

HRRS-Nummer: HRRS 2020 Nr. 685

Bearbeiter: Karsten Gaede/Marc-Philipp Bittner

Zitiervorschlag: HRRS 2020 Nr. 685, Rn. X

BGH 4 StR 474/19 - Beschluss vom 26. Februar 2020 (LG Mönchengladbach)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Konkurrenzen: Sperrwirkung hinsichtlich der Mindeststrafe); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Beurteilung der Behandlungsaussicht bei Zurückstellung der Strafvollstreckung).

§ 29 Abs. 1 BtMG; § 29 Abs. 3 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 64 StGB

Leitsätze des Bearbeiters

1. Nimmt das Tatgericht einen minder schweren Fall des bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln gemäß § 30a Abs. 3 BtMG an, so hat es in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob der im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängte Straftatbestand des § 29a Abs. 1 BtMG eine Sperrwirkung hinsichtlich seiner Mindeststrafe entfaltet, oder ob auch insoweit ein minder schwerer Fall anzunehmen wäre. Bejaht das Tatgericht (auch) einen minder schweren Fall im Sinne des § 29a Abs. 2 BtMG, so entfällt die Sperrwirkung des im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängten Straftatbestands mit der Folge, dass es bei dem gesetzlichen Strafrahmen des minder schweren Falles im Sinne des § 30a Abs. 3 sein Bewenden hat.

2. Dem Grundtatbestand des § 29 BtMG einschließlich des darin für besonders schwere Fälle eröffneten Sonderstrafrahmens des § 29 Abs. 3 BtMG ist keine Sperrwirkung in diesem Sinne beizumessen.

3. Einer besonders eingehenden Erörterung bedarf die Frage der Behandlungsaussicht in Fällen, in denen das Tatgericht einer Zurückstellung der Strafvollstreckung gemäß § 35 BtMG zustimmt und damit zu erkennen gibt, dass es den Angeklagten grundsätzlich für therapiefähig hält.

Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Mönchengladbach vom 28. Mai 2019 mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben, soweit das Landgericht von einer Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt abgesehen hat.

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.

2. Die weiter gehende Revision wird verworfen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln und wegen vorsätzlicher Trunkenheit im Verkehr zu der Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten verurteilt. Ferner hat es dem Angeklagten die Fahrerlaubnis entzogen, seinen Führerschein eingezogen und eine Sperrfrist für die Wiedererteilung der Fahrerlaubnis von einem Jahr verhängt. Von einer Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt hat es abgesehen. Die auf die unausgeführte Rüge der Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten hat - die Verfahrensrüge ist nicht in einer den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO genügenden Weise begründet und daher bereits unzulässig - mit der Sachrüge Erfolg, soweit das Landgericht von einer Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt abgesehen hat. Im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).

1. Der Schuldspruch ist rechtsfehlerfrei. Auch der Strafausspruch begegnet keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Dies gilt im Ergebnis auch für den Strafausspruch im Fall II.2 der Urteilsgründe.

a) Nach den hierzu getroffenen Feststellungen finanzierte der Angeklagte seinen Lebensunterhalt und seinen Betäubungsmittelkonsum mit dem gewinnbringenden Verkauf von Amphetamin. Am 22. Januar 2019 bewahrte er in einem Hängeschrank im Wohnzimmer der Wohnung seiner Lebensgefährtin 344,948 Gramm Amphetaminzubereitung mit einem Wirkstoffgehalt von 41,7 Gramm Amphetaminbase auf, von denen 20 Gramm für den Eigenkonsum und 324,948 Gramm zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmt waren. In unmittelbarer Nähe bewahrte der

Angeklagte bewusst griffbereit einen mit Diabolo-Spitzgeschossen geladenen, funktionsfähigen Gasrevolver, bei dem Gas und Projektile nach vorne austreten, einen Teleskopschlagstock sowie ein funktionsfähiges Elektroschockgerät auf.

Das Amphetamin stammte aus einem einheitlichen Betäubungsmittelvorrat, den der Angeklagte zum Teil auch in seiner Wohnung aufbewahrte; dort befanden sich unter anderem 299,3 Gramm Amphetamin-Öl-Zubereitung mit einer Wirkstoffmenge von 20,4 Gramm Amphetaminbase, die ebenfalls zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmt waren. Das Rauschgift wurde sichergestellt. 4

