habe. Damit hat es allerdings das gesetzgeberische Motiv, die menschliche Gesundheit sowohl des Einzelnen wie der Bevölkerung im Ganzen vor den von Betäubungsmitteln ausgehenden Gefahren zu schützen (dazu BGH, Beschluss vom 20. Dezember 1995 - 3 StR 245/95, BGHSt 42, 1 [5]), im Rahmen der Strafzumessung zum Nachteil des Angeklagten berücksichtigt. Dies verstößt gegen das Verbot der Doppelverwertung aus § 46 Abs. 3 StGB (vgl. zum Verbot der Doppelverwertung bei Berücksichtigung der gesetzgeberischen Intention nur Stree/Kinzig in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 46 Rn. 46 mwN aus der Rechtsprechung).

3. Das Urteil beruht auch auf dem vorgenannten Rechtsfehler (§ 337 Abs. 1 StPO). Infolge der zahlreichen zugunsten des Angeklagten sprechenden Umstände (JA S. 41) kann - auch in Anbetracht des jeweils deutlichen Überschreitens der nicht geringen Menge - schon nicht ausgeschlossen werden, dass das Landgericht bei rechtsfehlerfreier Strafzumessung (insbesondere in den Anklagefällen 2 und 3) die Voraussetzungen minder schwerer Fälle bejaht hätte. Jedenfalls können aber in allen Fällen die Einzelstrafausprüche auf dieser rechtsfehlerhaften Erwägung beruhen.

4. Die Aufhebung der Einzelstrafen zieht die Aufhebung der Gesamtstrafenausprüche nach sich.

5. Die Ablehnung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 StGB ist ebenfalls nicht frei von Rechtsfehlern.

a) Das Landgericht hat im Hinblick auf die persönlichen Verhältnisse des Angeklagten festgestellt, dass er seit seiner Rückkehr nach Deutschland im Oktober 2015 „relativ intensiv“ Kokain, insbesondere in Form von Crack, konsumierte. Im Rahmen der Beweiswürdigung hat es sodann ausgeführt, dass eine Untersuchung der Haare des Angeklagten einen Zeitraum von drei Monaten abdecke. Die im Rahmen dieser Untersuchung festgestellten Rückstände ließen dabei den Rückschluss auf einen intensiven Konsum von Kokain zu. Insoweit sei durchschnittlich von ein bis zwei Konsumeinheiten täglich bzw. von einigen Konsumphasen mit stündlichem oder halbstündlichem Konsum und jeweils mehrtägigen Pausen auszugehen.

b) Gleichwohl hat das sachverständig beratene Landgericht eine Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt abgelehnt, weil bei ihm eine Abhängigkeit von Alkohol vorliege, die jedoch in keinem Zusammenhang mit den urteilsgegenständlichen Taten stehe. Eine Abhängigkeit von Betäubungsmitteln oder ein Hang zu deren übermäßigem Konsum habe indes nicht festgestellt werden können. Vielmehr spreche das Konsumverhalten des Angeklagten dafür, dass die Drogen als Life-Style-Produkt eingesetzt würden. Auch die weiteren Voraussetzungen einer Anordnung nach § 64 StGB lägen nicht vor. 14

c) Diese Ausführungen des Landgerichts lassen besorgen, dass es rechtsfehlerhaft von einem zu engen Verständnis eines Hanges im Sinne des § 64 StGB ausgegangen ist. Sie enthalten zudem keine umfassende und widerspruchsfreie Gesamtabwägung aller Einzelfallumstände bei der Entscheidung über die Maßregel. 15

aa) Für einen Hang ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine eingewurzelte, auf psychische Disposition zurückgehende oder durch Übung erworbene Neigung ausreichend, immer wieder Rauschmittel zu konsumieren, wobei diese Neigung noch nicht den Grad einer physischen Abhängigkeit erreicht haben muss. Ein übermäßiger Genuss von Rauschmitteln im Sinne des § 64 StGB ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Betreffende auf Grund seiner psychischen Abhängigkeit sozial gefährdet oder gefährlich erscheint (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2015 - 1 StR 415/15; Urteile vom 10. November 2004 - 2 StR 329/04, NStZ 2005, 210 und vom 15. Mai 2014 - 3 StR 386/13). Insoweit kann dem Umstand, dass durch den Rauschmittelkonsum bereits die Gesundheit, Arbeits- und Leistungsfähigkeit des Betreffenden erheblich beeinträchtigt ist, zwar indizielle Bedeutung für das Vorliegen eines Hanges zukommen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 1. April 2008 - 4 StR 56/08, NStZ-RR 2008, 198 und vom 14. Dezember 2005 - 1 StR 420/05, NStZ-RR 2006, 103). Wenngleich solche Beeinträchtigungen in der Regel mit übermäßigem Rauschmittelkonsum einhergehen werden, schließt deren Fehlen jedoch nicht notwendigerweise die Annahme eines Hanges aus (BGH, Beschlüsse vom 1. April 2008 - 4 StR 56/08, NStZ-RR 2008, 198; vom 2. April 2015 - 3 StR 103/15; vom 12. Januar 2017 - 1 StR 604/16, NStZ-RR 2017, 198 und vom 26. Januar 2017 - 1 StR 646/16, NStZ-RR 2017, 239). 16

