

HRRS-Nummer: HRRS 2010 Nr. 568

Bearbeiter: Ulf Buermeyer

Zitiervorschlag: BGH HRRS 2010 Nr. 568, Rn. X

BGH 5 StR 117/10 - Beschluss vom 27. April 2010 (LG Berlin)

Minder schwerer Fall des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (Prüfungsreihenfolge).

§ 30a Abs. 3 BtMG; § 21 StGB; § 49 StGB

Entscheidungstenor

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Berlin vom 5. November 2009 nach § 349 Abs. 4 StPO im Strafausspruch aufgehoben.

Die weitergehende Revision des Angeklagten wird nach § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet verworfen.

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 bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt und seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angeordnet. Die dagegen gerichtete Revision des Angeklagten führt - entsprechend dem Antrag des Generalbundesanwalts - zur Aufhebung des Urteils im Strafausspruch. Im Übrigen ist sie unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO. 1

Die Überprüfung des Urteils hat einen Rechtsfehler insoweit ergeben, als das Landgericht bei der Bestimmung des anzuwendenden Strafrahmens die vorgegebene Prüfungsreihenfolge nicht eingehalten und daher das Vorliegen eines minder schweren Falles nach § 30a Abs. 3 BtMG mit unzulänglicher Begründung abgelehnt hat. Vor der Erörterung der vom Landgericht vorgenommenen Strafrahmenverschiebung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB war § 30a Abs. 3 BtMG zu prüfen, aus dem sich ein für den Angeklagten deutlich günstigerer Strafrahmen ergeben hätte. Insoweit hat das Landgericht nachvollziehbar ausgeführt, dass die allgemeinen Milderungsgründe nicht ausreichen, einen minder schweren Fall zu begründen. Nicht bedacht hat es jedoch, dass weiter zu prüfen war, ob wegen der allgemeinen Milderungsgründe zusammen mit dem vertypen Milderungsgrund des § 21 StGB ein minder schwerer Fall angenommen werden kann (vgl. Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung 4. Aufl. Rdn. 588 ff.). Ein Beruhen der Strafhöhe auf diesem Rechtsfehler ist nicht ausgeschlossen. 2

Angesichts des bloßen Wertungsmangels bedarf es nicht der Aufhebung von Feststellungen; ergänzende, den bisherigen nicht widersprechende Feststellungen sind zulässig. Das neue Tatgericht wird Wendungen zu vermeiden haben, die einen Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot nach § 46 Abs. 3 StGB besorgen lassen können. Der Maßregelausspruch - einschließlich der Nichtanwendung eines Teilvorwegvollzugs nach § 67 Abs. 2 StGB aus besonderen Gründen - wird von dem Rechtsfehler nicht berührt. Auf § 67a StGB wird hingewiesen. 3