

1 Ss 319/14
5/10 Ns –
6360 Js 209403/13 (166/13)
LG Frankfurt am Main



EINGEGANGEN
22. Jan. 2015
RA KITLIKOGLU

OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN

BESCHLUSS

In der Strafsache

g e g e n

z. Zt. in dieser Sache in Untersuchungshaft
in der JVA Frankfurt am Main I,

w e g e n unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmittel

hat der 1. Strafsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main auf die Revision des Angeklagten gegen das Urteil der 10. kleinen Strafkammer des Landgerichts Frankfurt am Main vom 08.07.2014 durch

am 22.12.2014

b e s c h l o s s e n :

Das angefochtene Urteil wird im Strafausspruch mit den zugrundeliegenden Feststellungen aufgehoben.

Die weitergehende Revision wird als offensichtlich unbegründet mit der Maßgabe verworfen, dass der Schuldspruch klarstellend zu berichtigen ist, dass die Bezeichnung „davon in einem Fall gewerbsmäßig handelnd“ in Wegfall gerät.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts Frankfurt am Main zurückverwiesen.

Gründe:

Mit Urteil vom 06.09.2013 hat das Amtsgericht Frankfurt am Main den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (Opium) in fünf Fällen, davon in einem Fall gemeinschaftlich handelnd und in nicht geringer Menge, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Das sichergestellte Betäubungsmittel (Opium) wurde eingezogen.

Auf die hiergegen eingelegten Berufungen der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten hat das Landgericht Frankfurt am Main das Urteil des Amtsgerichts Frankfurt am Main aufgehoben und den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens von Betäubungsmitteln (Opium) in zwei Fällen, davon in einem Fall gewerbsmäßig handelnd und in einem Fall in nicht geringer Menge, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt und das sichergestellte Betäubungsmittel (Opium) eingezogen.

Die hiergegen gerichtete zulässige Revision hat mit der Sachrüge den aus dem Tenor ersichtlichen teilweisen Erfolg. Im Übrigen erweist sie sich als unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. Insoweit hat die Nachprüfung des angefochtenen Urteils aufgrund der Revisionsfertigung keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben.

Der Strafausspruch hält revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand. Zu den Vorstrafen des Angeklagten hat das Landgericht folgende Feststellungen getroffen:

„Der Angeklagte ist bereits zahlreich und einschlägig strafrechtlich in Erscheinung getreten. Der Bundeszentralregisterauszug vom 06.12.2013 weist folgende Eintragungen auf:

1. Am 09.01.2003 verurteilte ihn das Amtsgericht Frankfurt am Main wegen Diebstahls in drei Fällen sowie Diebstahls geringer wertiger Sachen (Datum der letzten Tat: 19.07.2002) zu einer Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu je 5 €. Das Urteil ist seit dem 19.07.2002 rechtskräftig.
2. Am 13.01.2003 verurteilte ihn das Amtsgericht Langen wegen Diebstahls (Datum der Tat: 09.09.2002) zu einer Geldstrafe von 25 Tagessätzen zu je 20,- €. Das Urteil ist seit dem 09.09.2002 rechtskräftig.

