



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

1 StR 162/14

vom
24. Juni 2014
in der Strafsache
gegen

wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht
geringer Menge u.a.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 24. Juni 2014 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Bayreuth vom 15. Januar 2014
 - a) dahin abgeändert, dass vor der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt ein Jahr und ein Monat der gegen ihn verhängten Gesamtfreiheitsstrafe zu vollziehen sind,
 - b) mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben, soweit das Landgericht den Verfall von Wertersatz in Höhe von 80.000 Euro angeordnet hat.
2. 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.
3. Die weitergehende Revision wird als unbegründet verworfen.

Gründe:

1. Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 15 Fällen, jeweils in Tateinheit mit unerlaubtem Erwerb von Betäubungsmitteln, schuldig gesprochen. Es hat ihn wegen zwölf dieser Taten unter Einbeziehung der Einzelstrafen aus einem amtsgerichtlichen Urteil zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei

Jahren und zehn Monaten verurteilt, auf die es als Ausgleich für die Erfüllung einer Bewährungsauflage zwei Monate angerechnet hat. Für die übrigen drei Taten hat es den Angeklagten zu einer weiteren Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und vier Monaten verurteilt. Zudem hat es die Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt sowie den Vorwegvollzug der verhängten Gesamtfreiheitsstrafen im Umfang von elf Monaten angeordnet. Im Übrigen hat es den Angeklagten freigesprochen. Neben der Aufrechterhaltung des Verfalls von Wertersatz in Höhe von 1.250 Euro aus dem amtsgerichtlichen Urteil hat das Landgericht im Hinblick auf die verfahrensgegenständlichen Taten den Verfall des Wertersatzes hinsichtlich eines weiteren Geldbetrags in Höhe von 80.000 Euro angeordnet.

2 Gegen seine Verurteilung wendet sich der Angeklagte mit einer auf die ausgeführte Sachrüge gestützten Revision. Das Rechtsmittel des Angeklagten führt zu einer Abänderung der Dauer des Vorwegvollzugs gemäß § 67 Abs. 2 Satz 3 StGB und hat zudem hinsichtlich der Anordnung des Verfalls von Wertersatz im Umfang von 80.000 Euro Erfolg (§ 349 Abs. 4 StPO); im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

3 1. Die Nachprüfung des Urteils auf die Sachrüge hat zum Schuldspruch und zum Strafausspruch keinen durchgreifenden Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben. Der Erörterung bedarf lediglich hinsichtlich der Strafzumessung Folgendes:

4 aa) Soweit das Landgericht die Annahme minder schwerer Fälle im Sinne von § 29a Abs. 2 BtMG verneint und den Strafraumen des § 29a Abs. 1 BtMG nach § 31 BtMG, § 49 Abs. 1 StGB gemildert hat, hätte das Landgericht zwar prüfen müssen, ob bereits § 31 BtMG dazu führen kann, einen minder

schweren Fall nach § 29a Abs. 2 BtMG anzunehmen (vgl. dazu BGH, Beschlüsse vom 27. September 2001 – 4 StR 333/01 und vom 19. November 1996 – 1 StR 662/96; jeweils mwN). Da jedoch die vom Landgericht verhängten Einzelfreiheitsstrafen im unteren Bereich des Strafrahmens des § 29a Abs. 2 BtMG liegen, kann der Senat wegen der gleichen Strafrahmenuntergrenze hier ein Beruhen des Strafausspruchs darauf ausschließen, dass das Landgericht den gemäß § 31 BtMG, § 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafrahmen des § 29a Abs. 1 BtMG der Strafzumessung zugrunde gelegt hat.

5 bb) Auch die Gesamtfreiheitsstrafen haben Bestand. Das Landgericht hat zu Recht dem Urteil des Amtsgerichts Kulmbach vom 14. Juli 2011 – 1 Ds – Zäsurwirkung zuerkannt und deshalb zwei Gesamtfreiheitsstrafen gebildet. Deren Höhen belegen einen straffen Zusammenzug der Einzelstrafen und lassen nicht besorgen, das Landgericht könnte einen sich aus der Notwendigkeit, zwei Gesamtstrafen zu bilden, für den Angeklagten ergebenden Nachteil infolge eines zu hohen Gesamtstrafübels nicht ausgeglichen haben (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 22. Juli 2009 – 5 StR 243/09, StraFo 2009, 428).