bb) Diesen Maßstäben genügen die Ausführungen des Landgerichts nicht. In Anbetracht des hinsichtlich des Angeklagten festgestellten Konsumverhaltens von Kokain, das zumindest für einen Zeitraum von drei Monaten auch objektiv belegt ist, hätte es im Rahmen der die Maßregel betreffenden Ausführungen einer näheren Auseinandersetzung mit diesen Umständen bedurft. Das Fehlen einer physischen Abhängigkeit steht der Annahme eines Hanges jedenfalls nicht entgegen. 17

d) Vorliegend ist auch nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die übrigen Voraussetzungen für die Anordnung einer Unterbringung gemäß § 64 StGB gegeben sind. 18

e) Die im Hinblick auf die Nichtanordnung der Maßregel getroffenen Feststellungen waren mit aufzuheben (§ 353 Abs. 2 StPO), weil sie infolge des rechtsfehlerhaften Verständnisses zum Hangbegriff ihrerseits nicht tragfähig sind. 19

f) Das Verschlechterungsverbot steht einer Nachholung der Unterbringungsanordnung nicht entgegen (§ 358 Abs. 2 Satz 3 StPO; BGH, Beschlüsse vom 26. Januar 2017 - 1 StR 646/16, NStZ-RR 2017, 239 und vom 25. November 2015 - 1 StR 379/15, NStZ-RR 2016, 113; Urteil vom 10. April 1990 - 1 StR 9/90, BGHSt 37, 5 [9]). 20

III.

Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf Folgendes hin: 21

1. Die seit dem 9. Februar 2017 erfolgende Vollstreckung der verbliebenen Geldstrafe aus dem Strafbefehl des Amtsgerichts Nürnberg vom 18. Februar 2016 im Wege der Ersatzfreiheitsstrafe dürfte zwischenzeitlich erledigt sein. Dies führt indes nicht zu einem nachträglichen Entfallen der Zäsurwirkung des vorgenannten Strafbefehls, weil in der neuen Hauptverhandlung die Gesamtstrafenbildung nach Maßgabe der Vollstreckungssituation zum Zeitpunkt der früheren tatrichterlichen Verhandlung (hier: 1. März 2017) vorzunehmen ist. Dem Angeklagten darf insoweit weder ein erlangter Rechtsvorteil genommen, noch darf er ungerechtfertigt bevorzugt werden (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 9. Dezember 2009 - 5 StR 459/09, NStZ-RR 2010, 106 und Beschluss vom 5. Juli 2011 - 3 StR 188/11, NStZ-RR 2011, 306, jeweils mwN). Infolgedessen sind von dem neuen Tatgericht zwischenzeitlich erledigte Strafen einzubeziehen. 22

2. Darüber hinaus wird das neue Tatgericht infolge der Zäsurwirkung des Strafbefehls des Amtsgerichts Nürnberg vom 18. Februar 2016 und der obligatorischen Bildung von zwei Gesamtstrafen nochmals das daraus resultierende Gesamtstrafübel für den Angeklagten besonders in den Blick zu nehmen haben. Denn sofern die Zäsurwirkung einer einzubeziehenden Strafe zur Bildung mehrerer Gesamtstrafen führt, muss das Gericht einen sich daraus möglicherweise für den Angeklagten ergebenden Nachteil infolge eines zu hohen Gesamtstrafübels ausgleichen. 23

Hierzu muss es für das Revisionsgericht nachvollziehbar darlegen, dass es sich dieser Sachlage bewusst gewesen ist und erkennen lassen, dass es das Gesamtmaß der Strafen für schuldangemessen gehalten hat (vgl. BGH, Beschlüsse vom 9. November 1995 - 4 StR 650/95, BGHSt, 41, 310 [313]; vom 24. Juli 2007 - 4 StR 237/07, StV 2007, 632 und vom 17. April 2008 - 4 StR 118/08, NSiZ-RR 2008, 234). Das angefochtene Urteil, das gegen den Angeklagten einen Freiheitsentzug von insgesamt sieben Jahren und neun Monaten anordnet, genügt diesen Anforderungen - auch in Anbetracht der ausdrücklichen Erwähnung des Gesamtstrafübels (UA S. 43) - im Ergebnis nicht.

3. Im Hinblick auf den möglichen Maßregelausspruch wird das neue Tatgericht einen weiteren Sachverständigen gemäß § 246a Abs. 1 StPO hinzuzuziehen haben. 24