3. Am 03.09.2003 verurteilte ihn das Amtsgericht Bad Homburg wegen vorsätzlichen Verstoßes gegen das Ausländergesetz in Tateinheit mit Urkundenfälschung in Tatmehrheit mit versuchter mittelbarer Falschbeurkundung (Datum der letzten Tat: 28.05.2002) zu einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu je 10 €. Das Urteil ist seit dem 28.05.2002 rechtskräftig.
4. Am 27.01.2004 verurteilte ihn das Amtsgericht Offenbach am Main wegen gemeinschaftlichen Diebstahls (Datum der Tat: 17.03.2003) zu einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu je 20 €. Das Urteil ist seit dem 17.03.2003 rechtskräftig.
5. Am 09.03.2004 verurteilte ihn das Amtsgericht Aschaffenburg wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Datum der Tat: 11.11.2003) zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. Das Urteil ist seit dem 11.11.2003 rechtskräftig. Nach nachträglicher Gesamtstrafenbildung mit den Entscheidungen vom 27.05.2004 und 09.03.2004 und Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung ist die Strafvollstreckung seit dem 05.03.2010 erledigt.
6. Am 27.05.2004 verurteilte ihn das Amtsgericht Friedberg wegen gemeinschaftlich begangenen Diebstahls (Datum der Tat: 16.10.2003) zu einer Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu je 25 €. Das Urteil ist seit dem 27.05.2004 rechtskräftig.
7. Am 27.03.2005 verurteilte das Amtsgericht Friedberg wegen Inverkehrbringens von Falschgeld und Betrugs (Datum der letzten Tat: 10.01.2005) zu einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu je 25 €. Das Urteil ist seit dem 30.04.2005 rechtskräftig.
8. Am 18.10.2005 verurteilte ihn das Amtsgericht Sinsheim wegen Geldfälschung in Tateinheit mit vollendetem und versuchtem gewerbsmäßigem Betrug (Datum der Tat: 21.04.2005) zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren. Das Urteil ist seit dem 27.04.2006 rechtskräftig. Der Strafreist wurde zur Bewährung ausgesetzt. Die Strafaussetzung wurde sodann widerrufen. Die Strafvollstreckung ist seit dem 21.06.2011 erledigt. Führungsaufsicht wurde bis zum 21.06.2016 angeordnet.
9. Am 10.03.2008 verurteilte das Amtsgericht Saarlouis den Angeklagten wegen gemeinschaftlichen gewerbsmäßigen Diebstahls in zwei Fällen (Datum der letzten Tat: 04.12.2007) zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr. Das Urteil ist seit dem 04.06.2008 rechtskräftig.
10. Am 24.04.2008 verurteilte das Amtsgericht Karlsruhe-Durlach den Angeklagten wegen Diebstahls im besonders schweren Fall in zwei Fällen, davon in einem Fall gemeinschaftlich handelnd (Datum der letzten Tat: 09.08.2007) zu einer Freiheitsstrafe von elf Monaten. Das Urteil ist seit dem 07.07.2008 rechtskräftig.
11. Am 04.03.2009 verurteilte das Amtsgericht Frankfurt am Main den

Angeklagten wegen Urkundenfälschung in acht Fällen (Datum der letzten Tat: 11.11.2007) zu einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten. Das Urteil ist seit dem 04.03.2009 rechtskräftig. Aus den Verurteilungen vom 10.03.2008, 24.04.2008 und 04.03.2009 wurde nachträglich eine Gesamtfreiheitsstrafe gebildet. Die Strafvollstreckung ist seit dem 25.11.2010 erledigt."

Zur Strafzumessung hat das Landgericht folgendes ausgeführt:

„Bei der Strafzumessung hat die Kammer für die Tat Ziffer 1) den Strafrahmen des §§ 29 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 Nr. 1 BtMG, und für die Tat Ziffer 2) den Strafrahmen des § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG zu Grunde gelegt, die beide eine Freiheitsstrafe von nicht unter einem Jahr vorsieht. Das Höchstmaß der Freiheitsstrafe liegt gem. § 38 Abs. 2 StGB bei 15 Jahren.

Die Kammer sieht keine Grundlage dafür, bei der Tat zu Ziffer 1) auf den Grundtatbestand des § 29 Abs. 1 BtMG, noch bei der Tat zu Ziffer 2) einen minder schweren Fall anzunehmen. Bei der erforderlichen Würdigung der Gesamtumstände sind zu Gunsten des Angeklagten sein geständiges Verhalten bereits im Ermittlungsverfahren, die Länge der Untersuchungshaft und bezüglich der Tat zu Ziffer 2) zu werten, dass diese polizeilich observiert und die Betäubungsmittel sichergestellt werden konnten. Zu Lasten des Angeklagten sind seine zahlreichen auch einschlägigen Vorstrafen sowie der Umstand zu berücksichtigen, dass er die Taten unter laufender Führungsaufsicht begangen hat. Zu Lasten ist ferner zu berücksichtigen, dass es sich bei Opium um keine leichte Droge handelt. Bezüglich der Tat Ziffer 2) fällt sehr ins Gewicht, dass die Grenze zur nicht geringen Menge, die bei Opium bei einem Wirkstoffgehalt von 6,0 g Morphinhydrochlorid liegt, mit 77,1 g Morphinhydrochlorid um das annähernd 13 –fache überschritten ist.

Da der Angeklagte hinsichtlich der Tat Ziffer 2) frühzeitig im Ermittlungsverfahren konkrete Angaben über den Besteller der Drogenmenge, einem namentlich Genannten i....

mit dem er während seines Aufenthalts in der JVA eine Zelle teilte, gemacht hatte, und nur geringe Versuche der weiteren Ermittlungen durch das BKA stattgefunden haben, ist zugunsten des Angeklagten davon auszugehen, dass er im Sinne des § 31 Abs. 1 Nr. 1 BtMG durch freiwillige Offenbarung seines Wissen wesentlich dazu beigetragen hat, dass die Tat über seinen Tatbeitrag hinaus aufgedeckt werden konnte. Hinsichtlich der Tat Ziffer 2 scheidet jedoch auch wegen der zu Gunsten des Angeklagten unterstellten erfolgreichen Aufklärungshilfe ein besonders schwerer Fall nach § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG angesichts dieser Gesamtumstände, insbesondere der um ein Vielfaches überschrittenen Grenze zur nicht geringen Menge, nicht aus.

