



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

1 StR 147/03

vom

10. September 2003

in der Strafsache

gegen

wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge u.a.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 10. September 2003, an der teilgenommen haben:

Richter am Bundesgerichtshof

Dr. Wahl

als Vorsitzender

und die Richter am Bundesgerichtshof

Schluckebier,

Dr. Kolz,

Hebenstreit,

die Richterin am Bundesgerichtshof

Elf,

Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof

als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt

als Verteidiger,

Justizangestellte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 14. Oktober 2002 wird mit folgender Maßgabe verworfen:
  - a) Die Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt entfällt.
  - b) Die mit Urteil des Landgerichts München I vom 13. November 2000 - 9 KLS 364 Js 54127/99 angeordnete Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt bleibt aufrecht erhalten.

Der Angeklagte trägt die Kosten seines Rechtsmittels.

2. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts München I vom 14. Oktober 2002 im Rechtsfolgenausspruch mit den Feststellungen aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels der Staatsanwaltschaft, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in fünf Fällen, jeweils in Tateinheit mit unerlaubtem Handeltreiben in nicht geringer Menge - unter Einbeziehung von Einzelstrafen aus einer früheren Verurteilung - zu der Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren und sechs Monaten verurteilt und die Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt angeordnet. Die mit der allgemeinen Sachrüge begründete Revision des Angeklagten ist bis auf die aus der Urteilsformel ersichtliche Umstellung im Ausspruch über die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt erfolglos. Mit ihrer auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkten Revision rügt die Staatsanwaltschaft die Verletzung materiellen Rechts. Sie beanstandet insbesondere die Annahme verminderter Schuldfähigkeit des Angeklagten zu den Tatzeiten und die fehlende Auseinandersetzung mit den Vorschriften über den Verfall. Damit hat die Staatsanwaltschaft Erfolg.

I.

Nach den Feststellungen des Landgerichts übernahm der Angeklagte Anfang Dezember 1997 die Drogengeschäfte des P. sowie dessen Drogenkurierin L. . In der Zeit von Dezember 1997 bis Ende April 1998 fuhr L. im Auftrag des Angeklagten fünfmal nach Prag, um dort dreimal 500 g und zweimal 1 kg Heroin (Wirkstoffgehalt jeweils

mindestens 20 %) zu übernehmen, unerlaubt nach Deutschland einzuführen und dem Angeklagten in dessen Wohnung in München zu übergeben. Das Kaufgeld - jeweils zwischen 15.000,-- DM und 23.000,-- DM - hatte der Angeklagte der Kurierin immer in einem Briefumschlag mitgegeben. Geringe Mengen des Heroins konsumierte der Angeklagte selbst. Den größten Teil verkaufte er gewinnbringend weiter. Das Landgericht verhängte für diese Taten unter Strafmilderung gemäß §§ 21, 49 Abs. 1 StGB wegen nicht ausschließbar verminderter Schuldfähigkeit Einzelstrafen in Höhe von dreimal drei Jahren und neun Monaten und zweimal fünf Jahren und drei Monaten.

Wegen weiterer Heroingeschäfte in der Zeit von September bis Dezember 1999 war der Angeklagte vom Landgericht München I bereits am 13. November 2000 - ausgehend von zehn Einzelstrafen in Höhe von acht Monaten bis zu einem Jahr und acht Monaten - mit dem einbezogenen Urteil zu der Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt worden. Bereits mit diesem Urteil ist die Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt angeordnet worden.

