



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

3 StR 502/09

vom
21. Januar 2010
in der Strafsache
gegen

1.

2.

wegen zu 1.: Bandenhandels mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge

zu 2.: Bandenhandels mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge u. a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung der Beschwerdeführer und des Generalbundesanwalts - zu I. 2. und II. 2. auf dessen Antrag - am 21. Januar 2010 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO einstimmig beschlossen:

- I. 1. Auf die Revision des Angeklagten T. wird das Urteil des Landgerichts Krefeld vom 12. Juni 2009, soweit es ihn betrifft, mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben, soweit die Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt abgelehnt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

- II. 1. Auf die Revision des Angeklagten A. Ö. wird das vorbezeichnete Urteil, soweit es ihn betrifft,

a) in den Einzelstrafen der Fälle B. VI. 14. bis 16. der Urteilsgründe

und

b) im Ausspruch über die Gesamtstrafe aufgehoben; jedoch bleiben die zugehörigen Feststellungen aufrechterhalten.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe:

1 Das Landgericht hat den Angeklagten T. wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 13 Fällen zu der Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren und acht Monaten verurteilt. Den Angeklagten Ö. hat es wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in acht Fällen, Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 3 Fällen sowie wegen schweren Menschenhandels zum Zweck der sexuellen Ausbeutung in Tateinheit mit schwerem Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung zur Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren und acht Monaten verurteilt. Ferner hat das Landgericht die Unterbringung des Angeklagten Ö. in einer Entziehungsanstalt angeordnet und bestimmt, dass die Freiheitsstrafe für die Dauer von einem Jahr und zehn Monaten vor der Unterbringung zu vollziehen ist.

2 Die Revision des Angeklagten Ö. rügt allgemein die Verletzung materiellen Rechts. Der Angeklagte T. wendet sich ebenfalls mit der auf die Rüge der Verletzung sachlichen Rechts gestützten Revision gegen seine Verurteilung und beanstandet im Einzelnen, dass das Landgericht die Anwendung des § 31 Nr. 1 BtMG abgelehnt hat. Die Rechtsmittel haben die aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Teilerfolge.

3 I. Revision des Angeklagten T.

4 Die Nachprüfung des angefochtenen Urteils aufgrund der Revisionsrechtfertigung hat zum Schuld- und Strafausspruch keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Beschwerdeführers erbracht (§ 349 Abs. 2 StPO). Das Urteil hat indes keinen Bestand, soweit das Landgericht die Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) abgelehnt hat. Die Begründung der Strafkammer, sie sehe "eine Unterbringung zum gegenwärtigen Zeitpunkt jedenfalls als nicht viel versprechend" an, da bei dem Angeklagten "nicht die notwendige Einsichtsfähigkeit in eine Therapiebedürftigkeit festzustellen" sei, vermag die Ablehnung der Maßregelanordnung nicht zu tragen.

5 1. Fehlender Therapiewille allein hindert die Unterbringung nach § 64 StGB grundsätzlich nicht. Zwar kann dieser Umstand ein gegen die Erfolgsaussicht der Entwöhnungsbehandlung sprechendes Indiz sein. Ob der Mangel an Therapiebereitschaft den Schluss auf das Fehlen einer hinreichend konkreten Erfolgsaussicht der Maßregel rechtfertigt, lässt sich aber nur aufgrund einer - vom Landgericht hier nicht vorgenommenen - Gesamtwürdigung der Täterpersönlichkeit und aller sonstigen maßgeblichen Umstände beurteilen (BGH NJW 2000, 3015, 3016; Beschl. vom 24. März 2005 - 3 StR 71/05). Die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt hängt nicht vom Therapiewillen des Betroffenen ab (BTDrucks. 16/1110 S. 13). Ziel einer Behandlung im Maßregelvollzug

kann es vielmehr gerade sein, die Therapiebereitschaft beim Angeklagten erst zu wecken (BGH NStZ-RR 1997, 34 f.). Das Gericht hat daher gegebenenfalls zu prüfen, ob die konkrete Aussicht besteht, dass die Therapiebereitschaft für eine Erfolg versprechende Behandlung in der Maßregel geweckt werden kann (vgl. Fischer, StGB 57. Aufl. § 64 Rdn. 19 f. m. w. N.).

