
Datum: 04.04.2017
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 1. Strafsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 1 RVs 23/17
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2017:0404.1RVS23.17.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 40 Ns 87/16

Schlagworte: Strafzumessung, kurze Freiheitsstrafe, Besitz geringer Mengen von Betäubungsmitteln zum Eigenverbrauch, Übermaßverbot

Normen: StGB §§ 46, 47, BtMG § 29 Abs. 5, 31 a

Leitsätze:

1.
Die Verhängung von Freiheitsstrafen ist bei Besitz geringer Mengen von Betäubungsmitteln zum Eigenverbrauch auch bei einschlägig vorbestraften abhängigen Drogenkonsumenten nur in Ausnahmefällen gerechtfertigt.
2.
Befindet sich ein zuvor über mehrere Jahre nicht inhaftierter Angeklagte zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung in anderer Sache in Haft, ist zur Begründung der Unerlässlichkeit der Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe im Regelfall eine Erörterung der Frage geboten, welche Einwirkungen die aktuelle bisherige Vollstreckung der Freiheitsstrafe auf den Angeklagten hat bzw. gehabt hat.

Tenor:

Das angefochtene Urteil wird im Rechtsfolgenausspruch mit den zugrunde liegenden Feststellungen aufgehoben.

Die weitergehende Revision wird verworfen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts Dortmund zurückverwiesen.

Gründe:	1
I.	2
Das Amtsgericht Dortmund hat den Angeklagten mit Urteil vom 13.07.2016 wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln zu einer Freiheitsstrafe von zwei Monaten verurteilt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Nach den Feststellungen des Urteils war der bereits vielfach unter anderem auch wegen (aufgrund von Betäubungsmittelabhängigkeit begangener) Diebstahlstaten vorbestrafte und langjährig betäubungsmittelabhängige Angeklagte am 01.03.2016 um 11:30 Uhr im Eingangsbereich der Bahnstation „T“ in E im Rahmen einer Polizeikontrolle im Besitz von drei Stücken Haschisch im Gesamtgewicht von 3,68 Gramm, zwei Tabletten mit dem Wirkstoff Buprenorphin und zwei angebrochenen Tabletten mit dem Wirkstoff Buprenorphin und einer zerbrochenen Tablette mit dem Wirkstoff Buprenorphin angetroffen worden. Dabei war das Amtsgericht mangels Wirkstoffgutachtens von einem unterdurchschnittlichen Wirkstoffgehalt des sichergestellten Haschisch ausgegangen.	3
Gegen dieses Urteil hat die Staatsanwaltschaft rechtzeitig Berufung eingelegt und diese auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkt.	4
Mit Urteil vom 03.11.2016 hat das Landgericht Dortmund die Berufung der Staatsanwaltschaft mit der Maßgabe verworfen, dass der Angeklagte zu einer Freiheitsstrafe von zwei Monaten verurteilt wurde, deren Vollstreckung nicht mehr zur Bewährung ausgesetzt wurde. Hiergegen richtet sich die Revision des Angeklagten, mit der er unter Erhebung der Rüge der Verletzung materiellen Rechts den Antrag verfolgt, das angefochtene Urteil aufzuheben.	5
Die Generalstaatsanwaltschaft hat beantragt, die Revision des Angeklagten gemäß § 349 Abs. 2 StPO als offensichtlich unbegründet zu verwerfen.	6
II.	7
1.	8
Soweit sich die Revision des Angeklagten gegen den Schuldspruch richtet, ist sie unzulässig, da durch die wirksame Beschränkung der Berufung der Schuldspruch des Urteils des Amtsgerichts Dortmund vom 13.07.2016 und die ihn tragenden Feststellungen in Rechtskraft erwachsen sind. Zwar enthält das Urteil des Amtsgerichts Dortmund vom 13.07.2016 keine Feststellungen zum Wirkstoffgehalt der sichergestellten Betäubungsmittel, dies steht jedoch ausnahmsweise der Wirksamkeit der Berufungsbeschränkung gemäß § 318 Satz 1 StPO nicht entgegen.	9
Grundsätzlich setzt bei einer Verurteilung wegen eines Verstoßes gegen das Betäubungsmittelgesetz die zutreffende Beurteilung des Schuldumfangs auch Feststellungen zum Wirkstoffgehalt des Betäubungsmittels in Rahmen des Schuldspruchs voraus. Das Unrecht einer Betäubungsmittelstraftat und die Schuld des Täters werden maßgeblich durch die Wirkstoffkonzentration und die Wirkstoffmenge bestimmt (vgl. BGH, Beschluss vom	10