b) Das Landgericht hat einen minder schweren Fall des bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln im Sinne des § 30a Abs. 2 BtMG angenommen und in einem weiteren Schritt geprüft, ob die im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter diesen Qualifikationstatbestand zurücktretenden „Tatbestände der §§ 29, 29a BtMG“ hinsichtlich ihrer Strafraumenuntergrenze Sperrwirkung entfalten. Es ist von einer Sperrwirkung ausgegangen und hat zur Begründung ausgeführt, dass vorliegend „zumindest“ die Indizwirkung des Regelbeispiels der Gewerbsmäßigkeit im Sinne des § 29 Abs. 3 BtMG nicht entkräftet sei. Innerhalb des sonach eröffneten Strafraumens von einem Jahr bis zu zehn Jahren hat es eine Einzelfreiheitsstrafe von drei Jahren und zwei Monaten verhängt. 5

c) Die Erwägungen zur Strafraumenwahl sind rechtlich nicht unbedenklich. Insoweit gilt: 6

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG enthält eine Qualifikation zu § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG, der wiederum eine Qualifikation gegenüber dem Grundtatbestand des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln im Sinne des § 29 Abs. 1 BtMG darstellt. Der Grundtatbestand des § 29 Abs. 1 BtMG einschließlich der in § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG enthaltenen Strafzumessungsregel tritt hinter die in §§ 29a, 30a BtMG enthaltenen Verbrechenstatbestände im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurück (Grundsatz der Spezialität; st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschluss vom 9. April 2019 - 1 StR 21/19, Rn. 2; Urteil vom 26. Oktober 2015 - 1 StR 317/15, BGHR BtMG § 30 Abs. 1 Nr. 2 Konkurrenzen 3; Beschlüsse vom 25. Juli 2013 - 3 StR 143/13, NStZ 2014, 164, 165; vom 3. September 1997 - 2 StR 431/97 und vom 27. September 1995 - 2 StR 434/95, NStZ-RR 1996, 47, 48). Nimmt das Tatgericht einen minder schweren Fall des bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln gemäß § 30a Abs. 3 BtMG an, so hat es in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob der im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängte Straftatbestand des § 29a Abs. 1 BtMG eine Sperrwirkung hinsichtlich seiner Mindeststrafe entfaltet, oder ob auch insoweit ein minder schwerer Fall anzunehmen wäre (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteile vom 10. Januar 2019 - 3 StR 448/18, Rn. 7; vom 19. Dezember 2013 - 4 StR 303/13, NStZ-RR 2014, 82, 83 und vom 13. Februar 2003 - 3 StR 349/02, BGHR BtMG § 30a Abs. 3 Strafzumessung 1; Beschluss vom 18. April 2018 - 2 StR 1/18, BGHR BtMG § 30a Abs. 3 Strafzumessung 3; nicht tragend zur Sperrwirkung auch der Strafobergrenze vgl. BGH, Beschluss vom 25. Juli 2013 - 3 StR 143/13, NStZ 2014, 164, 165 f.). Bejaht das Tatgericht (auch) einen minder schweren Fall im Sinne des § 29a Abs. 2 BtMG, so entfällt die Sperrwirkung des im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängten Straftatbestands mit der Folge, dass es bei dem gesetzlichen Strafraumen des minder schweren Falles im Sinne des § 30a Abs. 3 sein Bewenden hat. 7

Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist dem Grundtatbestand des § 29 BtMG einschließlich des darin für besonders schwere Fälle eröffneten Sonderstrafrumens des § 29 Abs. 3 BtMG keine Sperrwirkung in diesem Sinne beizumessen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 9. November 2017 - 4 StR 393/17, Rn. 7; vom 24. April 2003 - 3 StR 369/01, Rn. 12 und vom 21. Dezember 1995 - 1 StR 697/95, StV 1996, 267). Der Grundtatbestand des § 29 Abs. 1 BtMG enthält keine erhöhte Mindeststrafe, die Sperrwirkung entfalten könnte. Dies gilt trotz des für besonders schwere Fälle eröffneten Strafrumens des § 29 Abs. 3 BtMG, da es sich insoweit um eine Strafzumessungsregel handelt, deren Anwendung einen richterlichen Wertungsakt voraussetzt. Zur Vermeidung wertungswidriger Ergebnisse (vgl. BGH, Beschluss vom 30. Juni 2005 - 1 StR 227/05, NStZ 2006, 34, 35) bedarf es der Annahme einer Sperrwirkung nicht (siehe aber zur „Sperrwirkung“ des § 177 Abs. 6 StGB BGH, Urteile vom 6. Februar 2019 - 5 StR 598/18, Rn. 7, vom 12. Januar 2011 - 5 StR 403/10, NStZ-RR 2011, 141, 142; vom 5. Juni 2003 - 3 StR 60/03, NStZ 2004, 32, 33; siehe auch BGH, Urteil vom 7. März 2000 - 5 StR 30/00, NStZ 2000, 419; Beschluss vom 3. Dezember 2014 - 4 StR 512/14, StV 2015, 637). Vielmehr kann die Erfüllung des Regelbeispiels der Gewerbsmäßigkeit im Sinne des § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG im Rahmen der Strafzumessung innerhalb des Qualifikationstatbestands angemessen berücksichtigt werden (vgl. BGH, Beschlüsse vom 9. April 2019 - 1 StR 21/19; vom 3. September 1997 - 2 StR 431/97; vom 17. September 1993 - 4 StR 509/93, NStZ 1994, 39; vom 21. Dezember 1995 - 1 StR 697/95, StV 1996, 267; Urteil vom 26. Oktober 2015 - 1 StR 317/15, BGHR BtMG § 30 Abs. 1 Nr. 2 Konkurrenzen 3). 8

