

**HRRS-Nummer:** HRRS 2009 Nr. 254

**Bearbeiter:** Karsten Gaede

**Zitiervorschlag:** BGH HRRS 2009 Nr. 254, Rn. X

---

**BGH 2 StR 586/08 - Beschluss vom 4. Februar 2009 (LG Trier)**

**Erörterungsmangel hinsichtlich der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (erkennbare Ermessensausübung); Verfall von Wertersatz (teilweises Absehen von der Anordnung bei unbilliger Härte).**

**§ 64 StGB; § 73a StGB; § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB**

Leitsätze des Bearbeiters

**1. Eine gebotene Prüfung des § 64 StGB erweist sich nicht deshalb als entbehrlich, weil nach § 64 StGB in der Fassung des Gesetzes zur Sicherung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt vom 16. Juli 2007 (BGBl. I S. 1327) die Maßregel nicht mehr zwingend anzuordnen ist. Das Gericht muss das ihm nunmehr eingeräumte Ermessen auch tatsächlich ausüben und dies in den Urteilsgründen kenntlich machen (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 73 f.; Beschl. vom 9. September 2008 - 3 StR 337/08).**

**2. Dass vollstreckungsrechtlich die Möglichkeit eines Vorgehens nach § 35 BtMG in Betracht kommt und vom Tatgericht befürwortet wird rechtfertigt für sich allein das Absehen von der Prüfung und gegebenenfalls der Anordnung der Maßregel nach § 64 StGB nicht (BGH StV 2008, 405; Beschl. vom 27. Juni 2008 - 3 StR 212/08).**

**3. Die Auffassung, dass der Wertersatzverfall immer zwingend in Höhe des gesamten brutto eingenommenen Geldbetrages zu erfolgen habe und bei Vorliegen einer unbilligen Härte nach § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB von seiner Anordnung zwingend ganz abzusehen sei, trifft so nicht zu. Von einer Verfallsanordnung ist nur dann gemäß § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB vollständig abzusehen, wenn auch die Anordnung hinsichtlich eines Teilbetrags den Angeklagten unbillig hart träfe.**

Entscheidungstenor

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Trier vom 15. September 2008 mit den Feststellungen aufgehoben, soweit eine Entscheidung über die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt unterblieben ist.

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 wird als unbegründet verworfen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer 1 Menge in drei Fällen und unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt und ein Mobiltelefon der Marke Nokia eingezogen. Seine auf die Sachrüge gestützte Revision hat nur in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang Erfolg.

1. Schuld- und Strafausspruch des angefochtenen Urteils weisen keinen durchgreifenden Rechtsfehler zum Nachteil 2 des Angeklagten auf. Insoweit ist die Revision unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

2. Das Urteil kann jedoch nicht bestehen bleiben, soweit eine Entscheidung zur Frage der Unterbringung des 3 Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) unterblieben ist. Das Landgericht hat festgestellt, dass der Angeklagte seit vielen Jahren zwar nicht körperlich, aber psychisch von Betäubungsmitteln abhängig sei. Die Taten habe er aufgrund seiner Betäubungsmittelabhängigkeit begangen. Er benötige in jedem Fall eine stationäre Drogenentwöhnungstherapie. Die Kammer hat deshalb bereits in den Urteilsgründen der Zurückstellung der

Vollstreckung des Strafrestes zur Durchführung einer solchen Therapie zugestimmt.

Auf der Grundlage dieser Feststellungen hätte sich der Tatrichter mit der Anordnung einer Maßregel gemäß § 64 StGB auseinandersetzen müssen. Die unterlassene Prüfung erweist sich auch nicht deshalb als entbehrlich, weil nach § 64 StGB in der Fassung des Gesetzes zur Sicherung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt vom 16. Juli 2007 (BGBl. I S. 1327) die Maßregel nicht mehr zwingend anzuordnen ist. Denn das Gericht muss das ihm nunmehr eingeräumte Ermessen auch tatsächlich ausüben und dies in den Urteilsgründen kenntlich machen (vgl. BGH NStZ-RR 2008, 73 f.; Beschl. vom 9. September 2008 - 3 StR 337/08). Dass vollstreckungsrechtlich die Möglichkeit eines Vorgehens nach § 35 BtMG in Betracht kommt - und hier vom Landgericht befürwortet wird - rechtfertigt für sich allein das Absehen von der Prüfung und gegebenenfalls der Anordnung der Maßregel nach § 64 StGB nicht (BGH StV 2008, 405; Beschl. vom 27. Juni 2008 - 3 StR 212/08). 4

Im Übrigen sind nach den Feststellungen keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass der Angeklagte nicht gefährlich im Sinne dieser Vorschrift ist oder keine hinreichend konkrete Aussicht besteht, ihn durch die Behandlung in einer Entziehungsanstalt von seinem Hang zu heilen oder über eine erhebliche Zeit vor dem Rückfall in den Hang zu bewahren (§ 64 Satz 2 StGB). Dass nur der Angeklagte Revision eingelegt hat, hindert die Nachholung der Unterbringungsanordnung nicht (§ 358 Abs. 2 Satz 2 StPO; BGHSt 37, 5; BGH NStZ-RR 2008, 107). Über die Maßregelanordnung ist daher unter Hinzuziehung eines Sachverständigen (§ 246 a Satz 2 StPO) neu zu entscheiden. 5

Der Senat kann ausschließen, dass der Tatrichter bei Anordnung der Unterbringung auf eine niedrigere Strafe erkannt hätte. Der Strafausspruch kann deshalb bestehen bleiben. 6

3. Ergänzend bemerkt der Senat: 7

Die vom Tatrichter unter Berufung auf BGHSt 47, 369 (= NJW 2002, 3339) vertretene Auffassung, dass der Wertersatzverfall immer zwingend in Höhe des gesamten brutto eingenommenen Geldbetrages zu erfolgen habe und bei Vorliegen einer unbilligen Härte nach § 73 c Abs. 1 Satz 1 StGB von seiner Anordnung zwingend ganz abzusehen sei, trifft so nicht zu. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Vorschrift, wonach der Verfall nicht angeordnet wird, soweit er für den Betroffenen eine unbillige Härte wäre. Von einer Verfallsanordnung ist deshalb nur dann gemäß § 73 c Abs. 1 Satz 1 StGB vollständig abzusehen, wenn auch die Anordnung hinsichtlich eines Teilbetrags den Angeklagten unbillig hart träfe. Zum Begriff der "unbilligen Härte", insbesondere zur Berücksichtigung von Unterhaltsverpflichtungen, verweist der Senat auf BGH wistra 2009, 23 f. 8