
Datum: 11.02.2000
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 1. Strafsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: Ss 616/99 - 28 -
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2000:0211.SS616.99.28.00

Tenor:

Das angefochtene Urteil wird mit seinen Feststellungen aufgehoben. Die Sache wird

zur erneuten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an eine andere Strafkammer des Landgerichts Köln zurückverwiesen.

-
1. **G r ü n d e :** Das Amtsgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Besitzes von 1
Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und
zwei Monaten verurteilt. Das Landgericht hat die auf das Strafmaß beschränkte Berufung des
Angeklagten verworfen. Bezüglich der Strafzumessung hat es im wesentlichen ausgeführt:
" Ausreichende Anhaltspunkte für die Annahme eines minder schweren Falles im Sinne von §
29 a Abs. 2 BtmG haben sich nicht ergeben. Hierzu reicht insbesondere nicht der Umstand
aus, dass der Angeklagte die Betäubungsmittel "gefunden" hat; denn der Angeklagte ist nicht
im Sinne eines Zufallfundes in Unkenntnis der wahren Beschaffenheit des Inhalts des Beutels
in dessen Besitz gekommen.... Auch die weitere Einlassung des Angeklagten, er habe seit
seiner Haftentlassung am 14.7.1997 bis zu der hier in Rede stehenden Tat keinerlei Drogen
mehr konsumiert, geschweige denn mit solchen gehandelt, ist, selbst wenn man dies als
wahr unterstellt, nicht geeignet, die Inbesitznahme der Beutel als minder schweren Fall
einzustufen. Abgesehen von der Frage, weshalb sich denn der Angeklagte überhaupt in den
Besitz dieser Betäubungsmittel setzte und weshalb er sich nicht ihrer vor dem Eintreffen der
Polizei ... entledigte, kann keine Rede von einem einmaligen unüberlegten Rückfall eines
früheren Drogenabhängigen aufgrund einer unerwartet eingetretenen günstigen Gelegenheit
ausgegangen werden; denn der Angeklagte ist seit 18 Jahren Drogenkonsument; auch wenn
er einige Zeiträume drogenfrei gelebt haben sollte, ist er jedenfalls immer wieder rückfällig