6 2. Über die Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt muss somit - unter Hinzuziehung eines Sachverständigen (§ 246 a StPO) - neu verhandelt und entschieden werden. Anhaltspunkte dafür, dass der Angeklagte nicht gefährlich im Sinne dieser Vorschrift ist oder keine hinreichend konkrete Aussicht besteht, ihn durch die Behandlung in einer Entziehungsanstalt von seinem Hang zu heilen oder über eine erhebliche Zeit vor dem Rückfall in den Hang zu bewahren (§ 64 Satz 2 StGB), sind - abgesehen von seiner Therapieunwilligkeit - nicht ersichtlich. Dass nur der Angeklagte Revision eingelegt hat, hindert die Nachholung der Unterbringungsanordnung nicht (§ 358 Abs. 2 Satz 2 StPO; BGHSt 37, 5; BGH NStZ-RR 2009, 48; NStZ 2009, 261). Er hat die Nichtanwendung des § 64 StGB durch das Tatgericht auch nicht vom Rechtsmittelangriff ausgenommen (vgl. BGHSt 38, 362 f.).

7 3. Der Senat kann ausschließen, dass der Tatrichter bei Anordnung der Unterbringung auf niedrigere Einzelstrafen erkannt oder eine mildere Gesamtstrafe verhängt hätte. Der Strafausspruch kann deshalb bestehen bleiben.

8 4. Der neue Tatrichter wird im Falle der Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt nach § 67 Abs. 2 Satz 2 und 3, Abs. 5 Satz 1 StGB über die Reihenfolge der Vollstreckung von Strafe und Maßregel zu befinden haben (vgl. BGH NStZ 2008, 28; NStZ-RR 2008, 74). Bei

Vorwegvollzug eines Teils der verhängten Freiheitsstrafe wird es für dessen Berechnung notwendig sein, die für den Angeklagten voraussichtlich erforderliche Therapiedauer zu bestimmen.

9 II. Revision des Angeklagten Ö.

10 Die Überprüfung des angefochtenen Urteils aufgrund der Revisionsrechtfertigung hat zum Schuldspruch und zum Maßregelausspruch keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Beschwerdeführers erbracht. Dies gilt auch für die Nachprüfung der in den Fällen B. VI. 1. bis 8. und C. der Urteilsgründe zugemessenen Einzelstrafen. Indes können die Einzelstrafen in den Fällen B. VI. 14. bis 16. der Urteilsgründe nicht bestehen bleiben. Das Landgericht hat insoweit rechtsfehlerhaft nicht erörtert, ob die Voraussetzungen des **§ 31 Nr. 1 BtMG** vorliegen und deshalb in diesen drei Fällen die angewendeten Strafrahmen zu mildern sind, obwohl die festgestellten Umstände dazu drängten.

11 1. Danach hat der Angeklagte in den Fällen B. VI. 14. bis 16. der Urteilsgründe gemeinschaftlich mit seinem Bruder K. Ö. jeweils mit Betäubungsmitteln (Kokain) in nicht geringer Menge Handel getrieben. Das Landgericht hat im Rahmen der Strafzumessung festgestellt, dass sich der Angeklagte "im Hinblick auf sämtliche von ihm begangene BtM-Delikte umfassend geständig eingelassen und sämtliche Fragen der Kammer freimütig beantwortet" und "dabei auch seinen Bruder K. Ö. bereits umfassend belastet" hat (UA S. 130) sowie, dass "die geständige Einlassung des A. Ö. , mit der er zugleich auch seinen Bruder überführt hat, von besonderer Freimütigkeit getragen" gewesen ist (UA S. 154). Deshalb liegt es nahe, dass der Angeklagte dazu beigetragen hat, die Taten über seinen Tatbeitrag hinaus aufzuklären. Die ge-

troffenen Feststellungen hätten daher für das Landgericht Anlass sein müssen, die Milderungsmöglichkeit des § 31 Nr. 1 BtMG zu erörtern (vgl. BGH NSTZ 2009, 394, 395). Dies lässt das Urteil vermissen.

12 2. Der Senat kann nicht ausschließen, dass das Landgericht in den betroffenen Einzelfällen bei rechtsfehlerfreier Prüfung § 31 Nr. 1 BtMG i. V. m. § 49 Abs. 2 StGB angewendet und mildere Einzelstrafen zugemessen hätte. Die festgesetzten Strafen können daher nicht bestehen bleiben. Dies zieht die Aufhebung der Gesamtfreiheitsstrafe nach sich. Die zu diesen Einzelstrafen und der Gesamtfreiheitsstrafe rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen werden von dem aufgezeigten Rechtsfehler nicht berührt und können deshalb bestehen bleiben.

13 3. Vorsorglich weist der Senat darauf hin, dass die am 1. September 2009 durch das 43. StrÄndG vom 29. Juli 2009 (BGBl I 2288 ff.) in Kraft getretene Änderung des **§ 31 BtMG** gemäß Art. 316 d des Einführungsgesetzes zum

Strafgesetzbuch nicht auf Verfahren anzuwenden ist, in denen vor dem 1. September 2009 die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen wurde (vgl. BGH NSTZ-RR 2010, 25).

Becker

RiBGH Pfister befindet sich
im Urlaub und ist daher
gehindert zu unterschreiben.

von Lienen

Becker

Hubert

Schäfer