



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

5 StR 561/16

vom
8. Februar 2017
in der Strafsache
gegen

1.

2.

3.

4.

wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge u.a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und der Beschwerdeführer am 8. Februar 2017 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Die Revisionen der Angeklagten G. , M. und A. gegen das Urteil des Landgerichts Berlin vom 22. Juli 2016 werden als unbegründet verworfen.

Jeder Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

2. Auf die Revision des Angeklagten Ao. wird das vorgenannte Urteil
 - a) im Schuldspruch dahin berichtigt, dass der Angeklagte wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, wegen Verabredung eines Verbrechens des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit der Bestimmung eines Minderjährigen zur Förderung des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln und mit Besitz von Betäubungsmitteln verurteilt ist,
 - b) im Maßregelausspruch und im Ausspruch über den Vorwegvollzug eines Teils der Gesamtfreiheitsstrafe aufgehoben.

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 verworfen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat die Angeklagten M. und G. wegen (unerlaubten) Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und Verabredung eines Verbrechens des (unerlaubten) Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, den Angeklagten Ao. zusätzlich wegen (unerlaubten) Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit „der Bestimmung eines nicht Volljährigen zur Abgabe von Betäubungsmitteln und der Förderung des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln“ in weiterer Tateinheit mit (unerlaubtem) Besitz von Betäubungsmitteln sowie den Angeklagten A. wegen Beihilfe zum (unerlaubten) Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge jeweils zu (Gesamt-)Freiheitsstrafen verurteilt; hinsichtlich des Angeklagten Ao. hat es darüber hinaus dessen Unterbringung in einer Entziehungsanstalt sowie den Vorwegvollzug eines Teils der verhängten Gesamtfreiheitsstrafe angeordnet und sichergestelltes Bargeld in Höhe von 12.800 € für verfallen erklärt. Die auf die allgemeine Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten Ao. hat im Umfang der Beschlussformel Erfolg; im Übrigen ist sie – wie auch die Revisionen der Angeklagten G. , M. und A. – gemäß § 349 Abs. 2 StPO unbegründet.

2 1. Hinsichtlich der Revision des Angeklagten G. bemerkt der Senat
mit Blick auf den Schriftsatz der Verteidigung vom 12. Dezember 2016:

3 Die Strafkammer ist aufgrund rechtsfehlerfreier Beweiswürdigung zur
Annahme eines täterschaftlichen Handelns des Angeklagten G. gekommen.
Hätten die Angeklagten M. und Ao. eine finanzielle Beteiligung des
Angeklagten G. an den Gewinnen aus den Verkäufen des in der Plantage
„I. S. “ angebauten Cannabis eingeräumt, hätte sich dies nicht zwin-
gend strafmildernd für sie ausgewirkt, sondern eine bandenmäßige Bege-
hungsweise nahegelegt.

4 2. Die Revision des Angeklagten Ao. führt zu einer Berichtigung des
Schuldspruchs sowie zur Aufhebung des Maßregelausspruchs nebst Anord-
nung des Vorwegvollzugs eines Teils der Strafe.

5 a) Die tateinheitliche Verurteilung wegen „Bestimmung eines nicht Voll-
jährigen zur Abgabe von Betäubungsmitteln“ hat zu entfallen. Abgabe im Sinne
von § 29 Abs. 1 Nr. 1, § 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG ist die Übertragung der tatsäch-
lichen Verfügungsgewalt ohne rechtsgeschäftliche Grundlage und ohne Gegen-
leistung an einen Dritten, der über das Betäubungsmittel frei verfügen kann
(BGH, Beschluss vom 29. September 1998 – 4 StR 403/98, NStZ-RR 1999, 89
mwN). Die vom Angeklagten Ao. veranlasste Übergabe von Betäubungsmit-
teln durch seinen elfjährigen Bruder an einen Konsumenten diente demgegen-
über dem Umsatz im Rahmen des Betäubungsmittelhandels des Angeklagten,
den der Bruder unter Anleitung des Angeklagten durch vielfältige Tätigkeiten
förderte. Unabhängig davon, ob der minderjährige Bruder des Angeklagten un-
eigennützig handelte, erfüllte die Übergabe des Betäubungsmittels durch ihn an
einen Abnehmer nicht die Voraussetzungen einer „Abgabe“, da sie nicht ohne
Gegenleistung geschah. Dient der Tatbeitrag dem Umsatz von Betäubungsmit-

