



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

2 StR 68/19

vom
11. September 2019
in der Strafsache
gegen

wegen Bestimmens einer Person unter 18 Jahren als Person über 21 Jahre
zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 11. September 2019 gemäß § 349 Abs. 2 und Abs. 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Aachen vom 25. September 2018 mit den jeweils zugehörigen Feststellungen, soweit es ihn betrifft und er verurteilt ist, aufgehoben
 - a) im Einzelstrafauspruch zu Fall II.22 der Urteilsgründe sowie im Gesamtstrafenauspruch,
 - b) hinsichtlich der Einziehung des Smartphones Samsung Galaxy S8 mit SIM-Karte,
 - c) soweit eine Entscheidung über die Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 StGB 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.

2. Die weitergehende Revision des Angeklagten wird verworfen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Bestimmens einer Person unter 18 Jahren zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 21 Fällen sowie wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Erwerb von Betäubungsmitteln zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt und ihn im Übrigen freigesprochen. Außerdem hat es Einziehungsentscheidungen getroffen.
- 2 1. Der Schuldspruch wie auch die Einzelstrafaussprüche in den Fällen II.1 bis 21 der Urteilsgründe weisen keine Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten auf.
- 3 2. a) Hingegen begegnet der Strafausspruch im Fall II.22 der Urteilsgründe durchgreifenden rechtlichen Bedenken.
- 4 Die Strafkammer hat in diesem Fall, in dem es den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit unerlaubtem Erwerb von Betäubungsmitteln verurteilt hat, die Annahme eines minder schweren Falles nach § 29a Abs. 2 BtMG verneint. Es hat im Rahmen der vorgenommenen Gesamtwürdigung eine Reihe von Strafmilderungsgründen angeführt (über die Anklage hinausreichendes Geständnis, weiche Droge, aufgrund eigenen Konsums gegebene Tatgeneigtheit des „praktisch über keine Voreintragungen verfügenden“ Angeklagten, teilweise Sicherstellung des Marihuanas) und dem – insoweit als gegen den Angeklagten sprechenden Umstand – die Menge der sichergestellten (zutreffend: gehandelten) Betäubungsmittel mit

einem Wirkstoffgehalt von 19,1 %, die „fast um ein Drittel die Grenze der nicht geringen Menge“ übersteige, gegenüber gestellt. Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

5 aa) Nach der Rechtsprechung des Senats ist zwar die Überschreitung der Grenze zur nicht geringen Menge bei der Prüfung eines minder schweren Falles grundsätzlich von Bedeutung. Indes spricht nicht jede über dem Grenzwert liegende Wirkstoffmenge als möglicher strafschärfender Umstand gegen die Annahme eines minder schweren Falles. Je geringer die Überschreitung des Grenzwerts ist, desto näher kann die Annahme eines minder schweren Falles liegen. Eine nur geringe Grenzwertüberschreitung wird deshalb ein Kriterium für die Annahme eines minder schweren Falles sein, während eine ganz erhebliche Überschreitung gegen die Annahme eines solchen spricht (BGHSt 62, 90, 93; Beschluss vom 16. Januar 2019 – 2 StR 488/18).

6 bb) Die im Fall II.22 der Urteilsgründe gehandelten Betäubungsmittel wiesen einen Wirkstoffgehalt von rund 19 g THC auf, was einer Überschreitung des Grenzwerts um das 2,5-fache entspricht. Dies stellt entgegen der Ansicht des Landgerichts jedenfalls keinen bestimmenden Strafschärfungsgrund dar. Angesichts des Umstands, dass das Landgericht weitere strafschärfende Umstände nicht in die Gesamtabwägung eingestellt und im Übrigen eine Reihe von Strafmilderungsgründen bei seiner Gesamtwürdigung berücksichtigt hat, kann der Senat nicht ausschließen, dass das Landgericht ohne die beanstandete Erwägung zur Annahme eines minder schweren Falles und damit auch zu einer niedrigeren Strafe gelangt wäre.

7 b) Die Aufhebung des Einzelstrafausspruchs entzieht auch dem Gesamtstrafenausspruch die Grundlage.