geworden. Bei der Strafzumessung ist das Amtsgericht zu Recht von dem nach §§ 21, 49 StGB gemilderten Strafraumen des § 29 a Abs. 1 BtMG ausgegangen, der Freiheitsstrafe von drei Monaten bis elf Jahre und drei Monate umfasst. Dabei kann dahinstehen, ob die Einlassung des Angeklagten widerlegt ist, er sei zur Tatzeit nicht drogenabhängig gewesen; denn er ist durch die Unterstellung des Gegenteils im Rahmen der Strafzumessung nicht beschwert." Hiergegen richtet sich die Revision mit der Sachrüge und mehreren Verfahrensrügen. Eines Eingehens auf die Verfahrensrügen bedarf es nicht, weil bereits mit der erhobenen Sachrüge das Rechtsmittel (vorläufigen) Erfolg hat. Dabei ist zunächst festzustellen, dass das Landgericht zu Recht die Berufungsbeschränkung auf das Strafmaß für wirksam erachtet hat: die Feststellungen des Amtsgerichts zur Tat und zum Schuldspruch sind so umfassend, dass sie den Unrechts- und Schuldgehalt der Tat hinreichend erkennen lassen und daher für das Rechtsmittelgericht eine sichere Grundlage für die Entscheidung über die Rechtsfolge sind (vgl. BGHSt 33, 49; BayObLG NStZ 1988, 570 m.w.N., Senatsentscheidung vom 29.6.1999 - Ss 273/99 - 138 und vom 14. März 2000 - Ss 90/00 - 54; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 44. Aufl., § 318, Rdnr. 16). Infolge der wirksamen Beschränkung auf den Rechtsfolgenausspruch war das Berufungsgericht an den Schuldspruch und die ihn tragenden Feststellungen gebunden (vgl. Ruß in KK, StPO, 4. Aufl., § 318 Rn. 9). Die abweichende Einlassung des Angeklagten in der Berufungsinstanz, er habe nicht gewußt, ob sich in dem ausgegrabenen Beutel überhaupt Betäubungsmittel befanden, war daher unbeachtlich (vgl. dazu auch Alsberg/Nüse/Meyer, Der Beweisantrag, 5. Aufl., S. 434). Soweit sich das Landgericht trotzdem mit diesen Angriffen auf den Schuldumfang auseinandersetzt ist dies unschädlich da das Landgericht zu keinem anderen Ergebnis als das Amtsgericht gekommen ist. Das Urteil kann jedoch keinen Bestand haben, da die Strafzumessung rechtsfehlerhaft ist. Zwar ist die Strafzumessung grundsätzlich Aufgabe des Tatrichters, dessen Wertung bis zur Grenze des Vertretbaren hinzunehmen ist (vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 44. Aufl., § 337, Rdnr. 34 m.w.N.; ständige Senatsrechtsprechung, vgl. Senatsentscheidung vom 29.4.1997 - Ss 189/97). Das Revisionsgericht darf jedoch eingreifen, soweit die Strafzumessungserwägungen in sich rechtsfehlerhaft sind. Dies ist unter anderem dann der Fall, wenn der Tatrichter von einem unzutreffenden Strafraumen ausgegangen ist oder die vom Gesetz zur Verfügung gestellte Möglichkeit, einen anderen, für den Angeklagten günstigeren Strafraumen zu wählen, nicht in Betracht gezogen hat oder sich bei der Findung des Strafraumens von fehlerhaften Erwägungen hat leiten lassen (vgl. BGHR StGB vor § 1/minder schwerer Fall, Strafraumenwahl 2). Letzteres ist hier der Fall: Die Kammer hat die Tat des Angeklagten zwar nicht als minder schweren Fall im Sinne von § 29 a Abs. 2 BtMG angesehen, den bei der konkreten Strafzumessung zugrundegelegten Regelstrafrahmen jedoch nach §§ 21, 49 StGB gemildert, da der Angeklagte nicht ausschließbar unter den Voraussetzungen der erheblich verminderten Schuldfähigkeit gehandelt habe. Diesen Gesichtspunkt hat die Kammer zu Unrecht bei der Prüfung des minder schweren Falles nicht berücksichtigt. Sieht das Gesetz - wie im vorliegenden Fall des § 29 a BtMG - bei einer Straftat einen minder schweren Fall vor, so muss der Tatrichter im Rahmen einer Gesamtwürdigung prüfen, ob ein solcher Fall gegeben ist (st. Rspr. vgl. BGH NStZ 1984, 357; BGHR StGB, vor § 1 /minder schwerer Fall, Strafraumenwahl 2; ferner Dreher-Tröndle, StGB, § 46 Rdnr. 41). Liegt neben den allgemeinen Milderungsgründen auch ein sogenannter vertypter Milderungsgrund vor (wie z.B. die hier in Betracht kommende erheblich verminderte Schuldfähigkeit nach § 21 StGB), so kann dies allein schon Anlass dafür sein, einen minder schweren Fall anzunehmen (vgl. BGH a.a.O.). Der Tatrichter hat daher bei Vorliegen eines vertypten Milderungsgrundes zunächst zu prüfen, ob schon die Gesamtwürdigung der allgemeinen, unbenannten Strafmilderungsgründe - ohne den vertypten Milderungsgrund - zur Annahme eines minder schweren Falles ausreicht. Damit hat sich der Tatrichter im vorliegenden Fall auch auseinander gesetzt und dies mit vertretbaren Überlegungen verneint. Reichen aber die

unbenannten Strafmilderungsgründe zur Annahme eines minder schweren Falles nicht aus, so ist der vertypete Milderungsgrund in die Prüfung einzubeziehen. Daran fehlt es hier: die Kammer hat zwar nicht ausgeschlossen, dass die Voraussetzungen der erheblich verminderten Schuldfähigkeit gegeben waren, diesen Umstand bei der Prüfung des minder schweren Falles jedoch nicht berücksichtigt, sondern ihn lediglich dazu benutzt, den Regelstrafrahmen des § 29 a BtmG über §§ 21, 49 StGB zu mildern. Sie hätte im Rahmen ihrer Prüfung des minder schweren Falles in für das Revisionsgericht nachvollziehbarer Weise darlegen müssen, ob der Umstand, dass der Angeklagte unter den Voraussetzungen der erheblich verminderten Schuldfähigkeit gehandelt hat, für sich allein oder zusammen mit den übrigen Strafmilderungsgründen die Annahme eines minder schweren Falles begründen kann. Indem die Strafkammer sich damit nicht auseinander gesetzt hat, hat sie eine Möglichkeit ausser Acht gelassen, die für den Angeklagten zu einem günstigeren Strafraumen hätte führen können: denn der Strafraumen des minder schweren Falles beträgt Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren, während der über §§ 21, 49 StGB gemilderte Regelstrafrahmen drei Monate bis zu elf Jahren und drei Monaten Freiheitsstrafe beträgt. Die Erwägungen, mit denen die Strafkammer das Vorliegen eines minder schweren Falles verneint hat, sind somit unvollständig. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuverweisen (§ 354 StPO).
