

HRRS-Nummer: HRRS 2022 Nr. 379

Bearbeiter: Christian Becker

Zitiervorschlag: HRRS 2022 Nr. 379, Rn. X

BGH 3 StR 458/21 - Beschluss vom 8. Februar 2022 (LG Koblenz)

Überlassen von Betäubungsmitteln zum unmittelbaren Verbrauch an einen Minderjährigen (Abgrenzung von Abgabe und Verabreichung; fehlende Kenntnis des Minderjährigen); Vorwegvollzug eines Teils der Strafe bei Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 67 StGB

Leitsätze des Bearbeiters

1. Eine Abgabe von Betäubungsmitteln im Sinne des § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG ist jede Gewahrsamsübertragung an eine andere Person zur freien Verfügung. An einer solchen fehlt es, wenn Betäubungsmittel - wie im Fall II. 4. der Urteilsgründe - zum sofortigen Gebrauch an Ort und Stelle hingegeben werden; in dieser Konstellation liegt vielmehr die Tatbestandsvariante des Überlassens zum unmittelbaren Verbrauch vor. Dies gilt auch dann, wenn der Täter dem Minderjährigen ein Lebensmittel zum sofortigen Verzehr übergibt, dabei verschweigt, dass dieses Betäubungsmittel enthält und der Empfänger das Rauschgift daher unwissentlich konsumiert.

2. Die Abgrenzung der Tatbestandsvariante des Verabreichens von Betäubungsmitteln von derjenigen der Verbrauchsüberlassung bestimmt sich allein nach dem äußeren Geschehensablauf. Ein Verabreichen ist gegeben, wenn der Täter dem Empfänger das Betäubungsmittel ohne dessen aktive Mitwirkung zuführt, etwa durch Injizieren, Einreiben oder Einflößen. Übergibt der Täter dagegen einer anderen Person Betäubungsmittel und führt diese sie sich eigenständig zu (Eigenapplikation), unterfällt die Tat der Variante der Verbrauchsüberlassung. Darauf, ob der Empfänger Kenntnis davon hat, dass er ein Betäubungsmittel konsumiert, kommt es demgegenüber nicht an.

3. Nach § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB soll das Gericht bei der Anordnung einer Unterbringung in einer Entziehungsanstalt neben einer zeitigen Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bestimmen, dass ein Teil der Strafe vor der Maßregel zu vollziehen ist. Hiervon darf das Gericht nur absehen und es beim Vorwegvollzug der Maßregel nach § 67 Abs. 1 StGB belassen, wenn dadurch aus gewichtigen Gründen des Einzelfalles eher ein Therapieerfolg zu erwarten ist. Der Teil der nach § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB vorweg zu vollstreckenden Strafe ist so zu bemessen, dass nach seiner Vollziehung und einer anschließenden Unterbringung eine Entlassung des Verurteilten zum Halbstrafenzeitpunkt grundsätzlich möglich ist (§ 67 Abs. 2 Satz 3, Abs. 5 Satz 1 StGB).

Entscheidungstenor

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Koblenz vom 18. Juni 2021 im Schuldpruch dahin geändert, dass der Angeklagte des Bestimmens Minderjähriger zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in 14 Fällen, der Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige in zwei Fällen sowie der Verbrauchsüberlassung von Betäubungsmitteln an Minderjährige schuldig ist.

Auf die Revisionen des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft wird das vorbezeichnete Urteil im Rechtsfolgenausspruch dahin ergänzt, dass zwei Jahre, ein Monat und zwei Wochen der verhängten Gesamtfreiheitsstrafe vor der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt zu vollziehen sind.

Die weitergehende Revision des Angeklagten wird verworfen.