Hinsichtlich der Tat Ziffer 2) ist auch keine Verschiebung des Strafrahmens nach § 31 Abs. 1 BtMG, § 49 Abs. 1 StGB vorzunehmen, da der Angeklagte mehrfach und auch einschlägig wegen Betäubungsmitteldelikten vorbestraft ist

Bei der Strafzumessung im Besonderen wertete die Kammer die geständige Einlassung des Angeklagten zu Gunsten des Angeklagten. Zu Gunsten wiegt

ferner der Umstand, dass die Tat Ziffer 2) polizeilich observiert war und das Rauschgift sichergestellt werden konnte. Zu Gunsten des Angeklagten wiegt letztlich die lange Dauer der Untersuchungshaft. Nicht zu seinen Gunsten wiegt die lange Verfahrensdauer, da diese wesentlich durch seinen Antrag vom 25.11.2013 (Blatt 1370 d. A.) auf Entpflichtung seines zuvor selbst vorgeschlagenen und mit Beschluss vom Amtsgericht am 12. April bestellten Pflichtverteidigers Rechtsanwalt herrührt. Zu Lasten des Angeklagten wiegen seine massiven auch einschlägigen Vorstrafen. Der Angeklagte stand bei Begehung der Taten unter laufender Führungsaufsicht und er ist strafhafterfahren.

Die Kammer erachtet vor diesem Hintergrund für die Tat Ziffer 1) eine Freiheitsstrafe von 1 Jahr und 4 Monaten und für die Tat Ziffer 2) eine Freiheitsstrafe von 2 Jahren und 10 Monaten für tat- und schuldangemessen. Zugunsten des Angeklagten ist nach § 31 Abs. 1 Ziffer 1 BtMG die Strafe bezüglich Tat Ziffer 2) um 6 Monate auf 2 Jahre und 4 Monate zu mildern, da zu seinen Gunsten zu unterstellen ist, dass seine freiwillige Wissensoffenbarung bei ordnungsgemäßer Behandlung durch das LKA wesentlich dazu beigetragen hat, dass die Tat über seinen eigenen Tatbeitrag hinaus aufgedeckt werden konnte.

Aus den vorgenannten Einzelstrafen erachtet die Kammer unter nochmaliger Abwägung aller für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände und unter besonderer Berücksichtigung seiner Aufklärungshilfe die Bildung einer

Gesamtfreiheitsstrafe von 3 Jahren

als tat- und schuldangemessen."

Danach weist der Strafausspruch durchgreifende Rechtsfehler auf.

Hinsichtlich der Tat zu Ziffer 1 hat die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main in ihrer Stellungnahme vom 11.11.2014 insoweit folgendes ausgeführt:

„Allerdings weist der Rechtsfolgenausspruch im Hinblick auf die zur Tat Ziff. 1 (1.1 – 1.4) verhängte Einzelstrafe einen durchgreifenden Rechtsfehler auf.

Das Landgericht ist insoweit von gewerbsmäßigem Handeln und damit vom Regelbeispiel des § 29 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BtMG ausgegangen, was aber nicht von den Feststellungen des angefochtenen Urteils getragen wird.

Gewerbsmäßig handelt ein Täter, wenn er die Absicht hat, sich durch wiederholte Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu verschaffen (BGH NStZ 1998, 89; NStZ-RR 2008, 212). Im Hinblick auf die Dauer der Einnahmequelle ist entscheidend, dass die Absicht des Täters darauf gerichtet war, die Tat zur Schaffung einer fortlaufenden Einnahmequelle durch Betäubungsmittelgeschäfte zu wiederholen (vgl. Köner/Patzak/Volkmer, a.a.O., § 29, Teil 26, Rn. 18 m.w.N.) Zwar liegt Gewerbsmäßigkeit schon dann vor, wenn sich der Täter

Betäubungsmittel in einem Erwerbsvorgang beschafft, die er sodann in Teilmengen sukzessive absetzen will, um sich eine fortlaufende Einnahmequelle von einer Dauer und einigem Umfang zu verschaffen (BGH NStZ 1992, 86). Hat der Täter aber den Willen zum wiederholten Absatz nicht von Anfang an, sondern entwickelt ihn lediglich im Zusammenhang mit der ersten Absatzhandlung gleichsam notgedrungen und schrittweise, so kann von der Absicht, sich eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer zu erschließen, nicht gesprochen werden (BGG a.a.O.).

