



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

3 StR 390/21

vom

20. Juli 2022

Nachschlagewerk: ja
BGHSt: nein
Veröffentlichung: ja

StGB § 73 Abs. 1, § 74 Abs. 2; KWG § 54 Abs. 1 Nr. 2, § 32 Abs. 1 Satz 1, § 1 Abs. 1 Satz 2

Werden im Rahmen unerlaubt betriebener Bankgeschäfte Darlehen gewährt, handelt es sich bei den zurückgezahlten Geldbeträgen ebenso wie bei den zuvor überlassenen um Tatobjekte im Sinne des § 74 Abs. 2 StGB, nicht um Taterträge nach § 73 Abs. 1 StGB. Die Einziehung an den Täter zurückgeflossener Darlehensbeträge ist mangels einer einschlägigen Sondervorschrift nicht möglich.

BGH, Urteil vom 20. Juli 2022 - 3 StR 390/21 - LG Duisburg

in der Strafsache

gegen

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

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Verhandlung vom
2. Juni 2022 in der Sitzung am 20. Juli 2022, an denen teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Prof. Dr. Schäfer,

die Richter am Bundesgerichtshof
Prof. Dr. Paul,
Dr. Anstötz,
Dr. Kreicker,
Dr. Voigt
als beisitzende Richter,

Staatsanwalt - in der Verhandlung -,
Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof - bei der Verkündung -
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt - in der Verhandlung -
als Verteidiger,

Justizobersekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Duisburg vom 27. Mai 2021 im Ausspruch über die Einziehung des Wertes von Taterträgen dahin geändert, dass diese in Höhe von 80.003,92 € angeordnet wird.
2. Die weitergehende Revision wird verworfen.
3. Der Beschwerdeführer hat die Kosten des Rechtsmittels zu tragen.

Von Rechts wegen

Gründe:

1. Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwölf Fällen sowie unerlaubten Betriebens von Bankgeschäften zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten verurteilt. Zudem hat es die Einziehung von Wertersatz in Höhe von rund 135.000 € sowie sichergestellter Betäubungsmittel angeordnet. Die auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten führt lediglich zur Herabsetzung des Einziehungsbetrages; im Übrigen ist sie unbegründet.

A.

2 I. Das Landgericht hat im Wesentlichen folgende Feststellungen getroffen:

3 1. Der Angeklagte beschloss spätestens im Dezember 2018, Marihuana
zu erwerben und dieses gewinnbringend an etwa zehn feste Abnehmer aus sei-
nem Freundeskreis zu verkaufen.

4 Von Dezember 2018 bis Oktober 2019 erwarb er monatlich von einem un-
bekannten Lieferanten je mindestens ein Kilogramm (netto) Marihuana mit einem
Wirkstoffgehalt von jedenfalls 8 Prozent Tetrahydrocannabinol. Davon waren je-
weils 880 Gramm zum gewinnbringenden Weiterverkauf zu durchschnittlich 7 €
pro Gramm und 40 bis 60 Gramm zum Eigenkonsum bestimmt; weitere 60 bis
80 Gramm gab er zum Selbstkostenpreis an einen gesondert Verfolgten weiter
(Taten 1 bis 11 der Urteilsgründe). Bei einer späteren Durchsuchung wurden aus
den vorgenannten Taten stammende insgesamt 337 Gramm Marihuana sicher-
gestellt.

5 Gegen Mitte November 2019 erwarb der Angeklagte zwei Kilogramm Ma-
rihuana, das er sukzessive in zwei Teillieferungen von je einem Kilogramm mit
einem Wirkstoffanteil von zum einen 16,7 Prozent und zum anderen 13 Prozent
erhielt. Von dieser zum gewinnbringenden Verkauf bestimmten Menge veräu-
ßerte er jedenfalls 1.157,56 Gramm zu einem Grammpreis von mindestens 7 €
(Tat 12 der Urteilsgründe).

