

HRRS-Nummer: HRRS 2019 Nr. 1210

Bearbeiter: Christoph Henckel/Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2019 Nr. 1210, Rn. X

BGH 1 StR 181/19 - Beschluss vom 25. Juni 2019 (LG Weiden i. d. OPf.)

Strafzumessung bei Betäubungsmitteldelikten (strafscharfende Berücksichtigung von Gefährlichkeit des Betäubungsmittels neben Rauschgiftmenge und Wirkstoffkonzentration).

§ 46 StGB; § 29 BtMG ff.

Leitsätze des Bearbeiters

1. Zwar kommt nach der Rechtsprechung der Art des Betäubungsmittels und seiner Gefährlichkeit gegenüber der Rauschgiftmenge und der Wirkstoffkonzentration eine eigenständige Bedeutung zu. Denn im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechts lassen sich Unrecht und Schuld eines strafbaren Verhaltens ohne Berücksichtigung der Art und der Wirkstoffkonzentration sowie der Menge der Droge, auf die es sich bezogen hat, in aller Regel nicht abschließend beurteilen. Eine differenzierte Strafzumessung nach Maßgabe des unterschiedlichen Gefährlichkeitsgrades der von den BtMG-Tatbeständen gleichermaßen erfassten Betäubungsmittel ist nicht nur zulässig, sondern geboten.

2. Dabei darf aber nicht unberücksichtigt bleiben, dass die verschiedenen Faktoren zur Bestimmung des Gefährlichkeitsgrades des Betäubungsmittels, wie Art, Wirkstoffkonzentration, Gesamtmenge und die Überschreitung des Grenzwertes zur nicht geringen Menge, sich in ihrem diesbezüglichen Bedeutungsgehalt überschneiden. Wird beispielsweise sowohl die vielfache Überschreitung des Grenzwertes als auch die Gesamtmenge strafscharfend berücksichtigt, kommt der Wirkstoffkonzentration, die sich aus den beiden anderen Faktoren ergibt, im Hinblick auf die Gefährlichkeit des gehandelten Rauschgifts keine eigenständige Bedeutung mehr zu. Davon unberührt ist der Aspekt der kriminellen Energie, die erhöht sein kann, wenn sich die Tat auf Betäubungsmittel mit ungewöhnlich hoher Wirkstoffkonzentration bezieht.

3. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass der Gefährlichkeitsgrad schon Einfluss auf die Festsetzung der nicht geringen Menge des jeweiligen Rauschgifts hat. Denn hierfür gilt nach der in ständiger Rechtsprechung vom Bundesgerichtshof angewandten Methode, dass der Grenzwert der nicht geringen Menge eines Betäubungsmittels stets in Abhängigkeit von dessen konkreter Wirkungsweise und -intensität festzulegen ist.

Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Weiden i. d. OPf. vom 20. Dezember 2018 im Strafausspruch aufgehoben.
2. Die weitergehende Revision wird als unbegründet verworfen (§ 349 Abs. 2 StPO).
3. Die Sache wird im Umfang der Aufhebung 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 unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt und die Einziehung sichergestellten Bargeldes in Höhe von 2.300 € angeordnet. Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit seiner auf die Sachrüge gestützten Revision, die nur im Strafausspruch Erfolg hat. 1

1. Nach den Feststellungen des Landgerichts brachte der Angeklagte am 19. Juli 2018 98,70 Gramm Methamphetamin mit einem Wirkstoffgehalt von 79 % (Wirkstoffmenge 67,42 Gramm S-Methamphetamin-Base) von der Tschechischen Republik nach Deutschland. Er führte die Betäubungsmittel in seiner Jacke mit sich, die sich auf der Rücksitzbank des von ihm gesteuerten Autos befand, als er in G. kontrolliert wurde. Zudem hatte er 2.300 € bei sich, die aus vorherigen Verkäufen von Betäubungsmitteln herrührten. Er hatte das Methamphetamin in C. für 30 € pro Gramm gekauft und wollte es in Österreich für mindestens 80 € pro Gramm verkaufen. 2

2. Während der Schuldpruch und die Einziehungsentscheidung sich als rechtsfehlerfrei erweisen, kann der Strafausspruch keinen Bestand haben. 3

