
Datum: 29.07.2014
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Strafsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 2 RVs 33/14
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2014:0729.2RVS33.14.00

Vorinstanz: Landgericht Hagen, 45 Ns 200 Js 1947/12 (51/13)
Schlagworte: Bestrafung, Besitzes einer geringen Menge von BtM (Marihuana), Eigenverbrauch
Normen: BtMG § 29 Abs. 5; StGB §§ 46, 47
Leitsätze:
Zu den Anforderungen an die Begründung eines Rechtsfolgenausspruchs bei der Bestrafung wegen Besitzes einer geringen Menge von BtM (Marihuana) zum Eigengebrauch.

Tenor:
Das angefochtene Urteil wird mit den darin zum Rechtsfolgenausspruch getroffenen Feststellungen aufgehoben.
Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts Hagen zurückverwiesen.

Gründe: 1
I. 2
Der Angeklagte ist mit Urteil des Amtsgerichts Iserlohn – Schöffengericht – vom 24.05.2013 3
unter Freisprechung im Übrigen wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln zu einer
Freiheitsstrafe von zwei Monaten verurteilt worden. Nach den Feststellungen des
Amtsgerichts befand sich der Angeklagte, der über keine betäubungsmittelrechtliche
Erlaubnis verfügt, am 08.11.2012 im Besitz von 0,9 g netto einer Marihuanazubereitung.

Nach der vom Amtsgericht zugrunde gelegten Einlassung des Angeklagten war dies der Rest einer etwas größeren Menge, die er zu einer Feier anlässlich der Eröffnung seines Kiosks zum Eigenkonsum in seiner Wohnung gehabt hatte, und die nach den ergänzenden Feststellungen des Landgerichts von einem seiner Gäste mitgebracht worden war.

Die auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkte Berufung des Angeklagten hat das Landgericht Hagen mit Urteil vom 14.02.2014 verworfen. 4

Zur Begründung des Rechtsfolgenausspruches hat das Landgericht u.a. ausgeführt: 5

„Aufgrund des rechtskräftigen Schuldspruchs war gegen den Angeklagten wegen dessen Tat des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln gemäß §§ 1, 3, 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG eine Strafe zu verhängen, für die der Strafrahmen des §§ 29 Abs. 1 BtMG zu Verfügung stand, der von Geldstrafe bis zu Freistrafe bis zu 5 Jahren reicht. 6

Im Rahmen der Strafzumessung war zu Gunsten des Angeklagten zu berücksichtigen, dass dieser nicht nur mit Geständniswirkung die Berufung bereits vor der Hauptforderung beschränkt, sondern er sich auch darüber hinaus in beiden Instanzen geständig gezeigt hat. Die durchgehend geständige Haltung des Angeklagten war durchaus positiv zu werten, auch wenn die Bedeutung des Geständnisses im Hinblick auf das Auffinden der Betäubungsmittel in der Wohnung des Angeklagten bei einer richterlich angeordneten Durchsuchung etwas relativiert wurde. 7