## II.

Die auf die allgemeine Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten ist aus den vom Vertreter des Generalbundesanwalts in seiner Antragschrift vom 9. April 2003 und in der Revisionshauptverhandlung dargelegten Gründen weitgehend offensichtlich unbegründet. Lediglich der erneute Ausspruch über die Unterbringung des Angeklagten in der Entziehungsanstalt ist zu korrigieren. Denn auch insoweit haben die Grundsätze der nachträglichen Ge-

samtsstrafenbildung (§ 55 StGB) Vorrang vor § 67 f StGB, so daß in der neuen Entscheidung lediglich die frühere Anordnung der Maßregel aufrechtzuerhalten, nicht aber eine neue Maßregel anzuordnen ist (BGHSt 30, 305; BGH NStZ 1998, 79). Nur so wird vermieden, daß sich die nicht gleichzeitige Aburteilung der Taten zu Lasten des Täters auswirkt, etwa bei der Dauer des Maßregelvollzugs (vgl. Stree in Schönke/Schröder StGB 26. Aufl. § 67 f Rdn. 5).

Da für eine erneute Prüfung der Voraussetzungen des § 64 StGB somit kein Raum war, kommt es nicht darauf an, daß nach den im angefochtenen Urteil hierzu getroffenen Feststellungen die Erfolgsaussicht einer Therapie beim Angeklagten eher fraglich erscheint. Die Kammer stellte fest, "bisherige Therapien führten nicht dazu, daß der Angeklagte drogenfrei lebte" (UA S. 5). Vor diesem Hintergrund ist nicht nachvollziehbar, woraus der Sachverständige und mit ihm die Strafkammer folgern, "daß eine Therapie beim Angeklagten aussichtsreich erscheint". Denn nähere Darlegungen dazu fehlen.

### III.

1. Die Revision der Staatsanwaltschaft ist auf den Rechtsfolgenauspruch beschränkt. Zwar erklärt die Staatsanwaltschaft eingangs ihrer Revisionsbegründungsschrift eine Beschränkung auf den Strafausspruch und nennt am Ende als Ziel der Revision die Aufhebung des angegriffenen Urteils im Strafausspruch. Dies steht jedoch im Widerspruch zum sonstigen Inhalt der Revisionsbegründung. Denn darin beanstandet die Staatsanwaltschaft auch die Nichtanordnung des Verfalls von Wertersatz (§ 73 a StGB). Das Revisions-

vorbringen ist daher mit Rücksicht auf das ersichtlich erstrebte Ziel dahin auszulegen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 11. April 2000 - 1 StR 55/00 - und vom 23. Oktober 1997 - 4 StR 226/97; Hanack in Löwe-Rosenberg StPO 25. Aufl. § 344 Rdn. 10), daß der gesamte Rechtsfolgenausspruch angegriffen ist.

## 2. Die Revision der Staatsanwaltschaft hat Erfolg:

a) Die Begründung, mit welcher das Landgericht eine erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit (Steuerungsfähigkeit) des Angeklagten zu den jeweiligen Tatzeitpunkten angenommen und deshalb bei der Festsetzung der Einzelstrafen den nach §§ 21, 49 Abs. 1 gemilderten Strafraumen des § 30 Abs. 1 BtMG zugrunde gelegt hat, hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Die Strafkammer hat hierzu ausgeführt:

"Nach den überzeugenden Ausführungen des Dr. S. , der als Arzt für Neurologie und Psychiatrie große Erfahrungen bei der Begutachtung von Drogenabhängigen hat, leidet der Angeklagte seit vielen Jahren, auch zur Tatzeit von Dezember 1997 bis Ende April 1998 an einer Politoxikomanie. In Anbetracht der großen Mengen von eingeführtem Heroin liegt zwar keine direkte Beschaffungskriminalität vor. Nach den Ausführungen des Sachverständigen bestand beim Angeklagten jedoch aufgrund seines Abhängigkeitssyndroms ein indirekter Beschaffungsdruck. Hierzu kommt nach den Ausführungen des Sachverständigen, dass der Angeklagte durch den ihm physisch und psychisch weit überlegenen P. unter Druck gesetzt wurde und diesen fürchtete. Das Gericht konnte sich selbst davon überzeugen, dass es sich bei P. um eine sehr dominante Persönlichkeit handelt. Die Zeugen K. und Sa. , die ihn näher kennen gelernt hatten, beschrieben ihn als brutal. Beide berichteten, dass sich P. ihnen gegenüber gebrüstet hatte, schon einmal zwei Personen aus dem Weg geräumt zu haben. Der Sachverständige Dr. S. hat überzeugend und nachvollziehbar dargelegt, daß die Drogenabhängigkeit des Angeklagten und der auf ihn ausgeübte psychische Druck des P. dazu führen, daß eine erheblich verminderte Steuerungsfähigkeit im Sinne des § 21 StGB nicht ausgeschlossen werden kann. Dieser Einschätzung schließt sich die Kammer an."