Die Strafkammer hat bei der Strafzumessung zu Lasten des Angeklagten zum einen die Art des Betäubungsmittels, nämlich, dass es sich um eine „harte“ Droge handele, berücksichtigt. Sie hat daneben strafscharfend die Überschreitung des Grenzwertes um das nahezu 13,4-fache gewertet. Dies erweist sich hier nach den Umständen des Einzelfalls angesichts der nicht ersichtlich berücksichtigten Wechselwirkung zwischen der Gefährlichkeit des Betäubungsmittels einerseits und der Festsetzung des Grenzwertes andererseits als rechtsfehlerhaft. 4

a) Unbeschadet des Erfordernisses einer Gesamtwürdigung aller Strafzumessungstatsachen ist die Überschreitung der Grenze zur nicht geringen Menge gegenüber der Mindeststrafe für sich genommen ein Strafschärfungsgrund (BGH, Urteil vom 15. März 2017 - 2 StR 294/16, BGHSt 62, 90 Rn. 17 f.). Deswegen durfte der Umstand der 13,4-fachen Überschreitung des Grenzwertes zu Lasten des Angeklagten gewertet werden. Hierin kommt das gesteigerte Unrecht, nämlich das um das 13,4-fache erhöhte Gefährdungspotential - das Gewicht des Angriffs auf das geschützte Rechtsgut der Volksgesundheit, das sich in dem Vielfachen der nicht geringen Menge ausdrückt (BGH, Urteil vom 8. November 1989 - 3 StR 368/89, BGHR BtMG § 29 Strafzumessung 8; vgl. auch Beschlüsse vom 5. September 1991 - 4 StR 386/91 Rn. 8 und vom 16. Oktober 1991 - 3 StR 306/91 Rn. 4) - gegenüber dem Grenzwert zur Erfüllung der Qualifikationstatbestände zum Ausdruck. 5

b) Soweit das Landgericht daneben aber die Art des Betäubungsmittels ohne ersichtlich abgemildertes Gewicht ebenfalls strafscharfend gewertet hat, erweist sich dies unter den hier gegebenen Umständen als rechtsfehlerhaft. Denn diese Würdigung lässt gerade angesichts der Höhe der verhängten Strafe besorgen, dass die Gefährlichkeit der konkret eingeführten Handelsmenge Methamphetamin mit zu großem Gewicht strafscharfend berücksichtigt worden ist. 6

aa) Zwar kommt nach der Rechtsprechung der Art des Betäubungsmittels und seiner Gefährlichkeit gegenüber der Rauschgiftmenge und der Wirkstoffkonzentration eine eigenständige Bedeutung zu (BGH, Urteil vom 5. September 1991 - 4 StR 386/91, BGHR BtMG § 29 Strafzumessung 18; Beschluss vom 29. Juni 2000 - 4 StR 202/00 Rn. 15; vgl. auch zum sog. Stufenverhältnis BGH, Beschlüsse vom 15. Juni 2016 - 1 StR 72/16 Rn. 12; vom 14. Juni 2017 - 3 StR 97/17 Rn. 13; vom 23. Januar 2018 - 3 StR 586/17 Rn. 5; vom 2. November 2017 - 4 StR 286/17 Rn. 4 und vom 14. August 2018 - 1 StR 323/18 Rn. 4). Denn im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechts lassen sich Unrecht und Schuld eines strafbaren Verhaltens ohne Berücksichtigung der Art und der Wirkstoffkonzentration sowie der Menge der Droge, auf die es sich bezogen hat, in aller Regel nicht abschließend beurteilen (BGH, Beschlüsse vom 21. März 1989 - 1 StR 11/89, BGHR BtMG § 29 Strafzumessung 5 und vom 16. Oktober 1991 - 3 StR 306/91, BGHR BtMG § 29 Strafzumessung 19; Urteil vom 5. September 1991 - 4 StR 386/91, BGHR BtMG § 29 Strafzumessung 18). Eine differenzierte Strafzumessung nach Maßgabe des unterschiedlichen Gefährlichkeitsgrades der von den BtMG-Tatbeständen gleichermaßen erfassten Betäubungsmittel ist nicht nur zulässig, sondern geboten (vgl. BGH, Beschluss vom 23. November 1999 - 5 StR 316/99, BGHR BtMG § 29 Strafzumessung 36). 7

