
Datum: 08.11.2018
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Strafsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 4 RVs 150/18
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2018:1108.4RVS150.18.00

Vorinstanz: Amtsgericht Brakel, 11 Ds 72/18

Schlagworte: Strafzumessung, kurzzeitige Freiheitsstrafe, Betäubungsmittel, Wirkstoffgehalt, geringe Menge

Normen: StGB §§ 38, 46; BtMG § 29 Abs. 5

Leitsätze:

1.)

Auch beim Besitz einer geringen Menge Betäubungsmittel zum Eigengebrauch (" 29 Abs. 5 BtMG) kommt bei einem mehrfach vorbestraften, hafterfahrenen und zum Tatzeitpunkt unter Bewährung stehenden Täter die Verhängung einer Freiheitsstrafe oberhalb des gesetzlichen Mindestmaßes vor einem Monat (§ 38 Abs. 2 StGB) in Betracht.

2.)

Eine schematische Strafzumessung ist dem Strafrecht fremd.

3.)

Das Unrecht einer Betäubungsmittelstraftat und die Schuld des Täters werden aber maßgeblich durch die Wirkstoffkonzentration und die Wirkstoffmenge. Von der Feststellung der Wirkstoffmenge kann nur dann ausnahmsweise abgesehen werden, wenn ausgeschlossen ist, dass eine genaue Angabe des Wirkstoffgehalts das Strafmaß zu Gunsten des Angeklagten hätte beeinflussen können.

Tenor:

Das angefochtene Urteil wird im Strafausspruch mit den zu Grunde liegenden Feststellungen aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung – auch über die Kosten des Rechtsmittels - an eine andere als Strafrichter zuständige Abteilung des Amtsgerichts Brakel zurückverwiesen.

Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe	1
I.	2
Das Amtsgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungs-mitteln zu einer Freiheitsstrafe von vier Monaten verurteilt. Nach den Feststellungen des Amtsgerichts trug er am 23.11.2017 bei der Durchsuchung seiner Wohnung in	3
C E drei Ecstasy Tabletten bei sich, ohne die hierfür erforderliche Erlaubnis zu besitzen. Aus den Strafzumessungserwägungen ergibt sich weiter, dass diese zum Eigenkonsum gedacht waren.	4
Gegen das Urteil wendet sich der Angeklagte mit der Revision. Er rügt die Verletzung materiellen Rechts. Insbesondere rügt er, dass das Amtsgericht keine Feststellungen zum Wirkstoffgehalt des Betäubungsmittels getroffen habe und dass bei erfolgter Feststellung die Strafe womöglich günstiger ausgefallen wäre.	5
Die Generalstaatsanwaltschaft hat beantragt, die Revision als offensichtlich unbegründet zu verwerfen.	6
II.	7
Die zulässige Revision des Angeklagten hat im Rechtsfolgenausspruch auf die Sachrüge hin Erfolg und führt insoweit zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an eine andere als Strafrichter zuständige Abteilung des Amtsgerichts Brakel (§§ 349 Abs. 4, 354 Abs. 2 StPO). Die weitergehende Revision ist hingegen offensichtlich unbegründet i.S.v. § 349 Abs. 2 StPO. Anders als die Verteidigung im Schriftsatz vom 07.11.2018 meint, begegnet die Annahme des Amtsgerichts, dass hier überhaupt Betäubungsmittel vorliegen, in materiellrechtlicher Hinsicht keinen rechtlichen Bedenken.	8
Die Strafzumessung im angefochtenen Urteil weist aber einen durchgreifenden Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten auf.	9
Die Strafzumessung ist Sache des Tatgerichts. Eine ins Einzelne gehende Richtigkeitskontrolle durch das Revisionsgericht ist ausgeschlossen. Das Revisionsgericht kann nur eingreifen, wenn ein Rechtsfehler vorliegt, namentlich das Tatgericht von einem falschen Strafrahmen ausgegangen ist, seine Zumessungserwägungen in sich fehlerhaft sind oder rechtlich anerkannte Strafzwecke außer Acht lassen oder wenn sich die Strafe von ihrer Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein, soweit nach oben oder unten löst, dass ein grobes Missverhältnis von Schuld und Strafe offenkundig ist. Nur in diesem Rahmen kann eine „Verletzung des Gesetzes“ (§ 337 Abs. 1 StPO) vorliegen. In Zweifelsfällen hat das	10

Revisionsgericht die Wertung des Tatgerichts hinzunehmen (vgl. nur: BGH, Urt. v. 14.03.2018 – 2 StR 416/16 – juris m.w.N.). Auch lückenhafte Strafzumessungserwägungen können einen Rechtsfehler begründen (vgl. BGH a.a.O.).