07.12.2011 - 4 StR 517/11-, juris, Senatsbeschlüsse vom 20.08.2015 - III-1 RVs 51/15 – und vom 01.05.2016 – III-1 RVs 96/15 -; juris). Von genaueren Feststellungen darf ausnahmsweise jedoch dann nur abgesehen werden, wenn ausgeschlossen ist, dass eine genaue Angabe des Wirkstoffgehalts das Strafmaß zu Gunsten des Angeklag-

ten hätte beeinflussen können (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 12.01.1999 - Ss 2/99 –, juris; OLG Hamm, Beschluss vom 05.01.2016 – III-1 RVs 96/15 –, juris). Gegenstand des Verfahrens ist der unerlaubte Besitz einer Bruttogewichtsmenge von 3,3 g Haschisch. Angesichts dieser geringen Gewichtsmenge eröffnet sich eine derart enge Bandbreite der je nach Wirkstoffgehalt in Betracht kommenden Konsumeinheiten, so dass ein bestimmender Einfluss auf die Strafzumessung ausgeschlossen werden kann. Mithin war vorliegend das Fehlen von Feststellungen zum Wirkstoffgehalt im amtsgerichtliche Urteil unschädlich; vielmehr tragen die Feststellungen des Amtsgerichts den Schuldspruch und bilden eine hinreichende Grundlage für die Prüfung der Rechtsfolgenentscheidung. 11

2. 12

Der Rechtsfolgenausspruch des angefochtenen Urteils hält dagegen der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. 13

a. 14

Soweit das Landgericht die Möglichkeit des Absehens von Strafe gemäß § 29 Abs. 5 BtMG nicht erörtert hat, begründet dies vorliegend noch keinen Rechtsfehler. Als eine "geringe Menge" im Sinne der vorgenannten Gesetzesbestimmung ist eine Menge anzusehen, die zum einmaligen bis höchstens dreimaligen Gebrauch geeignet ist. 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 g) THC beträgt (vgl. Patzak in Körner/Patzak/Weber, BtMG, 8. Aufl., § 29 Teil 29 Rn. 38; Weber, BtMG, 4. Aufl., § 29 Rn. 2078 m. w. N.). Wird der Wirkstoffgehalt nicht festgestellt, wird zum Teil in der obergerichtlichen Rechtsprechung und in der Literatur ein Cannabisgemisch mit einer Gewichtsmenge von bis zu 6 g 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 Rn. 2068 m. w. N.; Patzak, a. a. O., § 29 Teil 29 Rn. 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 BtMG gemäß dem Runderlass des Justizministeriums und des Ministeriums für Inneres und Kommunales vom 19.05.2011 – 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 (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 16.06.2015 – III-2 RVs 30/15 –, Rn. 15, juris). 15

Nach den rechtsfehlerfrei ergänzend getroffenen Feststellungen des Landgerichts Dortmund betrug der Wirkstoffgehalt des bei dem Angeklagten aufgefundenen Haschisch mindestens 5 %, so dass sich bei einer Gewichtsmenge von 3,3 g ein THC-Gehalt von 0,165 g ergibt, dementsprechend es sich bei der sichergestellten Menge Haschisch schon nicht um eine geringe Menge im Sinne von § 29 Abs. 5 BtMG handelt. 16