Diese Darlegungen lassen befürchten, daß die Strafkammer schon nicht von einem zutreffenden Prüfungsansatz ausging. Bei der Frage, ob eine Verminderung der Steuerungsfähigkeit "erheblich" i.S.d. § 21 StGB ist, handelt es sich um eine Rechtsfrage, die der Tatrichter ohne Bindung an Äußerungen von Sachverständigen zu beantworten hat. Dabei fließen normative Erwägungen ein. Die rechtliche Erheblichkeit der Verminderung des Hemmungsvermögens hängt entscheidend von den Ansprüchen ab, die die Rechtsordnung an das Verhalten zu stellen hat, wenn die Tat mit den festgestellten Folgen von Drogenmißbrauch zusammenhängt. Dies zu beurteilen und zu entscheiden ist Sache des Richters. Allein zur Beurteilung der Vorfrage nach den medizinisch-psychiatrischen Anknüpfungstatsachen bedarf er sachverständiger Hilfe, sofern er hierüber nicht aufgrund eigener Sachkunde befinden kann (BGHSt 43, 66 [77]; BGH StV 1999, 309 [310]; Lenckner/Perron StGB 26. Aufl. § 21 Rdn. 4 m.w.N).

Außerdem ist die Einschätzung des Sachverständigen, der sich die Kammer anschließt, ohne Mitteilung der Befundtatsachen insbesondere zur Sucht des Angeklagten nicht nachvollziehbar und steht mit anderen von der Strafkammer getroffenen Feststellungen nicht in Einklang.

aa) Bei Drogenabhängigkeit ist zwar in besonders gelagerten Fällen eine Verminderung - oder gar ein Ausschluß - der Schuldfähigkeit auf der Basis einer "schweren seelischen Abartigkeit" oder einer "krankhaften seelischen Störung" nicht von vorneherein ausgeschlossen (vgl. Jähnke in Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl. § 20 Rdn. 51; Streng in Münchener Kommentar zum StGB, § 20 Rdn. 105; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder StGB § 20 Rdn. 17, jeweils m.w.N.). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts-

hofs begründet jedoch die Abhängigkeit von Betäubungsmitteln für sich allein noch nicht die erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit im Sinne von § 21 StGB. Derartige Folgen sind bei einem Rauschgiftsüchtigen nur ausnahmsweise gegeben, wenn langjähriger Betäubungsmittelgenuß zu schwersten Persönlichkeitsveränderungen geführt hat oder der Täter unter starken Entzugerscheinungen leidet und dadurch dazu getrieben wird, sich mittels einer Straftat Drogen zu verschaffen, ferner unter Umständen dann, wenn er das Delikt im Zustand eines akuten Rausches verübt (BGH NStZ 2002, 31 [32]; BGH NStZ 2001, 83 [84]; BGH StV 1997, 517; BGHR StGB § 21 BtM-Auswirkungen 12 - "nicht lediglich von § 21 'ausgehen' -"; Theune, Auswirkungen der Drogenabhängigkeit auf die Schuldfähigkeit und die Zumessung von Strafe und Maßregel, NStZ 1997, 69; jeweils m.w.N.).