Ebenso war mildernd zu berücksichtigen, dass es sich lediglich um eine geringe Menge von Betäubungsmitteln handelte, und zwar zudem um eine Marihuanazubereitung und damit eine sogenannte weiche Droge. Weiterhin war zu Gunsten des Angeklagten zu sehen, dass die Begehungsform des Besitzes des Betäubungsmittels gleichfalls im unteren Unwertbereich dieses Straftatbestandes liegt. Auch dem Umstand, dass das Betäubungsmittel zunächst durch eine andere Person ohne eigene Initiative des Angeklagten erworben und in seiner Wohnung verbracht worden war, kam milderndes Gewicht zu. Ferner konnte dem Angeklagten zugute gehalten werden, dass er sich zu jener Zeit in einer angespannten persönlichen Situation befunden hat, in der die Eröffnung des eigenen Geschäfts erhebliche Stress bedeutet hat, zu dem zusätzlich weitere emotional bedeutsame Umstände hinzugetreten sind. So mag es für den Angeklagten einen weitergehenden Stress bedeutet haben, wenn er, wie dargelegt, von gegen ihn gerichteten polizeilichen Ermittlungen wegen Straftaten im Betäubungsmittelbereich ausging aufgrund entsprechender belastender Hinweise. Ebenso mag es für den Angeklagten aufwühlend gewesen sein, das Zusammenleben mit seiner Verlobten in Deutschland sowie eine Heirat in Angriff zu nehmen und hierbei auch bürokratischen Hürden und praktischen Problemen zu begegnen. Bei dem Angeklagten mag zudem auch bereits eine Kenntnis von der frühen Schwangerschaft der Verlobten vorgelegen haben, oder er mag zumindest mit einer Schwangerschaft gerechnet oder eine solche gewünscht haben. Soweit dem Angeklagten entsprechende emotionale Ablenkungen und Belastungen zugute zu halten waren, stand dem allerdings auch gegenüber, dass sowohl eine Kenntnis über strafrechtliche Ermittlungen im Betäubungsmittelbereich als auch die Konkretisierung einer weitergehenden Familiengründung grundsätzlich den Angeklagten hätten Aspekte sein müssen, die ihn davon hätten abhalten müssen, tatsächlich irgendetwas mit unerlaubten Betäubungsmittel zu tun zu haben und diese auch nur in seiner Wohnung zu dulden. Dem Angeklagten musste im Hinblick auf seine laufenden Bewährungsbedingungen klar sein, dass er andernfalls eine erhebliche Sanktionierung, gegebenenfalls auch den Bewährungswiderruf hiermit riskieren und damit zugleich den Aufbau seines Geschäfts sowie die Familiengründung gefährden würde. 8

Zu Gunsten des Angeklagten hat weiterhin Berücksichtigung gefunden, dass er in besonderem Maße haftempfindlich ist, dies bereits auch bei Vollstreckung einer kürzeren Freiheitsstrafe, erst recht für den Fall einer längeren Haftzeit im Fall des Widerrufs der laufenden Bewährungsstrafe. Der Angeklagte würde in diesem Fall erhebliche Schwierigkeiten bezüglich einer Fortführung seiner selbständigen Tätigkeit haben. Auch würde eine Inhaftierung die Übersiedlung seiner Verlobten und seines Kindes erheblich erschweren oder sogar praktisch unmöglich machen, zumal die Verlobte bislang in Vietnam gelebt hat und auch der deutschen Sprache wohl nicht mächtig ist. Dementsprechend wäre nicht nur der Angeklagte selbst von einer Inhaftierung negativ betroffen, sondern auch die Verlobte und das Kind. Für den Fall, dass dementsprechend beide in Vietnam bleiben würden, wäre für den Angeklagten eine Kontakthaltung auch kaum zu bewerkstelligen; eine Beziehung zu dem Kind könnte kaum aufgebaut werden. Ebenso wären mit einer Inhaftierung des Angeklagten, insbesondere bei einer längeren Haftzeit, auch Konsequenzen im Hinblick auf den Wegfall des durch den Angeklagten geschaffenen Arbeitsplatzes in seinem Kiosk verbunden. Dabei war auch zu berücksichtigen, dass gegen den Angeklagten bislang keine Haftstrafe vollstreckt worden ist und er damit Erstverurteilter ist.

Die vorgenannten Aspekte – die berufliche Selbstständigkeit und der Aufbau der Familie, die der Angeklagte versorgen möchte – stellen darüber hinaus auch ansonsten positive Umstände für den Angeklagten dar, da dieser grundsätzlich beruflich und sozial integriert lebt. Schließlich konnte auch mildernd bewertet werden, dass die Tat nunmehr knapp anderthalb Jahre zurück lag. 10