Der Angeklagte hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen. Die Kosten des Rechtsmittels der Staatsanwaltschaft und die dem Angeklagten dadurch entstandenen notwendigen Auslagen fallen der Staatskasse zur Last.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen der „unerlaubten Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige“ in drei Fällen sowie wegen „Bestimmens Minderjähriger zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln“ in 14 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren und drei Monaten verurteilt, die Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt angeordnet und eine Einziehungsentscheidung getroffen. Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit seiner Revision, mit der er die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügt. Die Staatsanwaltschaft beanstandet mit ihrer auf den Vorwegvollzug eines Teils der Gesamtfreiheitsstrafe vor der Unterbringung beschränkten und auf die Sachbeschwerde gestützten Revision, dass eine Entscheidung über den Vorwegvollzug unterblieben ist. Während die

Staatsanwaltschaft mit ihrer vom Generalbundesanwalt vertretenen Revision in vollem Umfang Erfolg erzielt, hat das Rechtsmittel des Angeklagten den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg. Im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

- I. Revision des Angeklagten 2
1. Die Verfahrensrüge ist nicht ausgeführt und daher unzulässig (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO). 3
2. Der Schuldspruch bedarf der aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Korrektur. 4
- a) Der Angeklagte hat sich im Fall II. 4. der Urteilsgründe (Tat 3) nicht wegen Abgabe, sondern wegen 5
Verbrauchsüberlassung von Betäubungsmitteln an Minderjährige gemäß § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG strafbar gemacht.
- aa) Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen übergab der 32-jährige Angeklagte einem 15 Jahre alten 6
Schüler in Kenntnis dessen Alters bei einem Zusammentreffen in einem Park von ihm selbst gebackene Muffins und
Kekse zum sofortigen Konsum vor Ort. Dabei verschwieg er dem Jugendlichen, dass er bei der Herstellung dem Teig
Cannabis beigefügt hatte. Dieser verzehrte die Backwaren direkt nach deren Erhalt in Unkenntnis des Umstandes, dass
sie Betäubungsmittel enthielten. Kurze Zeit später geriet er in einen massiven Rauschzustand, der zu seiner Einlieferung
in ein Krankenhaus führte.
- bb) Eine Abgabe von Betäubungsmitteln im Sinne des § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG ist jede Gewahrsamsübertragung an eine 7
andere Person zur freien Verfügung. An einer solchen fehlt es, wenn Betäubungsmittel - wie im Fall II. 4. der
Urteilsgründe - zum sofortigen Gebrauch an Ort und Stelle hingegeben werden; in dieser Konstellation liegt vielmehr die
Tatbestandsvariante des Überlassens zum unmittelbaren Verbrauch vor (vgl. BGH, Beschluss vom 23. März 2021 - 3
StR 19/21, juris Rn. 8; Urteil vom 22. November 2016 - 1 StR 329/16, juris Rn. 23; Beschlüsse vom 14. April 2015 - 5
StR 109/15, NStZ-RR 2015, 218; vom 8. Juli 1998 - 3 StR 241/98, NStZ-RR 1998, 347; Patzak/Volkmer/Fabricius,
BtMG, 10. Aufl., § 29 Rn. 830, 1205; BeckOK BtMG/Schmidt, 13. Ed., § 29a Rn. 5.2; MüKoStGB/O?lakc?o?lu, 4. Aufl.,