8 3. Auch die Einziehung des Smartphones Galaxy S8 mit SIM-Karte begegnet – im Gegensatz zu den weiteren Einziehungsentscheidungen der Strafkammer – durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

9 Das Landgericht hat dieses Smartphone wie auch das andere eingezogene Mobiltelefon (Typ GT-E 1200 i) als Tatmittel im Sinne von § 74 Abs. 1 StGB angesehen, hat aber nicht durch Tatsachen belegt, dass es tatsächlich zur Begehung oder Vorbereitung einer der Taten gebraucht worden ist. Während die Strafkammer festgestellt hat, dass das Mobiltelefon vom Typ GT-E 1200 i der Kontaktaufnahme mit den Betäubungsmittelhändlern diene und gelegentlich stundenweise dem gesondert verfolgten K. überlassen wurde, fehlen Hinweise darauf, inwieweit auch das Smartphone Galaxy S8 im Rahmen der abgeurteilten Taten Verwendung gefunden hat oder hätte finden sollen. Auch den Ausführungen des Landgerichts zu den „Erkenntnissen der Telekommunikationsüberwachung und der Mobilfunkauswertung“ lässt sich dies nicht entnehmen.

10 4. Schließlich erweist sich die landgerichtliche Entscheidung auch insoweit als rechtsfehlerhaft, als die Strafkammer keine ausdrückliche Entscheidung über eine Unterbringung des Angeklagten nach § 64 StGB getroffen hat.

11 a) Nach den Feststellungen des Landgerichts begann der Angeklagte, der aufgrund seines Marihuanakonsums tatgeneigt war und das Marihuana teilweise auch zum Eigenkonsum erwarb, um das Jahr 2013/2014 herum damit, Marihuana zu konsumieren. Er steigerte seinen Konsum allmählich bis zu einer Dosis von insgesamt 2 g täglich. Dies diene nach den Angaben des Angeklagten dazu, Alltagsprobleme und Stress zu bewältigen. Im Rahmen seiner Inhaftierung ist es dem Angeklagten nach seinen eigenen Angaben gelungen, seinen

Marihuanakonsum vollständig einzustellen. Das Landgericht hat „im Hinblick auf den im Tatzeitraum praktizierten Cannabisabusus durch den Angeklagten und seine Taten sowie der nach dem Eindruck gefestigten Bereitschaft des Angeklagten, sich in naher Zukunft einer Entwöhnungstherapie zu unterziehen, die Zustimmung für eine Zurückstellung der Strafvollstreckung gemäß § 35 BtMG bereits zum jetzigen Zeitpunkt erteilt“.

- 12 b) Auf der Grundlage dieser Feststellungen erweist sich die fehlende Erörterung der Anordnung einer Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 StGB als durchgreifend rechtsfehlerhaft. Die mitgeteilten Umstände des Betäubungsmittelkonsums des Angeklagten und dessen Auswirkungen auf die Begehung der abgeurteilten Straftaten weisen zumindest darauf hin, dass der Angeklagte nicht nur den Hang hat, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen, sondern dass auch ein symptomatischer Zusammenhang mit den abgeurteilten Straftaten gegeben ist. Soweit die Strafkammer § 64 Satz 1 StGB möglicherweise deswegen nicht erkennbar geprüft hat, weil der Angeklagte nach seinen Angaben seit seiner Inhaftierung nicht mehr konsumierte, hätte sie der Beurteilung ein zu enges Verständnis des Hangs zugrunde gelegt (st. Rspr.; vgl. zuletzt Senat, StV 2019, 330). Im Übrigen ist das Landgericht – wie sich den Ausführungen zur Zustimmung einer Zurückstellung der Strafvollstreckung nach § 35 BtMG entnehmen lässt – (wohl) selbst von einer noch bestehenden Abhängigkeit des Angeklagten ausgegangen. Da sich den Urteilsgründen auch keine Umstände entnehmen lassen, welche die Prognose zuließen, dass eine hinreichend konkrete Erfolgsaussicht im Sinne des § 64 Satz 2 StGB nicht besteht, weitergehend sogar von einer „gefestigten Bereitschaft des Angeklagten“ auszugehen ist, sich in naher Zukunft einer Entwöhnungstherapie zu unterziehen, und damit die Annahme einer hinreichenden Erfolgsaussicht einer Unter-

bringung nahe liegt, versteht sich die Nichtanordnung einer Maßregel nach § 64 StGB auch insoweit nicht von selbst.

- 13 c) Die Frage der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt bedarf daher neuer tatrichterlicher Prüfung und Entscheidung. Dass nur der Angeklagte Revision eingelegt hat, steht einer Nachholung der Unterbringungsanordnung nicht entgegen (BGHSt 37, 5). Der Beschwerdeführer hat die Nichtanwendung des § 64 StGB auch nicht von seinem Rechtsmittelangriff ausgenommen (BGHSt 38, 362).

Franke

Krehl

Eschelbach

Zeng

Meyberg