Neben diesen mildernden Aspekten waren jedoch auch erhebliche strafschärfende Umstände vorhanden, die gegen den Angeklagten sprachen. So war zu sehen, dass der Angeklagte in der Vergangenheit bereits über viele Jahre hin immer wieder straffällig geworden ist, und zwar mit einer Vielzahl unterschiedlicher Delikte. Gegen den Angeklagten sind auch bereits mehrfach Freiheitsstrafen verhängt worden. Insoweit war zwar zu sehen, dass Angeklagte sich durch die gegen ihn verhängte Jugendstrafe von sechs Monaten durchaus hatte beeindrucken lassen, so dass diese Strafe nach Ablauf der Bewährungszeit hatte erlassen werden können. Allerdings ist es auch hiernach noch zu mehreren Verurteilungen gekommen. Dabei sind gegen den Angeklagten zuletzt zwei Urteile ergangen, mit denen gegen ihn Freiheitsstrafen verhängt worden sind, und zwar wegen Straftaten im Zusammenhang mit unerlaubten Betäubungsmitteln. Auch wenn die Strafen aus dem Urteil des Amtsgerichts Iserlohn vom 09.04.2008 in die zuletzt gegen den Angeklagten durch das Amtsgericht Dortmund am 06.12.2011 verhängten Strafen einbezogen worden sind, hat der Angeklagte dementsprechend zweimal unter dem Eindruck gestanden, dass gegen ihn wegen einschlägiger Taten nicht unerhebliche Freiheitsstrafen verhängt worden sind, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt worden ist. Eine besondere Beeindruckung des Angeklagten wäre zudem zu erwarten gewesen aufgrund des Umstandes, dass mit dem letztgenannten Urteil gegen ihn zwei Freiheitsstrafen verhängt worden sind, die an der obersten Grenze lagen, bis zu der überhaupt eine Strafaussetzung zur Bewährung erfolgen kann. Vor diesem Hintergrund wiegt nicht nur das Bewährungsversagen des Angeklagten als solches besonders schwer, sondern auch die relativ hohe Rückfallgeschwindigkeit. Die gegenständliche Tat lag knapp ein Jahr nach jener Verurteilung. Das Gewicht des Bewährungsversagens war auch nicht dadurch erheblich gemindert, dass es sich lediglich um ein kurzes Versagen aufgrund einer spontanen Situation gehandelt hätte. Denn auch wenn der Angeklagte – wie ihm dies zugute gehalten worden ist – spontan und ohne eigene Initiative in den Besitz des Betäubungsmittels gekommen sein mag, weil einer seiner Gäste dieses zu der Einladung mitgebracht hatte, fand die Wohnungsdurchsuchung nicht während jener Feier oder in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang hiermit statt. 11