teln, liegt auch im Falle uneigennütziger Mitwirkung Beihilfe zum Handeltreiben eines anderen vor (BGH aaO), derentwegen der schuldunfähige Bruder des Angeklagten allerdings nicht strafbar war.

6 b) Die Anordnung der Unterbringung des Angeklagten Ao. in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) hält sachlich-rechtlicher Prüfung nicht stand.

7 aa) Das Landgericht geht – sachverständig beraten – von einer Tilidin-Abhängigkeit des Angeklagten aus. Zur Bejahung des erforderlichen symptomatischen Zusammenhangs zwischen dem „Hang“ des Angeklagten und den Taten verweist es ohne Darlegung der Anknüpfungstatsachen und ohne eigene Würdigung auf die Aussage des Sachverständigen, der Angeklagte habe die Taten begangen, um damit „auch“ seinen Tilidinkonsum zu finanzieren (UA S. 77).

8 Somit bleibt unklar, wie der Sachverständige zu den von ihm gezogenen Schlüssen gelangt ist. Eine solche Wertung ergibt sich aus dem festgestellten Sachverhalt auch nicht von selbst. Das Landgericht trifft keine Feststellungen über die Menge des vom Angeklagten konsumierten Tilidin sowie die damit verbundenen Kosten. Angesichts des Umstandes, dass der Angeklagte über monatliche Erwerbseinkünfte in Höhe von 500 € verfügt und noch im elterlichen Haushalt lebt, ist nicht ohne weiteres ersichtlich, dass er zur Finanzierung seines Konsums auf illegale Einkünfte angewiesen wäre. Die Annahme, dass es sich bei den vom Angeklagten begangenen Taten um Beschaffungskriminalität handelt, wird auch dadurch in Frage gestellt, dass im Badezimmer seiner Wohnung verstecktes Bargeld in Höhe von 12.800 € sichergestellt wurde, dessen Verfall das Landgericht – rechtsfehlerfrei – angeordnet hat.

9 Nach den Feststellungen hat der Angeklagte zwar mit Marihuana gehandelt, um damit „unter anderem auch seinen Eigenkonsum zu finanzieren“ (UA S. 24). Insoweit ist jedoch kein Hang des Angeklagten festgestellt. Vielmehr nimmt der Sachverständige einen „tradierten, milieu- und peergruppenassoziierten“ Substanzmissbrauch an (UA S. 70).

10 bb) Überdies gehen der Sachverständige und mit ihm das Landgericht hinsichtlich der Behandlungsprognose von einem falschen Maßstab aus, indem sie darauf abstellen, dass eine Therapie „auch nicht aussichtslos“ sei (UA S. 77). Seit der Gesetzesänderung im Jahr 2007 (BGBl. I S. 1327) bestimmt § 64 Satz 2 StGB, dass die Anordnung der Unterbringung nur dann ergehen darf, wenn eine hinreichend konkrete Erfolgsaussicht besteht, die untergebrachte Person zu heilen oder über eine nicht unerhebliche Zeit vor dem Rückfall in den Hang zu bewahren und von der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf den Hang zurückgehen. Dieser Maßstab galt auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bereits seit dessen Beschluss vom 16. März 1994 (vgl. BVerfGE 91, 1). Die dem Angeklagten vom Sachverständigen bescheinigte „ausreichende Therapiemotivation“ genügt den Anforderungen zur Begründung einer hinreichend konkreten Erfolgsaussicht der Behandlung in einer Entziehungsanstalt nicht, zumal auch insoweit keine Anknüpfungstatsachen mitgeteilt werden.

Sander

Schneider

Dölp

König

Berger