§ 29a BtMG Rn. 19; Weber/Kornprobst/Maier, BtMG, 6. Aufl., § 29 Rn. 1542 f.).
- Dies gilt auch dann, wenn der Täter - wie hier - dem Minderjährigen ein Lebensmittel zum sofortigen Verzehr übergibt, 8
dabei verschweigt, dass dieses Betäubungsmittel enthält und der Empfänger das Rauschgift daher unwissentlich
konsumiert. In einer solchen Fallkonstellation ist kein Verabreichen von Betäubungsmitteln im Sinne des § 29a Abs. 1 Nr.
1 BtMG gegeben.
- Die Abgrenzung der Tatbestandsvariante des Verabreichens von derjenigen der Verbrauchsüberlassung bestimmt sich 9
allein nach dem äußeren Geschehensablauf. Ein Verabreichen ist gegeben, wenn der Täter dem Empfänger das
Betäubungsmittel ohne dessen aktive Mitwirkung zuführt, etwa durch Injizieren, Einreiben oder Einflößen
(Fremdapplikation; vgl. BeckOK BtMG/Hochstein, 13. Ed., § 29 Rn. 584; Patzak/Volkmer/Fabricius, BtMG, 10. Aufl., § 29
Rn. 1198; Weber/Kornprobst/Maier, BtMG, 6. Aufl., § 29 Rn. 1538). Übergibt der Täter dagegen einer anderen Person
Betäubungsmittel und führt diese sie sich eigenständig zu (Eigenapplikation), unterfällt die Tat der Variante der
Verbrauchsüberlassung (BeckOK BtMG/Hochstein, 13. Ed., § 29 Rn. 588; Patzak/Volkmer/Fabricius, BtMG, 10. Aufl., §
29 Rn. 1206; Weber/Kornprobst/Maier, BtMG, 6. Aufl., § 29 Rn. 1544). Darauf, ob der Empfänger Kenntnis davon hat,
dass er ein Betäubungsmittel konsumiert, kommt es demgegenüber nicht an (Patzak/ Volkmer/Fabricius, BtMG, 10. Aufl.,
§ 29 Rn. 1207; s. auch BGH, Urteil vom 29. April 2009 - 1 StR 518/08, BGHSt 53, 288 Rn. 4; aA MüKoStGB/O?lakc?o?
lu, 4. Aufl., § 29 Rn. 1225 f.; BeckOK BtMG/Schmidt, 13. Ed., § 30 Rn. 75; Weber/ Kornprobst/Maier, BtMG, 6. Aufl., §
29 Rn. 1538). Schon begrifflich liegt es nahe, die Tatbestandsvariante des Verabreichens auf Fälle der Beibringung ohne
aktive Mitwirkung des Empfängers zu beschränken und Taten, bei denen der Empfänger ein ihm vom Täter übergebenes
Betäubungsmittel sich selbst zuführt, als Überlassung von Betäubungsmitteln zum Verbrauch zu erfassen.
- cc) Der Senat ändert den Schuldspruch entsprechend ab (§ 354 Abs. 1 StPO analog). § 265 StPO steht dem nicht 10
entgegen, weil sich der Angeklagte nicht wirksamer als geschehen hätte verteidigen können. Es ist angesichts des
unveränderten Strafrahmens und der weiteren Umstände auszuschließen, dass das Landgericht bei zutreffender
rechtlicher Würdigung im Fall II. 4. der Urteilsgründe eine geringere Einzelstrafe festgesetzt hätte.
- b) Hinsichtlich sämtlicher abgeurteilten Delikte ist zudem die Bezeichnung als „unerlaubt“ entbehrlich, da Straftaten nach 11
dem Betäubungsmittelgesetz ausschließlich den unerlaubten Umgang mit Betäubungsmitteln betreffen (vgl. BGH,
Beschlüsse vom 23. März 2021 - 3 StR 19/21, juris Rn. 8; vom 9. Februar 2021 - 3 StR 449/20, juris Rn. 3 mwN).
3. Die auf die Sachrüge veranlasste umfassende materiellrechtliche Überprüfung des Urteils hat zum Schuldspruch im 12
Übrigen, zum Strafausspruch, zur Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64
StGB und zur Entscheidung über die Einziehung des Wertes von Taterträgen keinen Rechtsfehler zum Nachteil des
Angeklagten ergeben.
4. Jedoch hat die Strafkammer rechtsfehlerhaft die Anordnung des Vorwegvollzugs eines Teils der verhängten 13