Unter Berücksichtigung und Abwägung sämtlicher für und gegen den Angeklagten sprechende Umstände hat die Kammer die Verhängung einer Freiheitsstrafe von 2 Monaten als schuld- und tatangemessen angesehen.	12
Im Hinblick auf die erheblichen Vorbelastungen des Angeklagten sowie den Umstand, dass der Angeklagte sich von der Tatbegehung auch durch zwei laufende Bewährungs- bezüglichen der Vollstreckung von Freiheitsstrafen von jeweils zwei Jahren nicht von der Tatbegehung hat abhalten lassen, hat die Kammer die Verhängung auch einer kurzen Freiheitsstrafe im Sinne des § 47 StGB als zur Einwirkung auf den Angeklagten unerlässlich erachtet.	13
Die Vollstreckung dieser Freiheitsstrafe konnte nicht zur Bewährung ausgesetzt werden. [...]. “	14
Gegen dieses Urteil richtet sich die auf die Überprüfung des Rechtsfolgenausspruches beschränkte Revision des Angeklagten, die mit näheren Ausführungen mit der Verletzung des materiellen Rechts begründet worden ist.	15
Die Generalstaatsanwaltschaft hat mit Zuschrift vom 08.07.2014 beantragt, die Revision des Angeklagten gemäß § 349 Abs. 2 StPO als offensichtlich unbegründet zu verwerfen.	16
Der Angeklagte hat zu diesem Antrag der Generalstaatsanwaltschaft mit Schriftsatz seines Verteidigers vom 15.07.2014 Stellung genommen.	17
II.	18
Die form- und fristgerecht eingelegte und auch im Übrigen zulässige Revision des Angeklagten hat in der Sache - zumindest vorläufigen - Erfolg.	19
Das angefochtene Urteil, das sich im Hinblick auf die wirksame Berufungs-beschränkung zu Recht nur über den Rechtsfolgenausspruch verhält, hält in materiell-rechtlicher Hinsicht einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.	20
Zwar ist die Strafzumessung grundsätzlich Aufgabe des Tatrichters. Sie unterliegt nur in begrenztem Umfang der revisionsrechtlichen Überprüfung. Ein Eingriff des Revisionsgerichts ist nur möglich, wenn die Strafzumessungserwägungen in sich fehlerhaft sind, das Tatgericht gegen rechtlich anerkannte Strafzwecke verstößt oder sich die verhängte Strafe nach oben oder unten von ihrer Bestimmung löst, ein gerechter Schuld Ausgleich zu sein (vgl. BGH, NJW 2000, 3010, 3013; BGHSt 34, 345; OLG Hamm, Beschluss vom 28.12.2011 – III – 2 RVs 45/11). Aus dem verfassungsrechtlich gesicherten Schuldprinzip, das seine Grundlage in Art. 1 Abs. 1 GG findet, und aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der aus dem Rechtsstaatsprinzip und den Freiheitsrechten abzuleiten ist, folgt für den Bereich des staatlichen Strafens, dass die Schwere einer Straftat und das Verschulden des Täters zu der Strafe in einem gerechten Verhältnis stehen müssen (vgl. BVerfG, NJW 1995, 1577). Die verhängte Strafe darf die Schuld des Täters nicht übersteigen. Insoweit deckt sich der Grundsatz des schuldangemessenen Strafens in seinen die Strafe begrenzenden Auswirkungen mit dem Übermaßverbot (vgl. BVerfGE 45, 187; BVerfG, NJW 1992, 2947; NJW 2002, 1779).	21
Das angefochtene Urteil ist im Rechtsfolgenausspruch rechtsfehlerhaft, da dem Senat anhand der insoweit lückenhaften Strafzumessungserwägungen die Prüfung nicht möglich ist, ob das Berufungsgericht ermessensfehlerfrei von der Möglichkeit eines Absehens von Strafe gemäß § 29 Abs. 5 BtMG keinen Gebrauch gemacht hat. Das Landgericht hat die	22

Voraussetzungen und Rechtsfolgen dieser Vorschrift nicht erörtert.

Bei der Marihuanazubereitung, die nach den Feststellungen des Landgerichts Hagen am Tattag im Besitz des Angeklagten vorgefunden wurde, handelt es sich um eine sehr kleine Menge, die nach den getroffenen Feststellungen ersichtlich ausschließlich zum Eigenkonsum des Angeklagten bestimmt war. Sie stellt eine „geringe Menge“ i.S.d. § 29 Abs. 5 BtMG dar. 23

Als eine „geringe Menge“ im Sinne der vorgenannten Gesetzesbestimmung ist eine Menge anzusehen, die zum einmaligen bis höchstens dreimaligen Gebrauch geeignet ist (vgl. Weber, BtMG, 3. Aufl., § 29 Rdnr. 1801). Bei Cannabis wird die durchschnittliche Konsumeinheit mit 15 mg THC angesetzt, so dass der Grenzwert für die „geringe“ Menge i.S.d. § 29 Abs. 5 BtMG 45 mg (= 0,045 gr.) THC beträgt. Wird der Wirkstoffgehalt - wie vorliegend - nicht festgestellt, wird zum Teil in der obergerichtlichen Rechtsprechung und in der Literatur ein Cannabisgemisch mit einer Gewichtsmenge von bis zu 6 Gramm als „geringe Menge“ i.S.d. § 29 Abs. 5 StGB angesehen, weil sich unter Annahme einer äußerst schlechten Konzentration von 0,8 % aus 6 g Haschisch noch drei Konsumeinheiten gewinnen lassen (vgl. Weber, a.a.O., § 29 Rdnr. 1811 u. 1812 m.w.N.; Körner, BtMG, 7. Aufl., § 29 Teil 28 Rdnr. 39 m.w.N.; OLG Oldenburg, Beschluss vom 21.10.2008 – Ss 355/08 -; BeckRS 2008, 22472). Stellt man auf die Richtlinien zur Anwendung des § 31 a Abs. 1 des Betäubungsmittelgesetzes gemäß dem Runderlass des Justizministeriums und des Ministeriums für Inneres und Kommunales vom 19. Mai 2011 – JMBL. NRW S. 106 – ab, so ist von einer geringe Menge zum Eigenverbrauch gemäß Ziffer II. 1. der Richtlinien bei Cannabisprodukten bis zu einer Gewichtsmenge von 10 g auszugehen. 24