bb) Dabei darf aber nicht unberücksichtigt bleiben, dass die verschiedenen Faktoren zur Bestimmung des Gefährlichkeitsgrades des Betäubungsmittels, wie Art, Wirkstoffkonzentration, Gesamtmenge und die Überschreitung des Grenzwertes zur nicht geringen Menge, sich in ihrem diesbezüglichen Bedeutungsgehalt überschneiden. Wird beispielsweise sowohl die vielfache Überschreitung des Grenzwertes als auch die Gesamtmenge strafscharfend berücksichtigt (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Mai 2019 - 5 StR 108/19 Rn. 5, zum Wirkstoffgehalt neben der vielfachen Überschreitung der nicht geringen Menge), kommt der Wirkstoffkonzentration, die sich aus den beiden anderen Faktoren ergibt, im Hinblick auf die Gefährlichkeit des gehandelten Rauschgifts keine eigenständige Bedeutung mehr zu. Davon unberührt ist der Aspekt der kriminellen Energie, die erhöht sein kann, wenn sich die Tat auf Betäubungsmittel mit ungewöhnlich hoher Wirkstoffkonzentration bezieht (vgl. BGH, Urteil vom 5. September 1991 - 4 StR 386/91 Rn. 8). 8

cc) Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass der Gefährlichkeitsgrad schon Einfluss auf die Festsetzung der nicht geringen Menge des jeweiligen Rauschgifts hat. Denn hierfür gilt nach der in ständiger Rechtsprechung vom Bundesgerichtshof angewandten Methode, dass der Grenzwert der nicht geringen Menge eines Betäubungsmittels stets in Abhängigkeit von dessen konkreter Wirkungsweise und -intensität festzulegen ist. Maßgeblich ist zunächst die äußerst gefährliche, gar tödliche Dosis des Wirkstoffs. Fehlen hierzu gesicherte Erkenntnisse, so errechnet sich der Grenzwert als ein Vielfaches der durchschnittlichen Konsumeinheit eines nicht an den Genuss dieser Droge gewöhnten Konsumenten. Das Vielfache ist nach Maßgabe der Gefährlichkeit des Stoffes, insbesondere seines Abhängigkeiten auslösenden oder sonst die Gesundheit schädigenden Potentials zu bemessen. Lassen sich auch zum Konsumverhalten keine ausreichenden Erkenntnisse gewinnen, so entscheidet ein Vergleich mit verwandten Wirkstoffen (vgl. nur BGH, Urteile vom 22. Dezember 1987 - 1 StR 612/87, BGHSt 35, 179; vom 24. April 2007 - 1 StR 52/07, BGHSt 51, 318; vom 3. Dezember 2008 - 2 StR 86/08, BGHSt 53, 89; vom 17. November 2011 - 3 StR 315/10, BGHSt 57, 60 Rn. 10 und vom 14. Januar 2015 - 1 StR 302/13, BGHSt 60, 134 Rn. 35). Danach ist vor allem die Gefährlichkeit des jeweiligen Stoffes maßgeblicher Faktor bei der Festsetzung der nicht geringen Menge. 9

Wenngleich dies wegen möglicher unterschiedlicher Wirkungsweisen und teilweise schon sehr lange etablierten Grenzwerten (vgl. nur Bd. 33 der Entscheidungssammlung BGHSt mit drei Entscheidungen zu Grenzwerten für Tetrahydrocannabinol, Kokainhydrochlorid und Amphetamin-Base) nicht stets dazu führt, dass allein die jeweils festgesetzten Grenzwerte der nicht geringen Menge im losgelösten Vergleich der Betäubungsmittel - wie 1,5 Gramm für Heroinhydrochlorid (BGH, Beschluss vom 7. November 1983 - 1 StR 721/83, BGHSt 32, 162), 5 Gramm für Kokainhydrochlorid (BGH, Urteil vom 1. Februar 1985 - 2 StR 685/84, BGHSt 33, 133, 140: gefährlicher als Haschisch, jedoch nicht so gefährlich wie Heroin [ohne Rückgriff auf eine Maßzahl]), demgegenüber aber 2 Gramm für JWH-018 in Ansehung des Umstands, dass u.a. Heroin oder Kokain noch gefährlichere Wirkungen entfalten als synthetische Cannabinoide (BGH, Urteil vom 14. Januar 2015 - 1 StR 302/13, BGHSt 60, 134 Rn. 54) - eine Rangfolge für die Gefährlichkeit der Wirkungen zum Ausdruck bringen (vgl. BGH, Urteil vom 2. Dezember 1986 - 1 StR 599/86 Rn. 5), so beeinflusst die Gefährlichkeit doch für die meisten Stoffe ganz maßgeblich die Festsetzung des Grenzwertes. Besonders gefährliche Wirkungen führen danach zumeist zu einer Herabsetzung des Grenzwerts im Vergleich zu anderen, ähnlich wirkenden, aber nicht so gefährlichen Betäubungsmitteln.