6 2. Außerdem schloss der Angeklagte, der über keine Erlaubnis nach § 32
Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über das Kreditwesen (KWG) verfügte, mit mehreren

Personen private Gelddarlehensverträge, um über einen längeren Zeitraum große Gewinne zur Deckung seines Lebensunterhalts zu erzielen. So gewährte er zwischen Juli 2017 und Oktober 2019 wenigstens vier Personen Darlehen in Höhe von insgesamt 55.000 € zu einem monatlichen Zinssatz von zehn Prozent. Die Darlehensnehmer zahlten insgesamt 59.000 € an ihn zurück. Mit einem von ihnen einigte er sich darauf, dass die Zinsen in Höhe von 2.500 € durch Verrechnung mit Lohnkosten aus Reparaturarbeiten abgegolten sein sollten.

B.

- 7 Die auf die Sachrüge veranlasste umfassende materiell-rechtliche Überprüfung des Urteils hat zum Schuldspruch keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben. Der Rechtsfolgenausspruch erweist sich nicht in Bezug auf die Strafe, aber im Hinblick auf die Einziehungsentscheidung als teilweise korrekturbedürftig.
- 8 I. Der Strafausspruch ist nicht zu beanstanden. Insbesondere beruht das Urteil entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts hinsichtlich der auf die Taten 1 bis 12 der Urteilsgründe bezogenen Einzelstrafen nicht auf einem § 31 BtMG betreffenden Erörterungsmangel. Zwar kann ein solcher gegeben sein, wenn das Tatgericht eine mögliche Strafmilderung nach § 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG - oder § 46b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB - nicht erwogen hat, obwohl es sich ausweislich der Urteilsgründe zu einer ausdrücklichen Erörterung gedrängt sehen musste (s. etwa BGH, Beschlüsse vom 12. Januar 2022 - 3 StR 394/21, StV 2022, 389; vom 10. Juni 2021 - 2 StR 144/21, juris Rn. 2). Jedoch ergibt sich aus den vom Landgericht getroffenen, im Rahmen der Sachrüge allein maßgeblichen Feststellungen nicht, dass eine wesentliche Aufklärungshilfe nahegelegen hat und danach eine Prüfung des vertypen Strafmilderungsgrundes erforderlich

gewesen ist (vgl. auch BGH, Urteil vom 15. März 2017 - 2 StR 23/16, juris Rn. 11).

9 Soweit der Angeklagte nach seiner Festnahme eingeräumt hat, monatlich etwa ein Kilogramm Marihuana gewinnbringend weiter zu veräußern und dabei auch die Weitergabe an seinen Mitbewohner zum Selbstkostenpreis zu beabsichtigen, ist dem zum einen nicht zu entnehmen, inwiefern der Angeklagte bereits zu diesem Zeitpunkt konkrete Angaben zu einzelnen Taten des Mitbewohners gemacht hat. Zum anderen drängt sich ein wesentlicher Aufklärungsbeitrag vor dem Hintergrund nicht auf, dass der mit dem Angeklagten in Wohngemeinschaft lebende gesondert Verfolgte am selben Tag wie jener vorläufig festgenommen wurde, sich im gemeinsam genutzten Wohnzimmer Betäubungsmittel fanden und er sich ebenfalls glaubhaft zur Sache geäußert hat.

10 II. Die Einziehung von Betäubungsmitteln gemäß § 33 Satz 1 BtMG hat ebenso Bestand wie die Einziehung des Wertes von Taterträgen (§ 73 Abs. 1, § 73c Satz 1 StGB), soweit diese die Einnahmen aus Betäubungsmittelverkäufen und Darlehenszinsen betreffen. Dagegen scheidet eine Wertabschöpfung der zurückgezählten Darlehensvaluten aus.

11 1. Werden im Rahmen unerlaubt betriebener Bankgeschäfte Darlehen gewährt, handelt es sich bei den zurückgezählten Geldbeträgen ebenso wie bei den zuvor überlassenen um Tatobjekte im Sinne des § 74 Abs. 2 StGB, nicht um Taterträge nach § 73 Abs. 1 StGB. Die Einziehung an den Täter zurückgeflossener Darlehensbeträge ist mangels einer einschlägigen Sondervorschrift nicht möglich. Hierzu im Einzelnen:

12 a) Zurückgezahlte Darlehensvaluten sind als Tatobjekte zu bewerten.