Das Urteil beruht jedoch nicht auf diesem Rechtsfehler. Die Anwendung eines minder schweren Falles des § 29a Abs. 2 BtMG liegt angesichts des gewerbsmäßigen Handelns des Angeklagten, dem das Landgericht erkennbar besonderes strafscharfendes Gewicht beigemessen hat, fern. Es hat daher seiner Strafzumessung im Ergebnis zutreffend einen Strafraumen von einem bis zu zehn Jahren zugrunde gelegt. 9

2. Auch die auf §§ 69, 69a StGB gestützte Maßregelanordnung ist rechtsfehlerfrei. 10

3. Das Urteil hält revisionsgerichtlicher Überprüfung jedoch nicht stand, soweit das Landgericht von einer Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt abgesehen hat (§ 64 StGB). 11

a) Das Landgericht ist - ohne Hinzuziehung eines Sachverständigen - von einem Hang des Angeklagten zum Konsum von Amphetamin ausgegangen und hat einen symptomatischen Zusammenhang zwischen Hang und den verfahrensgegenständlichen Straftaten bejaht. Eine Unterbringung des Angeklagten in der Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) hat es mit der Begründung abgelehnt, dass „aufgrund des über viele Jahre straffreien Verhaltens des Angeklagten [...] Zweifel“ bestünden, ob er zukünftig hangbedingt erneut erhebliche rechtswidrige Straftaten begehen werde. Darüber hinaus bestünde keine hinreichend konkrete Aussicht auf einen Behandlungserfolg. Zwar sei der Angeklagte bereit, freiwillig eine stationäre Drogenentwöhnungstherapie durchzuführen und wolle die Zurückstellung der Strafvollstreckung nach § 35 BtMG erreichen. Zu einer zwangsweisen Therapie sei er hingegen nicht bereit. Auch wenn Ziel der Behandlung im Maßregelvollzug sein könne, die Therapiebereitschaft bei einem Verurteilten erst zu wecken, habe nicht die Überzeugung gewonnen werden können, dass „zumindest die Möglichkeit“ bestehe, „bei dem Angeklagten diese Therapiebereitschaft zu wecken“; denn angesichts der verhängten Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten, von denen im Wege der Untersuchungshaft bereits mehr als vier Monate vollstreckt seien, „wäre die Unterbringung nach § 64 StGB voraussichtlich länger als die tatsächlich vollstreckte Länge der Freiheitsstrafe.“ Es bestehe daher „auch kein Anreiz für den Angeklagten, seine Einstellung zur Unterbringung nach § 64 StGB im Hinblick auf eine mögliche Verkürzung des Freiheitsentzugs zu ändern.“ b) Weder die Ausführungen zur Gefährlichkeitsprognose noch die Erwägungen, mit denen die Strafkammer ihre Annahme fehlender hinreichender Erfolgsaussicht im Sinne des § 64 Satz 2 StGB begründet, halten rechtlicher Überprüfung stand. 12

aa) Die Erwägungen zur Gefährlichkeitsprognose sind lückenhaft. Das Landgericht hat weder alle für und gegen eine Rückfallgefahr sprechenden Umstände gegeneinander abgewogen noch hat es den für eine Rückfallgefahr sprechenden Umstand berücksichtigt, dass es sich bei dem Angeklagten um einen langjährigen Betäubungsmittelkonsumenten handelt, der zur Finanzierung seines Lebensunterhalts und seiner Drogensucht die verfahrensgegenständliche Anlasstat des (bewaffneten) Handeltreibens mit Amphetamin begangen hat. 13

bb) Auch die Wertung des Landgerichts, es fehle an einer hinreichend konkreten Erfolgsaussicht im Sinne des § 64 Satz 2 StGB, ist nicht tragfähig begründet. Das Landgericht hat allein darauf abgestellt, dass der Angeklagte nicht therapiebereit sei und seine Mitwirkungsbereitschaft auch nicht geweckt werden könne, weil der Maßregelvollzug angesichts der verhängten und teilweise bereits durch Untersuchungshaft verbüßten Strafe keinen Anreiz biete, sich auf die Behandlung im Maßregelvollzug einzulassen. Diese Erwägungen tragen die Annahme fehlender Behandlungsaussicht im Sinne des § 64 Satz 2 StGB nicht, denn sie sind lückenhaft. 14