Gesamtfreiheitsstrafe vor der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt unterlassen.

a) Nach § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB soll das Gericht bei der Anordnung einer Unterbringung in einer Entziehungsanstalt neben einer zeitigen Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bestimmen, dass ein Teil der Strafe vor der Maßregel zu vollziehen ist. Hiervon darf das Gericht nur absehen und es beim Vorwegvollzug der Maßregel nach § 67 Abs. 1 StGB belassen, wenn dadurch aus gewichtigen Gründen des Einzelfalles eher ein Therapieerfolg zu erwarten ist (vgl. BGH, Beschluss vom 18. September 2018 - 3 StR 329/18, NSTZ-RR 2019, 10). Derartige Anhaltspunkte zeigen die Urteilsgründe nicht auf. Vielmehr ist ihnen zu entnehmen, dass die Strafkammer einen Teilvorwegvollzug der Gesamtfreiheitsstrafe gemäß § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB anordnen wollte, dessen Tenorierung jedoch versehentlich unterlassen hat. 14

Der Teil der nach § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB vorweg zu vollstreckenden Strafe ist so zu bemessen, dass nach seiner Vollziehung und einer anschließenden Unterbringung eine Entlassung des Verurteilten zum Halbstrafenzeitpunkt grundsätzlich möglich ist (§ 67 Abs. 2 Satz 3, Abs. 5 Satz 1 StGB). Zwar hat die Strafkammer die Regelung des § 67d Abs. 1 Satz 3 StGB nicht in den Blick genommen und ist daher zu Unrecht davon ausgegangen, die zulässige Höchstdauer einer Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt liege bei zwei Jahren (vgl. BGH, Beschlüsse vom 9. Februar 2021 - 3 StR 480/20, juris; vom 14. Juni 2017 - 3 StR 97/17, NSTZ-RR 2017, 310; vom 15. März 2017 - 2 StR 581/16, NSTZ-RR 2017, 139; Fischer, StGB, 69. Aufl., § 67 Rn. 11c, § 67d Rn. 6). Sie ist aber unabhängig davon - der Einschätzung des gemäß § 246a Abs. 1 Satz 2 StPO gehörten psychiatrischen Sachverständigen folgend - frei von Rechtsfehlern zu der Feststellung gelangt, dass die voraussichtliche Therapiedauer bei dem Angeklagten zwei Jahre beträgt. Bei der verhängten Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren und drei Monaten, damit einer Halbstrafe von vier Jahren, einem Monat und zwei Wochen sowie einer Therapiedauer von zwei Jahren ergibt sich mithin ein Vorwegvollzug von zwei Jahren, einem Monat und zwei Wochen. Entgegen der Auffassung der Strafkammer, die in den Urteilsgründen eine Berechnung des von ihr gewollten teilweisen Vorwegvollzugs vorgenommen hat, hat die erlittene Untersuchungshaft bei der Bestimmung von dessen Dauer außer Betracht zu bleiben (vgl. BGH, Beschlüsse vom 10. August 2021 - 3 StR 250/21, juris Rn. 2; vom 10. Dezember 2019 - 3 StR 414/19, juris Rn. 2; vom 6. März 2019 - 3 StR 29/19, juris Rn. 2; vom 22. März 2018 - 1 StR 93/18, juris Rn. 3 mwN; vom 14. Januar 2014 - 1 StR 531/13, BGHR StGB § 67 Abs. 2 Satz 3 Berechnung 2 Rn. 7; Fischer, StGB, 69. Aufl., § 67 Rn. 9a, 11a mwN). Die nach § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB gebotene Anrechnung der Untersuchungshaft auf den vor der Unterbringung zu vollziehenden Teil der Strafe nimmt die Vollstreckungsbehörde im Vollstreckungsverfahren vor. 15

b) Da die Strafkammer die Grundlagen für die Bestimmung der Dauer des Vorwegvollzugs rechtsfehlerfrei festgestellt hat, kann der Senat in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO die Anordnung des teilweisen Vorwegvollzugs nachholen und den Tenor entsprechend ergänzen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 22. März 2018 - 1 StR 93/18, juris Rn. 5; vom 14. Januar 2014 - 1 StR 531/13, BGHR StGB § 67 Abs. 2 Satz 3 Berechnung 2 Rn. 9; vom 15. November 2007 - 3 StR 390/07, BGHR StPO § 354 Abs. 1 Maßregelausspruch 1 Rn. 6 f.; MüKoStGB/Maier, 4. Aufl., § 67 Rn. 95 mwN). 16

c) Der Senat ist nicht wegen des Verschlechterungsverbots (§ 358 Abs. 2 Satz 1 StPO) gehindert, die Anordnung des teilweisen Vorwegvollzugs auf eine Angeklagtenrevision hin zu treffen; zudem kann er durch Beschluss (insofern gemäß § 349 Abs. 4 StPO) entscheiden. Denn diese Anordnung ergeht zu Gunsten des Angeklagten, weil die gesetzlichen Regelungen über die Vollstreckungsreihenfolge auch der Sicherung des Therapieerfolges dienen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 15. Januar 2020 - 1 StR 601/19, juris Rn. 5; vom 22. März 2018 - 1 StR 93/18, juris Rn. 5; vom 24. Juni 2014 - 1 StR 162/14, NSTZ-RR 2014, 368; vom 14. Januar 2014 - 1 StR 531/13, BGHR StGB § 67 Abs. 2 Satz 3 Berechnung 2 Rn. 10; vom 6. März 2012 - 1 StR 40/12, juris; vom 21. August 2007 - 3 StR 263/07, juris Rn. 4; s. auch BGH, Beschlüsse vom 28. Juli 2020 - 6 StR 190/20, juris; vom 16. Dezember 2008 - 4 StR 552/08, NSTZ-RR 2009, 105: keine Beschwer des Angeklagten). 17