6 2. Die Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) hält ebenfalls rechtlicher Nachprüfung stand. Auch hat das Landgericht die Dauer des Vorwegvollzugs der beiden Gesamtfreiheitsstrafen vor der Unterbringung nach der Maßgabe des § 67 Abs. 2 StGB an sich zutreffend berechnet.

7 Selbst wenn wie hier wegen der Zäsurwirkung einer Vorverurteilung zwei Gesamtstrafen gebildet werden müssen, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Vorschrift über die Reihenfolge der Vollstreckung (§ 67

StGB) auf beide Strafen anzuwenden, so dass auch die Sollvorschrift des § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB für beide Strafen nicht getrennt, sondern einheitlich gilt. Bei der Berechnung des Vorwegvollzugs nach § 67 Abs. 2 Satz 3 StGB ist somit von der Summe beider Gesamtstrafen und der Hälfte hiervon auszugehen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 7. Juli 2010 – 2 StR 182/10, NStZ-RR 2010, 306 und vom 19. Januar 2010 – 3 StR 499/09, BGHR StGB § 67 Abs. 2 Satz 3 Berechnung 1). Dieser Zeitpunkt ist hier nach drei Jahren und einem Monat erreicht. Bei einer Unterbringungsdauer von zwei Jahren beträgt hiernach der Vorwegvollzug ein Jahr und einen Monat.

8 3. Gleichwohl hat das Landgericht die Dauer des Vorwegvollzugs gemäß § 67 Abs. 2 StGB im Ergebnis zu niedrig bemessen.

9 Es hat bei Bestimmung der Dauer des Vorwegvollzugs zu Unrecht die als Ausgleich für die Erfüllung einer Bewährungsaufgabe gemäß § 55, § 58 Abs. 2 Satz 2, § 56f Abs. 3 StGB auf die erste Gesamtfreiheitsstrafe anzurechnenden zwei Monate in Abzug gebracht und demzufolge angeordnet, dass von den Gesamtfreiheitsstrafen insgesamt elf Monate vor der Maßregel zu vollstrecken sind.

10 Dies ist rechtsfehlerhaft; denn der gemäß § 58 Abs. 2 Satz 2 StGB vorzunehmende Ausgleich ist für die Bemessung der Dauer des Vorwegvollzugs ohne Bedeutung. Nicht anders als erlittene Untersuchungshaft verringert dieser Ausgleich nicht von vornherein die Dauer des Vorwegvollzugs, vielmehr ist er auf den nach § 67 Abs. 2 StGB vorweg zu vollstreckenden Teil der Strafe anzurechnen. Diese Anrechnung obliegt allerdings nicht schon dem Tatgericht, sondern erst dem Vollstreckungsgericht (vgl. zu § 51 StGB: BGH, Beschlüsse vom 14. Januar 2014 – 1 StR 531/13, NStZ-RR 2014, 107 und vom 15. Dezember

2010 – 1 StR 642/10; jeweils mwN; zur Kompensation bei rechtsstaatswidriger
Verfahrensverzögerung vgl. BGH, Beschluss vom 6. März 2012 – 1 StR 40/12).

11 4. Der Senat setzt die Dauer des Vorwegvollzugs durch Beschluss
(§ 349 Abs. 4 StPO) selbst auf ein Jahr und einen Monat fest.

12 Da die Grundlagen der Bestimmung der Dauer des Vorwegvollzugs
rechtsfehlerfrei festgestellt sind, kann der Senat den Urteilstenor entsprechend
§ 354 Abs. 1 StPO selbst abändern (vgl. BGH, Beschlüsse vom 15. Dezember
2010 – 1 StR 642/10 und vom 6. März 2012 – 1 StR 40/12; jeweils mwN). Das
Verschlechterungsverbot (§ 358 Abs. 2 StPO) steht dem nicht entgegen (vgl.
BGH, Beschlüsse vom 6. März 2012 – 1 StR 40/12 mwN und vom 7. Juni 2011
– 4 StR 168/11); denn die gesetzlichen Regelungen über die Vollstreckungsrei-
henfolge dienen auch der Sicherung des Therapieerfolgs (vgl. BGH, Beschluss
vom 21. August 2007 – 3 StR 263/07 a.E.).

13 5. Die Anordnung des Verfalls von Wertersatz im Umfang von 80.000
Euro hält ebenfalls rechtlicher Nachprüfung nicht stand, weil das Landgericht
das ihm gemäß § 73c Abs. 1 Satz 2 Var. 1 StGB eingeräumte Ermessen nicht
rechtsfehlerfrei ausgeübt hat.