- 13 aa) Tatobjekte sind notwendige Gegenstände der Tathandlung (vgl. BT-Drucks. 14/8893 S. 9; BGH, Urteil vom 15. Juni 2022 - 3 StR 295/21, juris Rn. 20; BVerfG, Beschluss vom 9. Mai 2006 - 2 BvR 1589/05, BVerfGK 8, 75, 78; MüKoStGB/Joecks/Meißner, 4. Aufl., § 74 Rn. 17 mwN). Hierunter fallen in Abgrenzung zum Tatmittel (§ 74 Abs. 1 Alternative 2 StGB) Gegenstände, an denen die strafbare Handlung selbst begangen wird oder deren Benutzung allein - ohne Verfolgung eines weitergehenden deliktischen Zwecks - gegen eine Strafnorm verstößt, weil sie nur unter bestimmten Voraussetzungen gestattet ist. Hierzu können etwa Waren zählen, mit denen unbefugter Handel getrieben wird (vgl. BGH, Beschluss vom 5. Dezember 1956 - 4 StR 406/56, BGHSt 10, 28, 31 f.).
- 14 bb) Daran gemessen stellt ein Darlehensbetrag, der im Zuge ohne Erlaubnis betriebener Bankgeschäfte nach § 54 Abs. 1 Nr. 2, § 32 Abs. 1 Satz 1, § 1 Abs. 1 Satz 2 KWG ausgekehrt wird, ein Tatobjekt dar; denn es handelt sich um einen Gegenstand, auf den sich die Straftat bezieht. Die Gewährung von Gelddarlehen war gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Alternative 1 KWG gerade das Bankgeschäft, das der Angeklagte ohne Erlaubnis betrieb (vgl. zu im Rahmen von Finanztransfersgeschäften nach ZAG erlangten Vermögenswerten BGH, Beschluss vom 28. Juni 2022 - 3 StR 403/20; dagegen zu Einlagen nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG abweichend LG Landshut, Urteil vom 11. November 2020 - 3 KLS 201 Js 3700/20, BeckRS 2020, 47158 Rn. 89 ff.; nachfolgend BGH, Beschluss vom 6. April 2021 - 1 StR 87/21, juris).
- 15 Die sich demnach ergebende Einordnung als Tatobjekt gilt ebenso für die von den Vertragspartnern erbrachten Rückzahlungen auf die Darlehensvaluten (anders - ohne Erörterung der Eigenschaft als Tatobjekt - OLG Hamm, Beschluss vom 2. April 2019 - 2 Ws 14 und 15/19, wistra 2019, 468; daran anschließend

LK/Lohse, StGB, 13. Aufl., § 73 Rn. 39; Matt/Renzikowski/Altenhain/Fleckenstein, StGB, 2. Aufl., § 73 Rn. 7; Schäfer/Omlor/Mimberg/Weiß, ZAG, § 63 Rn. 111; vgl. auch mit davon abweichendem Ansatz Bittmann, NStZ 2019, 383, 393). Darauf, dass es sich bei geleistetem Bargeld regelmäßig nicht um dieselben Geldscheine wie die zuvor hingegebenen handelt, kommt es nicht entscheidend an. Gegen eine solche formalistische Betrachtungsweise spricht bereits der auf einen Geldbetrag (§ 488 Abs. 1 Satz 1 BGB) - entsprechend beim Sachdarlehen auf vertretbare Sachen (§ 607 Abs. 1 BGB) - gerichtete Charakter des Darlehensvertrages. Außerdem ist es vor diesem Hintergrund nicht sachgerecht, für die einziehungsrechtliche Bewertung danach zu differenzieren, ob im Einzelfall dieselben oder - wie im Regelfall - andere Zahlungsmittel zurückgewährt werden.

16 b) Die Beurteilung der Darlehensvaluta als Tatobjekt steht einer Einstufung (zugleich) als Tatertrag entgegen.