Vom Vorliegen einer schweren Persönlichkeitsveränderung beim Angeklagten oder einer Tatbegehung während eines akuten Drogenrausches ist die Strafkammer ersichtlich nicht ausgegangen. Aber auch dafür, daß der Angeklagte unter dem Eindruck starker Entzugerscheinungen oder aus Angst davor zu seinen Taten getrieben wurde, werden zureichende Anhaltspunkte nicht mitgeteilt. Zur Drogenkarriere des "drogenabhängigen", auch einschlägig mehrfach erheblich vorbestraften Angeklagten stellt die Strafkammer lediglich fest:

"Im Alter von 16 Jahren fing der Angeklagte an, gelegentlich Haschisch zu rauchen. Im Alter von 23 Jahren begann er regelmäßig Kokain zu konsumieren, zwei Jahre später auch Heroin, das er seit 1990 auch spritzte. Nach seiner letzten Haftentlassung im Oktober 1997 konsumierte der Angeklagte Heroin nur noch durch Schnupfen. Bisherige Therapien führten nicht dazu, daß der Angeklagte drogenfrei lebte."

Nähere Angaben zum Konsumverhalten, insbesondere zur Dosierung des Heroins, die Hinweise auf das Ausmaß der Drogenabhängigkeit geben könnten, fehlen ebenso wie eine Beschreibung der körperlichen Verfassung des Angeklagten - etwa zu Entzugerscheinungen und deshalb eventuell notwendig gewordenen medizinischen Maßnahmen - nach seiner Inhaftierung im Dezember 1999. Sollten weitergehende Feststellungen nicht möglich gewesen sein, da der Angeklagte weder zur Person noch zur Sache Angaben machte und weitere Ermittlungsansätze nicht gegeben waren, hätte es der Zweifelsgrundsatz nicht geboten, von der für den Angeklagten günstigsten Fallgestaltung auch dann auszugehen, wenn hierfür keine Anhaltspunkte bestanden (vgl. BGH NJW 1995, 2300; Gollwitzer in Löwe-Rosenberg StPO 25. Aufl. § 261 Rdn. 112).

Im übrigen liegt angesichts der gehandelten Mengen Sucht als Motiv der Taten hier eher fern. "Bei Transaktionen von mehreren hundert Gramm oder sogar mehreren Kilogramm Heroin z.B. ist ein Zusammenhang mit der eigenen Sucht meist nicht mehr erkennbar, zumal Drogenabhängige in aller Regel nicht dazu neigen, größere Lagerhaltung zu betreiben. Dazu sind sie aufgrund ihres süchtigen Kontrollverlustes gar nicht in der Lage. Fallen also Stoffmengen als Gewinn an, die beispielsweise 10 g Heroin überschreiten, so wird die Motivation aus eigener Sucht unglaubhaft. Es ist zu überprüfen, ob nicht andere Motivationen die Straftat bedingt haben" (Täschner, Kriterien der Schuldfähigkeit Drogenabhängiger bei unterschiedlichen Deliktformen, *Blutalkohol* 1993, 313 [319]).

bb) Furcht vor P. , der - psychisch und physisch überlegen - den Angeklagten unter Druck gesetzt haben soll, kann verminderte

Schuldfähigkeit nicht begründen. Zwar mag psychische Abhängigkeit in extremen Einzelfällen eine "andere seelische Abartigkeit" darstellen (vgl. Streng in Münchener Kommentar zum StGB, § 20 Rdn. 108 m.w.N.). Nötigung zu einer Straftat kann jedoch keinem der Eingangsmerkmale des § 20 StGB zugeordnet werden. Es handelt sich um eine grundsätzlich bewältigbare Herausforderung, bezüglich derer die Verhaltenserwartungen der Gemeinschaft außerhalb der Reichweite der - hier nicht einschlägigen - §§ 34, 35 StGB nicht zurückzunehmen sind (vgl. auch allgemein: Streng aaO Rdn. 109).