II. Revision der Staatsanwaltschaft 18

1. Die Beschränkung der Revision der Staatsanwaltschaft auf die unterlassene Anordnung des Vorwegvollzugs eines Teils der Gesamtfreiheitsstrafe vor der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt ist wirksam. Denn die Dauer des Vorwegvollzugs hängt gemäß § 67 Abs. 2 Satz 3, Abs. 5 Satz 1 StGB allein von der Höhe der verhängten Strafe und der voraussichtlichen Dauer der Unterbringung gemäß § 64 StGB ab. Der Beschwerdepunkt kann daher nach dem inneren Zusammenhang des Urteils grundsätzlich losgelöst von seinem nicht angefochtenen Teil rechtlich und tatsächlich unabhängig beurteilt werden, ohne eine Überprüfung des Urteils im Übrigen erforderlich zu machen (vgl. BGH, Urteil vom 12. März 2020 - 4 StR 537/19, juris Rn. 5 ff.; Beschlüsse vom 14. Januar 2014 - 1 StR 531/13, NSTZ-RR 2014, 107, 108; vom 14. Februar 2012 - 3 StR 7/12, NSTZ 2012, 587, 588; vom 18. Dezember 2007 - 3 StR 516/07, NSTZ-RR 2009, 48, 49). Das ist zwar dann nicht der Fall, wenn die Erfolgsaussicht der Unterbringung oder eine sonstige Voraussetzung der Maßregel rechtsfehlerhaft bejaht worden ist, weil sich dann kein angemessener Zeitraum für eine Therapie bemessen lässt (BGH, Urteil vom 12. März 2020 - 4 StR 537/19, juris Rn. 7; Beschlüsse vom 14. Januar 2014 - 1 StR 531/13, NSTZ-RR 2014, 107, 108; vom 14. Februar 2012 - 3 StR 7/12, NSTZ 2012, 587, 588; vom 18. Dezember 2007 - 3 StR 516/07, BGHR StPO § 344 Abs. 1 Beschränkung 18 Rn. 6 f.; Fischer, StGB, 69. Aufl., § 67 Rn. 4a). Hier aber sind nicht nur die Voraussetzungen für eine Unterbringung im Sinne des § 64 Satz 2 StGB, sondern auch die voraussichtliche Therapiedauer von zwei Jahren vom Landgericht rechtsfehlerfrei festgestellt worden. 19

2. Aus den vorgenannten Gründen beanstandet die Staatsanwaltschaft zu Recht das Fehlen einer Anordnung über den Vorwegvollzug. Der Senat holt die Entscheidung daher auch auf die Revision der Staatsanwaltschaft hin nach. ²⁰

3. Über die Revision der Staatsanwaltschaft kann der Senat gleichfalls - wie vom Generalbundesanwalt beantragt - durch Beschluss gemäß § 349 Abs. 4 StPO entscheiden, weil die Anordnung des Vorwegvollzugs - wie dargetan - zu Gunsten des Angeklagten ergeht (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Januar 2014 - 1 StR 531/13, BGHR StGB § 67 Abs. 2 Satz 3 Berechnung 2 Rn. 10). ²¹

III. Die Kostenentscheidung folgt hinsichtlich des Rechtsmittels der Staatsanwaltschaft aus § 473 Abs. 2 Satz 2 StPO und bezüglich der Revision des Angeklagten aus § 473 Abs. 1 und 4 StPO. Angesichts des geringen Teilerfolgs seiner Revision ist es nicht unbillig, ihn mit den gesamten Kosten seines Rechtsmittels zu belasten. ²²