17 aa) Gegenstände, auf die sich die Tat als Tatobjekte bezieht oder die als Mittel für die Tatdurchführung entgegengenommen wurden, sind nicht durch die Tat im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB erlangt (s. BGH, Urteil vom 15. Juni 2022 - 3 StR 295/21, juris Rn. 12; Beschlüsse vom 24. Februar 2021 - 1 StR 127/20, NStZ 2021, 668 Rn. 15; vom 27. März 2019 - 2 StR 561/18, NJW 2019, 2182 Rn. 15 mwN; vom 30. September 2021 - 4 StR 70/21, juris Rn. 14; SK-StGB/Wolters, 9. Aufl., § 73 Rn. 17; Bittmann, NZWiSt 2021, 133, 142; zu Sonderkonstellationen im Fall des Erlangens für die Tat etwa BGH, Urteil vom 23. Juli 2015 - 3 StR 37/15, BGHR StGB § 73 Erlangtes 17 Rn. 6). Dementsprechend werden etwa Betäubungsmittel im Hinblick auf die Straftatbestände der §§ 29 ff. BtMG grundsätzlich als Tatobjekte im Sinne des § 74 Abs. 2 StGB i.V.m. § 33 Satz 1 BtMG eingestuft, und zwar exklusiv auch dann, wenn sie vom Täter deliktisch

erworben und damit "durch die Tat erlangt" worden sind, also begrifflich eine Einordnung als Taterträge in Betracht käme (vgl. BGH, Beschlüsse vom 2. November 2021 - 3 StR 324/21, juris Rn. 7; vom 19. Mai 2021 - 4 StR 8/21, juris Rn. 6; vom 10. Juni 2020 - 3 StR 37/20, NStZ 2021, 557 Rn. 4; vom 8. November 2001 - 4 StR 429/01, StV 2002, 260).

18 bb) Dies gilt unabhängig davon, dass der Gesetzgeber mit der Neufassung des § 73 Abs. 1 StGB durch das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) das Ziel verfolgte, die zuvor zum Verfall geltende Vorschrift zu erweitern und Investitionen in Verbotenes unwiederbringlich zu entziehen (s. BT-Drucks. 18/9525 S. 55, 67 f.). Denn eine grundlegende Änderung der rechtlichen Einordnung von - vormals in § 74a Nr. 1 StGB aF als "Gegenstand der Tat" oder ansonsten als "Beziehungsgegenstand" (s. etwa BGH, Urteil vom 23. Juli 2015 - 3 StR 37/15, BGHR StGB § 73 Erlangtes 17 Rn. 6) bezeichneten - Tatobjekten sollte mit der Gesetzesnovelle nicht verbunden sein (vgl. BT-Drucks. 18/9525 S. 48, 69).

19 cc) Anderes ergibt sich nicht daraus, dass in Bezug auf das unerlaubte Erbringen von Zahlungsdiensten im Sinne des § 1 ZAG nach der früheren Rechtslage angenommen worden ist, die aus dem Abschluss und/oder der Erfüllung eines nicht genehmigungsfähigen Geschäftes erzielten Vermögenszuwächse unterlägen uneingeschränkt dem Verfall (s. BGH, Beschluss vom 11. Juni 2015 - 1 StR 368/14, BGHR StGB § 73 Erlangtes 18 Rn. 36; kritisch dazu mit Blick auf die strafähnlichen Folgen Schröder, Handbuch Kapitalmarktstrafrecht, 4. Aufl., Neuntes Kapitel Rn. 162; teils abweichend auch BT-Drucks. 18/9525 S. 69). Diese Entscheidung betraf lediglich die nähere Bestimmung des Tatertrages für Zahlungsdienste nach dem Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (vgl. zum Tatobjekt beim Erbringen von Zahlungsdiensten ohne Erlaubnis

nach § 63 Abs. 1 Nr. 4 ZAG nunmehr auch BGH, Beschluss vom 28. Juni 2022 - 3 StR 403/20 mwN), nicht aber die Abgrenzung des Tatertrages vom Tatobjekt und das Verhältnis dieser beiden zueinander beim unerlaubten Betreiben von Bankgeschäften nach dem Kreditwesengesetz.