Die Marihuanazubereitung mit einem Nettogewicht von 0,9 g, die bei dem Angeklagten vorgefunden worden ist, lag daher erheblich unter den vorgenannten Grenzmengen für Cannabisprodukte von 6 g bzw. 10 g. Das Landgericht hat sich dennoch nicht erkennbar mit der Anwendung der Vorschrift des § 29 Abs. 5 BtMG, bei der es sich um eine Ausgestaltung des verfassungsrechtlichen Übermaßverbotes handelt (vgl. Körner, a.a.O., § 29 Randziffer 3 m.w.N.), befasst. 25

Die Vorschrift des § 29 Abs. 5 BtMG soll Probierern und Gelegenheitskonsumenten, nicht aber Dauerkonsumenten und ständigen Kleinverbrauchern, entgegenkommen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 9.03.1994, NJW 1994, 1577; OLG Hamm, Beschluss vom 28.12.2011 - III-2 RVs 45/11 -; OLG Hamm, Beschluss vom 17.03.2009 – 3 Ss 15/09 – m.w.N.; BeckRS 2009, 12921; OLG Hamm, Beschluss vom 03.05.2005 – 4 Ss 115/05 -; OLG Oldenburg, Beschluss vom 11.12.2009 – 1 Ss 197/09 –, StV 2010, 135 m.w.N.; OLG Koblenz, Beschluss vom 8.12.2005 – 1 Ss 271/05 -, StV 2006, 531). In Ausnahmefällen kann diese Bestimmung auch auf einen einschlägig Verurteilten oder einen Dauerkonsumenten angewendet werden (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 28.12.2011 - III-2 RVs 45/11 -; OLG Hamm, Beschluss vom 17.03.2009 – 3 Ss 15/09 – m.w.N.). 26

Zwar war der Angeklagte hier einschlägig wegen unerlaubten Erwerbs von Betäubungsmitteln und unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln vorbestraft und stand wegen der einschlägigen, allerdings länger zurückliegenden Taten zum Zeitpunkt der Begehung der hier in Rede stehenden Tat unter Bewährung. Gleichwohl hätte hier das Vorliegen der Voraussetzungen der Vorschrift des § 29 Abs. 5 BtMG erörtert werden müssen. 27

Denn über den festgestellten strafbaren Betäubungsmittelbesitz zum Eigenkonsum hinausgehend sind nach den getroffenen Feststellungen konkrete Anhaltspunkte für eine etwaige Fremdgefährdung – etwa durch die nahe liegende Möglichkeit der Abgabe von Betäubungsmitteln an Dritte oder durch Beschaffungskriminalität – nicht ersichtlich. 28

Entgegenstehende Feststellungen sind zumindest nicht getroffen. In diesem Zusammenhang wäre auch zu berücksichtigen gewesen, dass sich der Angeklagte der Warnwirkung der Vorverurteilungen nach den Feststellungen jedenfalls insoweit nicht entzogen hat, als er keinen Handel getrieben bzw. keine Drogen an Dritte abgegeben hat. Auch ist nach den Feststellungen des Landgerichts nichts dafür ersichtlich, dass es sich bei dem Angeklagten um einen Dauerkonsumenten handelt.