14 Nach dieser Vorschrift kann die Verfallsanordnung unterbleiben, wenn
der Wert des Erlangten zur Zeit der Anordnung in dem Vermögen des Betroffe-
nen nicht mehr vorhanden ist. Im Ansatz zutreffend hat das Landgericht zu-
nächst den Wert des Erlangten nach dem Bruttoprinzip (vgl. dazu BGH, Urteil
vom 21. August 2002 – 1 StR 115/02, BGHSt 47, 369) durch Schätzung (§ 73b
StGB) auf einen „Mindestverkaufserlös“ von 80.000 Euro bestimmt. Sodann hat
es festgestellt, dass dieser Wert im Vermögen des Angeklagten nicht mehr

vorhanden ist. Schließlich hat es ein Absehen von der Verfallsanordnung nach § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB abgelehnt.

15 Allerdings hat das Landgericht dabei das ihm eröffnete Ermessen nicht rechtsfehlerfrei ausgeübt. Zwar trifft es zu, dass eine unbillige Härte im Sinne von § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB nicht auf die vom Gesetzgeber mit der Einführung des Bruttoprinzips beabsichtigte Konsequenz gestützt werden darf, dass Aufwendungen für ein rechtswidriges Geschäft – hier der bezahlte Einkaufspreis für den Erwerb des dann weiterveräußerten Haschischs – in den Verfallsbetrag fallen (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Juni 2009 – 2 StR 76/09, BGHR StGB § 73c Härte 15). Jedoch muss der Tatrichter bei seiner Billigkeitsentscheidung gemäß § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB neben den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Betroffenen insbesondere in die Abwägung einbeziehen, aus welchem Grund das Erlangte bzw. dessen Wert nicht mehr im Vermögen des Betroffenen vorhanden ist. So können etwa das „Verprassen“ der erlangten Mittel sowie ihre Verwendung für Luxus und Vergnügen insoweit gegen die Anwendung der Härtevorschrift sprechen; ihr Verbrauch in einer Notlage für den Lebensunterhalt hingegen kann als Argument für eine entsprechende Ermessensentscheidung herangezogen werden (vgl. BGH, Urteil vom 2. Dezember 2004 – 3 StR 246/04, NStZ-RR 2005, 104, 105; vgl. auch BGH, Urteil vom 9. Juli 1991 – 1 StR 316/91, BGHSt 38, 23, 25; BGH, Urteil vom 2. Oktober 2008 – 4 StR 153/08, wistra 2009, 23). Auch können bei dieser Entscheidung die Aufwendungen berücksichtigt werden, die mit dem Geschäft verbunden waren (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juli 2003 – 1 StR 453/02).

16 Hiervon ausgehend ist es an sich nicht zu beanstanden, wenn das Tatgericht deshalb nicht von einer Verfallsanordnung absieht, weil der Angeklagte „den Erlös aus den Rauschgiftgeschäften zu eigenen Zwecken im Rahmen der

eigenen Lebensführung verbraucht hat“ (UA S. 23). Allerdings hat das Landgericht hier ersichtlich aus dem Blick verloren, dass nach den Feststellungen trotz des vom Landgericht angenommenen Mindestverkaufserlöses in Höhe von 80.000 Euro nicht belegt ist, dass dem rauschgiftabhängigen Angeklagten nach Abzug seiner Aufwendungen überhaupt nennenswerte Beträge verblieben sind, die er für seine eigene Lebensführung hätte verwenden können. Zwar tragen die Urteilsfeststellungen noch ausreichend die Wertung des Landgerichts, dass der Angeklagte das Rauschgift jeweils gewinnbringend verkauft hat. Jedoch kann der Senat nicht ausschließen, dass das Landgericht bei rechtsfehlerfreier Ermessensausübung im Rahmen des § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB bei dem Angeklagten, der keine nennenswerten Vermögenswerte besitzt (UA S. 24), im Blick auf eine Erleichterung seiner Resozialisierung ganz oder zumindest zu einem Teil von der Anordnung des Verfalls von Wertersatz abgesehen hätte.

17 6. Die vom Landgericht aufrechterhaltene Verfallsanordnung aus dem Urteil des Amtsgerichts Kulmbach vom 14. Juli 2011 – 1 Ds – ist von dem Rechtsfehler nicht betroffen und hat daher Bestand.

Raum

Rothfuß

Jäger

Cirener

Mosbacher