Die fehlende Therapiebereitschaft des Angeklagten ist für sich genommen kein Grund, von der Anordnung einer Unterbringung gemäß § 64 StGB abzusehen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 10. Mai 2011 - 4 StR 178/11, StraFo 2011, 323, 324 und vom 15. Dezember 2009 - 3 StR 516/09, Rn. 5). Ob der Schluss von einem Mangel an Therapiebereitschaft auf das Fehlen einer hinreichend konkreten Erfolgsaussicht der Behandlung tragfähig ist, lässt sich nur aufgrund einer Gesamtwürdigung der Täterpersönlichkeit und aller sonst maßgeblichen Umstände beurteilen (BGH, Beschluss vom 15. Dezember 2009 - 3 StR 516/09, Rn. 5). Einer besonders eingehenden Erörterung bedarf die Frage der Behandlungsaussicht in Fällen, in denen das Tatgericht - wie hier - einer Zurückstellung der Strafvollstreckung gemäß § 35 BtMG zustimmt und damit zu erkennen gibt, dass es den Angeklagten grundsätzlich für therapiefähig hält (vgl. BGH, Beschluss vom 22. März 2017 - 3 StR 38/17, NStZ-RR 2017, 283, 284). Zwar kann die Bewertung der Erfolgsaussichten aufgrund der unterschiedlichen Maßstäbe, die an die Behandlungsprognose anzulegen sind (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Juli 2010 - 3 StR 169/10, StV 2011, 271, 272), auseinanderfallen und eine Entscheidung dahin in Betracht kommen, dass eine Zurückstellung der Strafvollstreckung gemäß § 35 BtMG möglich erscheint, während eine Anordnung gemäß § 64 StGB in Ermangelung hinreichender Erfolgsaussicht zu verneinen sein kann. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Unterbringung nach § 64 StGB der dem Vollstreckungsverfahren vorbehaltenen Maßnahme nach § 35 BtMG vorgeht; von der Anordnung der Unterbringung nach § 64 StGB darf daher nicht abgesehen werden, weil eine Entscheidung nach § 35 BtMG ins Auge gefasst ist oder vom Angeklagten bevorzugt wird (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Mai 2011 - 4 StR 178/11, StraFo 2011, 323, 324). Den hieraus folgenden Darlegungsanforderungen werden die Urteilsgründe nicht gerecht. Soweit das Landgericht darauf verweist, dass die Therapiemotivation des Angeklagten im Maßregelvollzug auch nicht geweckt werden könne, weil dieser „voraussichtlich länger als die tatsächlich vollstreckte Länge der Freiheitsstrafe dauere“ ist diese Erwägung schon deshalb nicht nachvollziehbar, weil das Landgericht sich zur erforderlichen Dauer einer suchttherapeutischen Behandlung nicht verhalten hat. 15

4. Die Frage der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt bedarf daher - unter Hinzuziehung eines Sachverständigen (§ 246a StPO) - neuer Verhandlung und Entscheidung. Dass nur der Angeklagte Revision eingelegt hat, hindert die Nachholung der Unterbringungsanordnung nicht (§ 358 Abs. 2 Satz 3 StPO), denn der Angeklagte hat die Nichtanwendung des § 64 StGB durch das Tatgericht nicht von seinem Rechtsmittelangriff ausgenommen (vgl. BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017 - 4 StR 597/16, NZV 2017, 278, 280). Einer Aufhebung des Strafausspruchs bedarf es nicht. Den Urteilsgründen sind keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass 16

zwischen Strafausspruch und Nichtanordnung der Maßregel eine Wechselwirkung besteht (vgl. BGH, Beschlüsse vom 30. Juli 2019 - 2 StR 93/19, insoweit nicht abgedruckt in NStZ-RR 2020, 37 und vom 6. September 2016 - 3 StR 283/16, insoweit nicht abgedruckt in StV 2018, 358). Es ist daher auszuschließen, dass das Landgericht bei Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt auf mildere Einzelstrafen oder eine mildere Gesamtstrafe erkannt hätte.