Doch selbst bei einem Abstellen auf die vorgenannten Richtlinien zur Anwendung des § 31 a Abs. 1 BtMG, wonach es sich bei einer Menge von bis zu 10 g Cannabis um eine geringe Menge handelt, ist die Nichterörterung eines möglichen Absehens von Strafe vorliegend noch rechtsfehlerfrei. Regelmäßig kommt § 29 Abs. 5 BtMG im Rahmen der Ermessensausübung 17

bei einem Dauerkonsumenten nicht in Betracht, da diese Vorschrift nur den Probierer und den Gelegenheitskonsumenten vor Bestrafung bewahren soll (vgl. Patzak in Körner/Patzak/Weber, BtMG, 8. Aufl., § 29 Teil 29 Rn. 79 m. w. N). Nach den Feststellungen des Landgerichts litt der Angeklagte weder unter akuten Entzugserscheinungen, die er mit der weichen Droge Haschisch bekämpfen wollte, noch hatte er Anstrengungen unternommen, seine langjährige Drogenabhängigkeit zu überwinden. Vielmehr wollte er durch den Kauf der Betäubungsmittel einem anderen Drogenkonsumenten Bargeld verschaffen, das dieser für die Beschaffung harter Drogen benötigte, wenn auch die Betäubungsmittel lediglich zum Eigenkonsum des Angeklagten bestimmt waren. Angesichts der zahlreichen Vorverurteilungen, die nach den Urteilsfeststellungen betäubungsmittelbedingt waren, der vorgenannten Umstände und des Umstandes, dass der Angeklagte während der Tat unter zweifacher laufender Bewährungsaufsicht stand, war ein Absehen von Strafe gemäß § 29 Abs. 5 BtMG vorliegend schlicht ausgeschlossen.

b. 18

Soweit die Kammer hingegen eine Freiheitsstrafe von 2 Monaten als tat- und schuldangemessen sowie unerlässlich im Sinne des § 47 StGB erachtet hat, hält dies rechtlicher Nachprüfung nicht stand. 19

Grundsätzlich ist die Strafzumessung allein Sache des Tatrichters. Das Revisionsgericht kann im allgemeinen nur dann eingreifen, wenn die Erwägungen, mit denen der Tatrichter Strafart und Strafmaß begründet hat, in sich rechtlich fehlerhaft sind, wenn anerkannte Strafzwecke außer Betracht geblieben sind oder wenn sich die Strafe nach oben oder unten von ihrer Bestimmung löst, gerechter Schuldausgleich zu sein, d.h., wenn die Strafe in einem groben Missverhältnis zu Tatunrecht und Tatschuld steht und gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstößt. Insoweit ist auch hinsichtlich des letztgenannten Aspektes die grundsätzlich dem Tatrichter vorbehaltene Strafzumessung der rechtlichen Überprüfung durch das Revisionsgericht zugänglich (vgl. Fischer, StGB, 63. Aufl., § 46 Rn. 146, 149 a). 20

In der obergerichtlichen Rechtsprechung wird nahezu durchgängig die Auffassung vertreten, dass in den Fällen des Besitzes geringer Mengen Betäubungsmittel zum Eigenkonsum im Sinne der §§ 29 Abs. 5, 31 a BtMG auch bei einschlägig vorbestraften abhängigen Drogenkonsumenten die Verhängung einer Freiheitsstrafe nur in Ausnahmefällen in Betracht kommt und sich – soweit sie sich als unerlässlich erweist – im untersten Bereich des Strafrahmens des § 29 Abs. 1 BtMG zu bewegen hat (OLG Oldenburg, Beschluss vom 11. 12.2009 – 1 Ss 197/09 –, juris; Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Beschluss vom 27. 09.2006 – III - 104/06 - 1 Ss 166/06 -, juris; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 14. 04.2003 – 3 Ss 54/03 –, juris; BGH, Beschluss vom 16. 02.1998 – 5 StR 7/98 –, juris; OLG Hamm, Beschluss vom 28.12.2011 - III-2 RVs 45/11 -). Dies gilt insbesondere für die Fälle, in denen über den festgestellten strafbaren Betäubungsmittelbesitz zum Eigenkonsum hinausgehend nach den getroffenen Feststellungen konkrete Anhaltspunkte für eine etwaige Fremdgefährdung 21

– etwa durch die nahe liegende Möglichkeit der Abgabe von Betäubungsmitteln an Dritte oder durch Beschaffungskriminalität – nicht ersichtlich sind (vgl. Senatsbeschluss vom 26.03.2014 – 1 RVs 10/14). So liegt der Fall hier; entgegenstehende Feststellungen sind zumindest bisher nicht getroffen. 22