dd) Dies gilt in besonderer Weise für den Grenzwert von 5 Gramm des Wirkstoffs Methamphetamin-Base, der ausdrücklich in Abstimmung zu den Grenzwerten für die verschiedenen Betäubungsmittel in Ansehung ihrer qualitativ unterschiedlichen Wirkungen und im Hinblick auf Gefährlichkeit und Toxizität des Metamphetamins festgesetzt worden ist (BGH, Urteil vom 3. Dezember 2008 - 2 StR 86/08, BGHSt 53, 89 Rn. 13 f.). So ist wegen neuerer Erkenntnisse zu dessen Gefährlichkeit der Grenzwert von 30 Gramm Methamphetamin-Base auf 5 Gramm herabgesetzt worden (BGH aaO Rn. 14). Dies geschah, um dem Gefährdungspotential im Vergleich zu anderen Betäubungsmitteln hinreichend gerecht zu werden (BGH aaO Rn. 12). Die gegenüber Amphetamin mit dem Grenzwert von 10 Gramm für Amphetamin-Base (BGH, Urteil vom 11. April 1985 - 1 StR 507/84, BGHSt 33, 169; vgl. auch für Methamphetamin-Racemat BGH, Urteil vom 17. November 2011 - 3 StR 315/10, BGHSt 57, 60) - die nach der Rechtsprechung auf der Schwere skala der Gefährlichkeit der Betäubungsmittel nur einen mittleren Platz einnimmt (vgl. nur BGH, Beschlüsse vom 28. Juni 1990 - 2 StR 275/90, BGHR BtMG § 29 Strafzumessung 12 unter Hinweis auf ein „Regeltatbild“; vom 10. Februar 1993 - 2 StR 20/93, BGHR BtMG § 29 Strafzumessung 24; vom 30. Oktober 1996 - 2 StR 508/96 Rn. 2; vom 26. März 2014 - 2 StR 202/13 Rn. 14; vom 14. Juni 2017 - 3 StR 97/17 Rn. 13; vom 20. November 2018 - 4 StR 329/18 Rn. 7 und vom 26. März 2019 - 1 StR 677/18 Rn. 6) - gesteigerte Gefährlichkeit schlägt sich daher schon darin nieder, dass der Grenzwert gegenüber Amphetamin halbiert ist. Gegenüber dem Grenzwert von 30 Gramm für MDE-Base (BGH, Urteil vom 9. Oktober 1996 - 3 StR 220/96, BGHSt 42, 255; vgl. zur Einordnung auf der Gefährlichkeitsskala auf einem mittleren Platz BGH, Urteil vom 28. März 2019 - 4 StR 463/18 Rn. 11) beginnen die nicht geringe Menge und mithin die Hochstufung zum Verbrechen schon bei einem Sechstel des Wirkstoffs, was gerade aufgrund der neueren Erkenntnisse über das hohe Suchtpotential des Metamphetamins und die gesundheitlichen Konsequenzen des missbräuchlichen Konsums, mithin der gesteigerten Gefährlichkeit, nicht nur gerechtfertigt, sondern notwendig erschien (BGH, Urteil vom 3. Dezember 2008 - 2 StR 86/08, BGHSt 53, 89 Rn. 14).

ee) Je geringer der Grenzwert in Ansehung der gesteigerten Gefährlichkeit gegenüber anderen Stoffen liegt, desto schneller erreichen Rauschgiftmengen ein beträchtliches Vielfaches der nicht geringen Menge. Denn dieses Vielfache wird nur aufgrund der gesteigerten Gefährlichkeit des Stoffes erreicht. Dies erhellt der Vergleich zu Amphetamin: Bei diesem Betäubungsmittel wäre nur das knapp Siebenfache des Grenzwerts erreicht. Da es sich hierbei zudem um ein Betäubungsmittel von mittlerer, strafzumessungsrechtlich nicht mehr besonders zu gewichtender Gefährlichkeit handelt (BGH, Beschlüsse vom 14. Juni 2017 - 3 StR 97/17 Rn. 13; vom 23. Januar 2018 - 3 StR 586/17 Rn. 5 und vom 14. August 2018 - 1 StR 323/18 Rn. 4; vgl. aber BGH, Beschluss vom 18. März 2019 - 5 StR 462/18: strafscharfend durch Bezug zur erheblichen Menge), wäre das Gewicht des Angriffs auf die Volksgesundheit damit für Amphetamin umfassend bewertet.