Letzteres ist aber vorliegend nach den Feststellungen und auch dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe nicht auszuschließen. Der Angeklagte hat sich dahingehend eingelassen, dass er zunächst für den Verkauf von Telefonkarten 460,- Euro in Falschgeld bekommen habe. Er habe daraufhin mit demjenigen, der ihm das Falschgeld gegeben habe, den Deal gemacht, dass er anstelle des Falschgeldes insgesamt 50 g Opium und zudem 60,- Euro in Echtgeld erhalte (UA S. 9). Hieraus ergibt sich bereits, dass der Angeklagte das Opium im vorliegenden Einzelfall nur gelegentlich und als Ersatz für das erhaltene Falschgeld bekommen hat. Ob der Angeklagte sodann ggfs. zunächst beabsichtigt hat, das Opium durch eine einzige Absatzhandlung gewinnbringend zu verwerten und der anschließende sukzessive Verkauf nur situationsbedingt erfolgte, lässt sich nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils, die sich hierzu nicht verhalten, nicht ausschließen. Da der Angeklagte das Opium nur als Ersatz für den eigentlichen Kaufpreis entgegennahm, erscheint diese Möglichkeit auch nicht fernliegend. In diesem Fall könnte aber nicht von einer dauerhaften Einnahmequelle bzw. der Absicht des Angeklagten ausgegangen werden, sich durch die Tat eine fortlaufende Einnahmequelle durch wiederholte Betäubungsmittelgeschäfte zu verschaffen.

Da somit die Urteilsgründe die Annahme einer durch den Angeklagten beabsichtigten fortlaufenden Einnahmequelle nicht tragen, ist nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht von einem falschen Strafraumen ausgegangen ist. Insoweit beruht das Urteil hinsichtlich der verhängten Einzelstrafe auch auf diesem Rechtsfehler.

Da nicht auszuschließen ist, dass dahingehend weitere Feststellungen getroffen werden können, bedarf es insoweit wie auch damit notwendigerweise zur Gesamtstrafe der Aufhebung und Zurückverweisung."

Dem tritt der Senat bei.

Auch hinsichtlich der Strafzumessung hinsichtlich der Tat Ziffer 2 hält das angefochtene Urteil revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand.

Die konkrete Strafzumessung ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Es ist seine Aufgabe, auf der Grundlage des umfassenden Eindrucks, den er in der Hauptverhandlung von der Tat und der Persönlichkeit des Täters gewonnen hat, die wesentlichen entlastenden und belastenden Umstände feststellen, sie zu bewerten

und gegeneinander abzuwägen. Ein Eingriff des Revisionsgerichts in diese Einzelakte der Strafzumessung ist in der Regel nur möglich, wenn die Zumessungserwägungen in sich fehlerhaft sind, wenn das Tatgericht gegen anerkannte Strafzwecke verstößt oder wenn sich die verhängte Strafe nach oben oder unten von ihrer Bestimmung löst, gerechter Schuldausgleich zu sein (vgl. BGHSt 34, 345, 349). Im Hinblick auf diesen Spielraum ist eine exakte Richtigkeitskontrolle der Strafzumessung des Tatrichters ausgeschlossen; in Zweifelsfällen muss daher die Strafzumessung des Tatrichters vom Revisionsgericht hingenommen werden (vgl. BGHSt 29, 319, 320).