Grundsätzlich kann nach den gegebenen Umständen die Verhängung einer auch vollstreckbaren kurzen Freiheitsstrafe gemäß § 47 Abs. 1 StGB vorliegend angesichts der 23

zahlreichen Vorstrafen und des Bewährungsversagens des Angeklagten durchaus in Betracht kommen. Durch die Existenz der Vorschrift § 47 Abs. 1 StGB kommt der gesetzgeberische Wille zum Ausdruck, auch in Fällen objektiv verhältnismäßig geringen Tatunrechts namentlich in den Fällen vorangegangener wiederholt fruchtloser Sanktionen mit der im Verhältnis zur Geldstrafe deutlich belastenderen Straftat der Freiheitsstrafe reagieren zu können. Dementsprechend steht außer Zweifel, dass auch in Fällen der Bagatellkriminalität die Festsetzung einer Freiheitsstrafe nicht ohne Weiteres gegen das Übermaßverbot verstößt (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 09.06.1994 – 2 BvR 710/94 –, juris; Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 22.07.2003 – 5St RR 167/03 – juris; OLG Nürnberg, Beschluss vom 25.10.2005 – 2 St OLG Ss 150/05 –, juris). Bei Festsetzung deren Höhe ist jedoch gerade im Bereich der Bagatellkriminalität zu beachten, dass das in § 38 Abs. 2 StGB festgesetzte Mindestmaß von einem Monat im Vergleich zu einer nach dem Gesetz grundsätzlich primär vorgesehenen Festsetzung einer Geldstrafe das insoweit gemäß § 40 Abs. 1 S. 2 StGB festgelegte gesetzliche Mindeststrafmaß von 5 Tagessätzen Geldstrafe bereits deutlich übersteigt und auch die gewählte Sanktionsart für sich genommen eine erheblich belastendere Beschwer darstellt. In den Fällen eines vom äußeren Tatbild eher nur geringen kriminellen Unrechts ist daher auch im Fall der Erforderlichkeit der Festsetzung einer Freiheitsstrafe gemäß § 47 Abs. 1 StGB sorgfältig zu prüfen, ob zur Einwirkung auf den Täter sowie zur Herbeiführung eines gerechten Schuldausgleichs tatsächlich auch hinsichtlich deren Höhe die Verhängung einer möglicherweise auch deutlich über das Mindestmaß hinausgehenden Freiheitsstrafe tatsächlich rechtlich geboten erscheint.

Bei der konkreten Strafzumessung im Rahmen des § 47 StGB hat das Landgericht hierzu 24 ausgeführt, dass mit der Festsetzung von Geldstrafen nicht mehr hinreichend auf den Angeklagten einzuwirken sei. Er sei vielfach vorverurteilt und trotz früher erlittenen Strafvollzugs und mehrfacher Bewährungschancen wiederholt straffällig geworden, so dass eine Freiheitsstrafe unerlässlich sei.

Dabei hat das Landgericht vorliegend jedoch zumindest nicht erkennbar in seine Erwägungen 25 einbezogen, dass sich der Angeklagte zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung aktuell in Strafhaft befunden hat. Das Urteil des Landgerichts verhält sich nicht darüber, welche Einwirkungen die aktuelle Vollstreckung der Freiheitsstrafe von 5 Monaten auf den Angeklagten hat bzw. gehabt hat, mithin nicht zu der Frage, ob der Angeklagte sich als von der aktuell vollzogenen Haft beeindruckt gezeigt hat oder etwa nicht. Insbesondere vor dem Hintergrund der aktuellen erlittenen Strafhaft wäre prognostisch näher zu erörtern gewesen, aus welchen Gründen angesichts des relativ geringen Schuldumfangs die Verhängung einer weiteren zu vollstreckenden kurzzeitigen Freiheitsstrafe auch unter Berücksichtigung dieses Umstandes unerlässlich ist, zumal die letzte Vollstreckung einer Freiheitsstrafe bereits vor knapp 9 Jahren erledigt war.

Wegen des aufgezeigten Mangels war das angefochtene Urteil daher im 26 Rechtsfolgenausspruch nach § 349 Abs. 4 StPO mit den hierzu getroffenen Feststellungen aufzuheben und die Sache nach § 354 Abs. 2 S. 1 StPO zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts Dortmund zurückzuverweisen.