ff) Danach hat aber der Umstand, dass sich die Tat des Angeklagten auf eine „harte“ Droge, mithin auf eine solche bezieht, die auf der von der Rechtsprechung gebildeten Gefährlichkeitsskala einen vorderen Platz einnimmt (vgl. hierzu einerseits BGH, Beschluss vom 9. Juli 2015 - 1 StR 7/15 Rn. 39: sehr gefährliche Droge mit hohem Suchtpotential; Beschluss vom 26. April 2017 - 5 StR 87/17: Gefährdungspotential von Crystal mit dem der „harten“ Droge Crack im Wesentlichen gleich zu bewerten; andererseits BGH, Beschlüsse vom 15. Juni 2016 - 1 StR 72/16 Rn. 13 und vom 8. Dezember 2016 - 1 StR 499/16 Rn. 7, die Wertung als extrem gefährliche Droge beanstandend; demgegenüber BGH, Beschluss vom 6. Februar 2019 - 2 StR 593/18 Rn. 5, offen lassend, ob die Wertung, dass es sich um eine der gefährlichsten Drogen auf dem Markt handele, rechtsfehlerfrei ist), in ganz maßgeblichem Umfang schon bei der Gewichtung des konkreten Vielfachen der nicht geringen Menge Berücksichtigung gefunden.

Die Einordnung in der Schwere skala geht - soweit ersichtlich - auf dieselben Kriterien zurück, die auch bei der Bestimmung des Grenzwertes eingeflossen sind, nämlich das Gefährdungspotential im Vergleich zu anderen Wirkstoffen. Denn letztlich soll auch durch die Einordnung der Droge in der Skala der Angriff auf die Volksgesundheit gewichtet werden, um eine differenzierte Strafzumessungsentscheidung zu ermöglichen.

Anhaltspunkte dafür, dass Aspekte der Gefährlichkeit bei der Festsetzung des Grenzwerts für Methamphetamin-Base nicht abgebildet worden sind, z.B. wegen besonderer Wirkungsweisen, die von hohen Dosen abhängig sind, sind nicht ersichtlich. Sie würden zudem auch in einem gewissen Spannungsverhältnis zu den Erwägungen stehen, die der Neufestsetzung des Grenzwerts gerade im Vergleich zu anderen Betäubungsmitteln zugrunde lagen. Dies kann für andere Betäubungsmittel, wie z.B. Kokain und Heroin (vgl. BGH, Urteil vom 22. Januar 1998 - 4 StR 393/97 Rn. 18 unter Bezugnahme auf BGH bei Holtz MDR 1979, 986, freilich vor Festsetzung der nicht geringen Menge für Heroinhydrochlorid und zur Strafzumessungsregel des § 11 Abs. 4 BtMG aF), aber auch für sogenannte weiche Drogen (vgl. BGH, Urteil vom 2. Dezember 1986 - 1 StR 599/86 Rn. 5; Beschluss vom 21. November 2018 - 4 StR 332/18 Rn. 15) anders zu werten sein, da Besonderheiten bei der Wirkungsweise oder bei den Konsumgewohnheiten, bzw. den Erkenntnissen hierzu, dazu geführt haben können, dass die Gefährlichkeit bei der Festsetzung des Grenzwerts in Abgrenzung zu anderen Betäubungsmitteln nur unvollkommen abgebildet worden ist. 15

c) Mit der strafschärfenden Berücksichtigung der 13,4-fachen Überschreitung des Grenzwerts für Methamphetamin-Base ist dem Gewicht des Angriffs auf das geschützte Rechtsgut deswegen hier bereits im Grundsatz Rechnung getragen. Dies schließt es zwar auch für Methamphetamin nicht aus, zusätzliche Aspekte der Gefährlichkeit oder der kriminellen Energie daneben zu berücksichtigen. Hier lässt aber die konkrete Strafzumessung besorgen, dass es der Wechselwirkung zwischen der Überschreitung des Grenzwertes um ein Vielfaches und der Einordnung von Methamphetamin-Base als „harte Droge“ nicht Rechnung getragen und deswegen eine höhere Strafe verhängt hat als bei angemessener Berücksichtigung des Gefährlichkeitspotentials der tatgegenständlichen Methamphetaminmenge. Denn jedenfalls dann, wenn - wie hier - eine sehr hohe Strafe verhängt wird, muss für das Revisionsgericht ersichtlich sein, dass das Landgericht die strafschärfenden Faktoren zutreffend gewichtet hat. 16