Im übrigen steht die - jedenfalls nach der Darstellung in den Urteilsgründen - nicht weiter konkretisierte Bewertung seitens des Sachverständigen nicht in Einklang mit den Feststellungen der Strafkammer. Anhaltspunkte dafür, daß der Angeklagte zur Tatbegehung auch nur überredet werden mußte, ergaben sich danach gerade nicht: "Anfang Dezember 1997" - oder Ende November 1997 (UA S. 18) - "zog sich P. aus dem Drogenhandel zurück und überließ dem Angeklagten sowohl die Drogenkurierin L. als auch den Drogenlieferanten in Tschechien" (UA S. 14), nachdem er - so zitiert die Strafkammer den Zeugen P. - genug Geld verdient gehabt hätte und außerdem wegen Kokainkonsums in einem schlechten gesundheitlichen Zustand gewesen sei. "Der Angeklagte wickelte die Rauschgiftgeschäfte selbständig ab. P., der sich vom 06.01.1998 bis 20.02.1998 sowie seit 15.03.1998 in Haft befand, wurde vom Angeklagten über die Rauschgiftgeschäfte informiert" (UA S. 15), während des Aufenthalts des P. in der Haftanstalt über ein eingeschmuggeltes Mobiltelefon. Dabei nahm P. auch Einfluß auf die Preisgestaltung (UA S. 21). Hinweise auf irgendeine Zwangseinwirkung, auf "psychischen Druck" auf den Angeklagten fehlen. Aus der Schilderung zweier Zeugen, wonach P. brutal sein soll und sich diesen gegenüber gebrü-

stet habe, schon einmal zwei Personen aus dem Weg geräumt zu haben, folgt nichts anderes. Anhaltspunkte dafür, daß es beim Angeklagten des Einsatzes dieses Drohpotentials bedurfte, um ihn zur Übernahme und Durchführung der Drogengeschäfte zu veranlassen, sind nach den Feststellungen der Strafkammer nicht ersichtlich.

Der Senat vermag nicht auszuschließen, daß die Strafkammer ausgehend vom nicht gemäß §§ 21, 49 Abs. 1 StGB gemilderten Normalstrafrahmen des § 30 Abs. 1 BtMG höhere Einzelstrafen verhängt hätte. Deren Aufhebung entzieht der Gesamtstrafe ihre Grundlage, wenn auch die Gesamtstrafenbildung seitens des Landgerichts für sich betrachtet - entgegen der Auffassung der Revisionsführerin - keine Rechtsfehler aufweist.

b) Zu Recht beanstandet die Staatsanwaltschaft die fehlende Auseinandersetzung der Strafkammer mit den Bestimmungen über den Verfall (§§ 73 ff. StGB). Da der Angeklagte den größten Teil des eingeschmuggelten Heroins gewinnbringend weiterveräußerte, unterliegt - ausgehend vom sogenannten Bruttoprinzip (vgl. BGH NStZ 1994, 123; BGH NJW 2002, 3339 [3340] m.w.N.) - der gesamte Verkaufserlös zwingend dem Verfall bzw. ist unter den Voraussetzungen des § 73a der Verfall von Wertersatz anzuordnen, sofern nicht ausnahmsweise (vgl. BGH NStZ 2001, 312) die Härtevorschrift des § 73c StGB greift. Auch dies hätte jedoch der Erörterung bedurft. Soweit die genauen Verkaufspreise nicht mehr ermittelt werden können, ist deren Höhe - etwa in Anlehnung an die beim Abnehmer G. erzielten Preise - zu schätzen, wie auch der Umfang des Eigenkonsums zur Ermittlung der verbleibenden Handelsmenge (§ 73b StGB). Daß der Angeklagte über Gegenstände verfügte

und noch verfügt, die dem erweiterten Verfall gemäß § 33 Abs. 1 Nr. 2 BtMG i.V.m § 73d StGB (vgl. hierzu BGH NStZ 2001, 531) unterliegen, ist den bisherigen Feststellungen der Strafkammer dagegen nicht zu entnehmen.

Wahl

Schluckebier

Kolz

Hebenstreit

Elf