Insoweit wäre hier aufgrund der vorliegenden besonderen Umstände des Einzelfalls zwingend zu prüfen gewesen, ob – insbesondere vor dem Hintergrund des Rechtsgedankens des § 31 a Abs. 1 BtMG in Verbindung mit den Richtlinien zur Anwendung des § 31 a Abs. 1 des Betäubungsmittelgesetzes gemäß dem Runderlass des Justizministeriums und des Ministeriums für Inneres und Kommunales vom 19. Mai 2011 – JMBL. NRW S. 106 – von der Möglichkeit des Absehens von einer Bestrafung nach § 29 Abs. 5 BtMG Gebrauch gemacht werden kann und soll. Dies hat das Landgericht unterlassen. 29

Das nur den Rechtsfolgenausspruch betreffende landgerichtliche Urteil war daher bereits aufgrund dieses Rechtsfehlers aufzuheben. 30

Ergänzend weist der Senat darauf hin, dass unabhängig von der Frage, ob von der Möglichkeit des Absehens von Strafe nach § 29 Abs. 5 BtMG Gebrauch gemacht wird und - falls nein - die Verhängung einer kurzfristigen Freiheitsstrafe gemäß § 47 Abs. 1 StGB tatsächlich unerlässlich ist, was bei der vorliegenden Fallgestaltung einer sorgfältigen Prüfung und ausführlichen Begründung bedarf, die Höhe der verhängten Freiheitsstrafe jedenfalls aufgrund des nur sehr geringen Tatumrechts auf rechtliche Bedenken stößt. 31

In der obergerichtlichen Rechtsprechung wird nahezu durchgängig die Auffassung vertreten, dass in den Fällen des Besitzes geringer Mengen Betäubungsmittel zum Eigenkonsum selbst bei einschlägig vorbestraften abhängigen Drogenkonsumenten die Verhängung einer Freiheitsstrafe nur in Ausnahmefällen in Betracht kommt und eine verhängte Strafe sich im untersten Bereich des Strafrahmens des § 29 Abs. 1 BtMG zu bewegen hat (OLG Oldenburg, Beschluss vom 11. Dezember 2009 – 1 Ss 197/09 –, juris; Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Beschluss vom 27. September 2006 – III - 104/06 - 1 Ss 166/06, III - 104/06, 1 Ss 166/06 –, OLG Karlsruhe, Beschluss vom 14. April 2003 – 3 Ss 54/03 –, juris; BGH, Beschluss vom 16. Februar 1998 – 5 StR 7/98 –, juris; OLG Hamm, Beschlüsse vom 28.12.2011, III – 2 RVs 45/11 und vom 6. März 2014, III – 1 RVs 10/14). 32

Bei Anlegung dieser Maßstäbe begegnet im vorliegenden Fall eines ausgesprochen geringfügigen Verstoßes gegen das Betäubungsmittelgesetz, d.h. eines Bagatelldelikts, die Verhängung einer Freiheitsstrafe von zwei Monaten Bedenken dahin, ob dies noch einen gerechten Schuldausgleich darstellt oder gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstößt (vgl. BVerfG 50, 205, 215; OLG Stuttgart a.a.O.; OLG Braunschweig a.a.O.). Das Tatumrecht wiegt hier so gering, dass die Verhängung einer Freiheitsstrafe als eine unangemessen harte und damit gegen das Übermaßverbot verstoßende Sanktion erscheint, auch wenn der Angeklagte einschlägig vorbestraft ist und unter Bewährung stand und steht. In einem solchen Fall wie dem vorliegenden wäre daher - soweit nicht ohnehin ein Absehen von Strafe nach § 29 Abs. 5 BtMG oder eine Verfahrenseinstellung nach § 153 Abs. 2 StPO (der die aus der wirksamen Berufungsbeschränkung erwachsene Teilrechtskraft in Bezug auf den Schuldspruch nicht entgegensteht) in Betracht käme - eingehend zu prüfen, ob dem Übermaßverbot durch Verhängung einer geringen Geldstrafe zu entsprechen ist (vgl. BGHR BtMG § 29 Abs. 5 Absehen von Strafe 1). 33

Das angefochtene Urteil war daher mit den darin zum Rechtsfolgenausspruch getroffenen Feststellungen aufzuheben und die Sache gemäß § 354 Abs. 2 S. 1 StPO zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts Hagen zurückzuverweisen.