Hier sind die Strafzumessungserwägungen des Amtsgerichts lückenhaft, weil sie wesentliche, die Strafzumessung bestimmende Umstände (vgl. § 267 Abs. 3 S. 1 StPO) außer Acht lassen. 11

Die Strafzumessung des Amtsgerichts leidet allerdings nicht bereits deswegen an einem den Angeklagten beschwerenden Rechtsfehler, weil es sich nicht mit der Möglichkeit eines Absehens von Strafe gem. § 29 Abs. 5 BtMG auseinandersetzt. Das Amtsgericht hat keine Feststellungen zum Wirkstoffgehalt der drei Ecstasy-Tabletten getroffen. Da es sich nur um drei Tabletten handelte, liegt es aber nahe, dass es sich um eine geringe Menge i.S.v. § 29 Abs. 5 BtMG gehandelt hat (zu den Grenzwerten vgl. etwa: Weber, BtMG, 3. Aufl., § 29 Rdn. 2124). Angesichts der im angefochtenen Urteil mitgeteilten strafscharfenden Umstände, namentlich, dass der Angeklagte mehrfach (wenn auch nicht einschlägig) vorbestraft ist, bereits Freiheitsstrafe verbüßt hat und er zum Tatzeitpunkt in fünf Verfahren unter laufender Bewährung stand und das Amtsgericht zutreffend unter Anwendung des § 47 StGB eine kurzzeitige Freiheitsstrafe für unerlässlich gehalten hat, kann der Senat ausschließen, dass das Amtsgericht von Strafe abgesehen hätte, wäre es zu dem Ergebnis gekommen, dass die Voraussetzungen des § 29 Abs. 5 BtMG vorliegen. 12

Nicht ausschließen kann der Senat aber, dass das Amtsgericht – wäre es zu dem Ergebnis gekommen, dass der Angeklagte nur eine geringe Menge Ecstasy besessen hat – angesichts der in § 29 Abs. 5 BtMG erkennbar werdenden gesetzlichen Wertung zu einer mildereren Bestrafung gelangt wäre. 13

Das Amtsgericht hat aber gerade keine Feststellungen zum Wirkstoffgehalt getroffen (s. o.). Das Unrecht einer Betäubungsmittelstraftat und die Schuld des Täters werden indes maßgeblich durch die Wirkstoffkonzentration und die Wirkstoffmenge bestimmt (vgl. nur: BGH, Beschl. v. 07.02.2018 – 1 StR 582/17 – juris; OLG Hamm, Beschl. v. 04.04.2017 – III – 1 RVs 23/17 – juris, jew. m.w.N.). Von der Feststellung der Wirkstoffmenge kann nur dann ausnahmsweise abgesehen werden, wenn ausgeschlossen ist, dass eine genaue Angabe des Wirkstoffgehalts das Strafmaß zu Gunsten des Angeklagten hätte beeinflussen können (OLG Hamm a.a.O.). 14

Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor. Das Amtsgericht geht erkennbar nicht von einer geringen Menge aus. Vielmehr heißt es in der Strafzumessung, dass es sich um „keine erhebliche Menge“ gehandelt habe. Angesichts der Abstufungen im BtmG (geringe Menge gem. § 29 Abs. 5 BtMG; nicht geringe Menge gem. § 29a Nr. 2 BtMG) lässt dies den Schluss nicht zu, dass das Amtsgericht (ohnehin) von einer geringen Menge ausgegangen wäre. 15

Auch die sonstigen Strafzumessungserwägungen des Amtsgerichts lassen nicht mit hinreichender Sicherheit den Schluss zu, dass bei Vorliegen einer geringen Menge der Tatrichter nicht doch eine mildere Strafe verhängt hätte. Ohne Zweifel rechtfertigen diese zwar an sich eine kurzzeitige Freiheitsstrafe – auch jenseits des gesetzlichen Mindestmaßes gem. § 38 Abs. 2 StGB. Der Senat teilt nicht die in der obergerichtlichen Rechtsprechung verbreitete Auffassung, dass „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“ (vgl. nur OLG Hamm, 1. Strafsenat, Beschl. v. 04.04.2017 – III – 1 RVs 23/17 – juris m. zahlr. w. N.). Ein solcher Schematismus 16

lässt sich § 46 StGB nicht entnehmen. Danach ist die Schuld Grundlage der Strafzumessung und die Strafe Ergebnis eines individuellen Zumessungsaktes. Anders als etwa § 26a StVG für den Bereich der Verkehrsordnungswidrigkeiten sind im Strafrecht schematisierte Sanktionen nicht vorgesehen. Vielmehr ist immer im Einzelfall zu bestimmen, welche Straftat angemessen ist und – bei geringfügigeren Delikten – wie weit eine etwaige Freiheitsstrafe über das gesetzliche Mindestmaß nach § 38 Abs. 2 StGB hinausgehen kann. Unabhängig von diesen generellen Überlegungen erscheint hier aber auch zweifelhaft, ob der Angeklagte unter die Voraussetzungen der o.g. Rechtsprechung fallen würde, da nicht festgestellt ist, dass es sich bei dem Angeklagten um einen „abhängigen Drogenkonsumenten“ handelt. Der Bundeszentralregisterauszug bezüglich des Angeklagten weist ausweislich der Urteilsgründe keine Verurteilung wegen eines Verstoßes gegen das BtMG auf. Einziger Anhaltspunkt für eine Abhängigkeit könnte sein, dass bereits anlässlich einer Verurteilung wegen Diebstahls im Jahre 2012 festgestellt worden ist, dass die seinerzeitigen Taten aufgrund einer Betäubungsmittelabhängigkeit begangen worden sind. Angesichts des Zeitablaufs ist das aber nur ein sehr schwacher Anhaltspunkt.

Da aber der Tatrichter mit einer Freiheitsstrafe von vier Monaten das gesetzliche Mindestmaß des § 38 Abs. 2 StGB deutlich überschritten hat, besteht nicht ausschließlich die Möglichkeit, dass bei Feststellung des Wirkstoffgehalts und Vorliegens einer nur geringen Menge des Betäubungsmittels auf eine etwas niedrigere Freiheitsstrafe erkannt worden wäre. 17