20 dd) Schließlich wäre selbst bei der Prüfung eines etwaigen Tatertrages zu bedenken, ob die Tat ursächlich für einen messbaren Vermögenszufluss bei einem Tatbeteiligten oder Dritten gewesen ist (so - in Bezug auf Marktmanipulationen nach WpHG - BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2020 - 5 StR 229/19, NJW 2021, 1252 Rn. 4 ff.) oder abzugsfähige Aufwendungen des Täters gemäß § 73d Abs. 1 Satz 1 und 2 aE StGB zu berücksichtigen sind. So liegt auch dem Reformgesetz zur Vermögensabschöpfung etwa im Zusammenhang mit Korruptionsdelikten die Erwägung zu Grunde, dass lediglich "der Gewinn und etwaige mittelbare Vorteile" abzuschöpfen seien (BT-Drucks. 18/9525 S. 68). Dementsprechend fehlt es an einer durch die Tat herbeigeführten Vermögensmehrung, wenn der Darlehensgeber einen von ihm aus seinem Vermögen zur Verfügung gestellten Geldbetrag später zurückgezahlt erhält (vgl. zur Wirksamkeit des Vertrages unabhängig vom Fehlen einer Erlaubnis BGH, Urteile vom 19. April 2011 - XI ZR 256/10, NJW 2011, 3024 Rn. 20; vom 23. Januar 1980 - VIII ZR 91/79, BGHZ 76, 119, 126 f., jeweils mwN). Hinsichtlich der Darlehensvaluta hat sich das ohne Erlaubnis betriebene Kreditgeschäft mithin wirtschaftlich für den Täter nicht ausgewirkt.

21 c) Eine besondere Vorschrift im Sinne des § 74 Abs. 2 StGB besteht nicht, welche die Einziehung von Gegenständen ermöglicht, auf die sich das unerlaubte Betreiben von Bankgeschäften bezieht. Demgemäß kann der Wert der an den Angeklagten zurückgezahlten Darlehensvaluten nicht eingezogen werden.

- 22 2. Rechtsfehlerfrei ist dagegen die Einziehung des Wertes von Taterträgen gemäß § 73 Abs. 1, § 73c Satz 1 StGB hinsichtlich der an den Angeklagten geflossenen Zinsen. Diese sind für die Tatbestandsverwirklichung nicht notwendig und stellen mithin keine Tatobjekte, sondern Taterträge dar.
- 23 Nach den vom Landgericht tragfähig getroffenen Feststellungen haben die - teils durch Verrechnung mit Lohnkosten - geleisteten Zinsen einen Wert von zusammen 6.500 €. Soweit es darüber hinaus in Bezug auf einen Darlehensnehmer nicht hat feststellen können, in welcher Höhe die von diesem erbrachten, der Darlehensvaluta entsprechenden Zahlungen auch Zinsen enthielten, und dazu weitergehende Erkenntnisse ausgeschlossen sind, lässt sich kein Betrag berücksichtigen.
- 24 Insgesamt errechnet sich durch Addition der aus den Betäubungsmittel- (73.503,92 €) und den Bankgeschäften (6.500 €) erzielten Erträge ein Einziehungsbetrag von 80.003,92 €, den der Senat entsprechend § 354 Abs. 1 StPO festsetzt.

25 3. Angesichts des geringen Erfolgs der Revision ist es nicht unbillig, den Angeklagten mit den gesamten Kosten seines Rechtsmittels zu belasten (§ 473 Abs. 4 StPO; vgl. auch BGH, Urteil vom 15. Juni 2022 - 3 StR 295/21, juris Rn. 29 mwN).

Schäfer

RiBGH Prof. Dr. Paul befindet sich im Urlaub und ist deshalb gehindert zu unterschreiben.

Anstötz

Schäfer

RiBGH Dr. Kreicker befindet sich im Urlaub und ist deshalb gehindert zu unterschreiben.

Schäfer

Voigt

Vorinstanz:

Landgericht Duisburg, 27.05.2021 - 51 KLS 122 Js 27/19 - 9/20