Zwar muss der Tatrichter in seinem Urteil nur die Umstände anführen, die für die Strafzumessung bestimmend waren (§ 267 Abs. 3 StPO); es könnte daher nicht beanstandet werden, wenn einzelne gegen den Angeklagten sprechende, vom Tatgericht als nicht bestimmend für die Strafzumessung beurteilte Umstände unerörtert geblieben wären. Eine erschöpfende Aufzählung aller Strafzumessungserwägungen ist weder vorgeschrieben, noch möglich. Hier hat die Kammer mehrfach auf die zahlreichen auch einschlägigen Vorstrafen des Angeklagten abgestellt. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats (vgl. Senatsbeschl. v. 17.11.2003- Az.: 1 Ss 285/05) muss der Tatrichter, will er Vorstrafen zum Nachteil des Angeklagten verwerten, die Zeiten der Verurteilung, die Tatzeiten sowie die Art und Höhe der erkannten Rechtsfolgen im Einzelnen mitteilen, wobei in der Regel auch Ausführungen zu den Sachverhalten, die den Verurteilungen zugrunde liegen, zu machen sind, da sonst das Revisionsgericht nicht nachprüfen kann, ob das Tatgericht die Vorstrafen in ihrer Bedeutung und Schwere für den Schuldspruch richtig bewertet hat (vgl. OLG Frankfurt am Main StV 1989, 155 m.w.N.; BGHR StGB § 46 Abs. 2 Vorleben 25; OLG Köln StV 1996, 321; OLG Köln NSTZ 2003, 421). Von einer genauen Darlegung der den Verurteilungen zu Grunde liegenden Sachverhalte kann allenfalls dann ausnahmsweise abgesehen werden, wenn in Fällen geringerer Bedeutung der Sachverhalt schon aus der Angabe der angewendeten Vorschriften hinreichend erkennbar wird (z.B. Fahren ohne Fahrerlaubnis) oder wenn etwa die Auflistung der Vorstrafen nur allgemein der Darlegung auch anderer Fälle der Missachtung strafrechtlicher Normen durch den Angeklagten dient, also ersichtlich in keiner Weise auf Art und Schwere früherer begangener Straftaten abgestellt worden ist (vgl. Senatsbeschl. v. 24.11.2002 Az. 1 Ss 44/02). Diese Ausnahmen liegen jedoch hier nicht vor, so dass der Sachverhalt der einschlägigen Verurteilung (Ziff. 5 des Bundeszentralregisterauszuges) hätte geschildert werden müssen.

Zudem hat die Kammer nicht beachtet, dass die einzige einschlägige Verurteilung vom 09.03.2004 durch das Amtsgericht Aschaffenburg wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, die zu einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr zur Bewährung führte, bereits geraume Zeit zurück liegt. Ob eine straffreie Zeitspanne von solchen Gewicht ist, dass an ihr ohne ausdrückliche Erörterung vorbeigegangen werden kann, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass die Strafkammer zum Nachteil des Angeklagten seine teils einschlägigen Vorverurteilungen besonders strafscharfend berücksichtigt hat. Vor diesem Hintergrund hätte sie sie dann aber auch dem Umstand, dass seit der letzten und einzigen einschlägigen Verurteilung ein nicht unerheblicher Zeitraum vergangen ist, zum Anlass einer Prüfung nehmen müssen, ob darin nicht eine Tendenz zur Besserung hervorgetreten ist, die ungeachtet der weitere Straffälligkeiten des Angeklagten strafmildernde Berücksichtigung hätte finden können (vgl. Senatsbeschl. v. 27. Febr. 2002 – Az.: 1 Ss 1/02 -). Nicht ausgeschlossen werden kann, dass eine solche Prüfung ggfls. zur einem für den Angeklagten günstigeren Strafausspruch geführt hätte.

Der Einzelstrafausspruch sowie der Gesamtstrafenausspruch unterliegt deshalb der Aufhebung.

Deswegen ist das angefochtene Urteil im Strafausspruch aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts Frankfurt am Main zurückzuverweisen (§§ 349 Abs. 4, 353, 354 Abs. 2 StPO).

Soweit die Generalstaatsanwaltschaft beantragt, den „Rechtsfolgenausspruch“ aufzuheben ist aus dem Gesamtzusammenhang der Stellungnahme zu entnehmen, dass lediglich der Strafausspruch gemeint ist, da die Entscheidung zur Einziehung der sichergestellten Betäubungsmittel, damit eine Rechtsfolge, von der Aufhebung zu Recht ausgenommen werden sollte. Insoweit ist auf Seite 10 der Stellungnahme Folgendes ausgeführt:

„Nicht von diesem Rechtsfehler betroffen ist die rechtsfehlerfreie Entscheidung zur Einziehung des sichergestellten Betäubungsmittels, die auf § 33 Abs. 2 BtMG beruht. Insoweit kann die Einziehungsanordnung trotz notwendiger (teilweiser) Aufhebung des Strafausspruchs bestehen bleiben, da eine Wechselwirkung zwischen dieser Sicherungsmaßnahme und der Höhe der Strafe nicht besteht.“

Der Schuldspruch bedurfte im übrigen einer klarstellenden Berichtigung als die Bezeichnung als „gewerblich“ in Wegfall gerät. Nicht in die Urteilsformel gehört das Vorliegen gesetzlicher Regelbeispiele für besonders schwere Fälle (vgl. Meyer/Goßner-Schmitt, StPO, 57. Aufl., § 260 Rz 25).

