



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

1 StR 75/11

vom

15. März 2011

Nachschlagewerk: ja

BGHSt: ja

BGHR: ja

Veröffentlichung: ja

BtMG § 31 Abs. 2

StGB § 46b Abs. 3, § 73c Abs. 1

1. Für eine Hilfe zur Aufklärung nach Eröffnung des Hauptverfahrens ist gemäß § 31 Abs. 2 BtMG i.V.m. § 46b Abs. 3 StGB eine Strafraumverschiebung ausgeschlossen; diese kann bei der Strafzumessung im Rahmen des § 46 StGB berücksichtigt werden.
2. Eine Erörterung der Voraussetzungen des § 73c Abs. 1 StGB in den Urteilsgründen ist nur dann erforderlich, wenn nahe liegende Anhaltspunkte für deren Vorliegen gegeben sind.

BGH, Beschluss vom 15. März 2011 - 1 StR 75/11 - LG Hof

in der Strafsache
gegen

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

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 15. März 2011 beschlossen:

Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Hof vom 19. November 2010 wird als unbegründet verworfen.

Der Beschwerdeführer hat die Kosten des Rechtsmittels zu tragen.

Gründe:

1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Fall B I. der Urteilsgründe) und wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Fall B II. der Urteilsgründe) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe in Höhe von acht Jahren verurteilt. Außerdem hat es den Verfall von Wertersatz in Höhe von 40.000 € angeordnet. Mit seiner auf die Sachrüge gestützten Revision wendet sich der Angeklagte gegen diese Verurteilung. Sein Rechtsmittel bleibt erfolglos.

I.

2 Das Landgericht hat folgende Feststellungen getroffen:

3 1. Im Fall B I. der Urteilsgründe war der Angeklagte seit Mitte des Jahres 2009 Mitglied einer Bande, die in einer sog. Indoor-Anlage Marihuana anbauen und es anschließend gewinnbringend weiterverkaufen wollte. Er hatte für die Errichtung der Anlage 40.000 € als „Darlehen“ zur Verfügung gestellt; außer-

dem war er innerhalb der Bandenstruktur für den gewinnbringenden Weiterverkauf des Betäubungsmittels zuständig.

- 4 Im September 2009 wurden in der Anlage 57 kg Marihuana (Wirkstoffgehalt mindestens 5 % THC) geerntet und am 16. und 23. September 2009 in zwei Teilmengen von 27 und 30 kg zu einem Abnehmer nach Hamburg gebracht, der für ein Kilogramm je 3.000 € zahlte. Dem Angeklagten, der bei der Abrechnung der Ware jeweils anwesend war, wurden für jede der Lieferungen ein Entgelt in Höhe von 3.000 € gezahlt. Außerdem erhielt er aus dem Erlös des Betäubungsmittelgeschäfts die als „Darlehen“ gewährten 40.000 € zurück.
- 5 2. Im Fall B II. der Urteilsgründe war der Angeklagte Anfang Oktober 2009 beauftragt worden, an einem Transport von 26,8 kg Marihuana (Wirkstoffgehalt 13,4 % THC) aus der Tschechischen Republik nach Deutschland mitzuwirken. Der Transport fand am 6. Oktober 2009 statt. Der Tatbeitrag des Angeklagten bestand dabei u.a. in der telefonischen Anleitung und Überwachung der bei dem Transport eingesetzten Kuriere. Als Entlohnung waren ihm 200 € pro Kilogramm Marihuana versprochen worden.
- 6 3. Das Landgericht hat mit Beschluss vom 2. August 2010 das Hauptverfahren eröffnet. Der Angeklagte, der sich weder im Ermittlungs- noch im Zwischenverfahren eingelassen hatte, machte erstmals in der am 23. September 2010 beginnenden Hauptverhandlung geständige Angaben zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen. Nach der Bewertung des Landgerichts führten diese zu einer weiteren, über den Tatbeitrag des Angeklagten hinausgehenden Aufdeckung der Straftaten, was von der Strafkammer bei der Strafzumessung strafmildernd berücksichtigt worden ist. Eine Strafrahmenverschiebung nach § 31 Abs. 1 BtMG, § 49 Abs. 1 StGB hat das Landgericht dagegen nicht vorgenom-

men, da es die Aufklärungsbemühungen des Angeklagten gemäß § 31 Abs. 2 BtMG, § 46b Abs. 3 StGB als verspätet angesehen hat.

II.

7 Die Revision ist unbegründet i.S.d. § 349 Abs. 2 StPO.

8 Ergänzend zu den zutreffenden Ausführungen des Generalbundesanwalts in seiner Antragschrift vom 16. Februar 2011 bemerkt der Senat:

9 1. Entgegen der Ansicht der Revision hat das Landgericht zu Recht von einer Strafrahmengmilderung nach § 31 Abs. 1 BtMG, § 49 Abs. 1 StGB abgesehen.

10 a) Gemäß § 31 Abs. 2 BtMG i.V.m. § 46b Abs. 3 StGB ist eine solche Strafrahmengverschiebung zwingend ausgeschlossen, wenn ein Täter sein Wissen erst offenbart, nachdem die Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 207 StPO) gegen ihn beschlossen worden ist.

11 Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben: Der Angeklagte hat sich erstmals in der Hauptverhandlung und damit nach Eröffnung des Hauptverfahrens eingelassen. Seine Aufklärungsbemühungen waren damit verspätet. Sie konnten daher nicht mehr zu einer Verringerung des Strafrahmens führen, sondern durften allenfalls, wie es das Landgericht hier zutreffend getan hat, bei der Strafzumessung zu Gunsten des Angeklagten berücksichtigt werden.

- 12 b) Die Anwendung der Präklusionsvorschrift des § 31 Abs. 2 BtMG i.V.m. § 46b Abs. 3 StGB verstößt entgegen der Ansicht der Revision vorliegend nicht gegen das Meistbegünstigungsprinzip (§ 2 Abs. 3 StGB).
- 13 aa) Art. 316d EGStGB bestimmt, dass § 46b StGB und § 31 BtMG in der Fassung des 43. StrÄndG (BGBl. I 2009, 2288), in Kraft getreten am 1. September 2009, nicht auf Verfahren anzuwenden sind, in denen vor dem 1. September 2009 die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen worden ist. Dies hat im Umkehrschluss allerdings nicht zur Folge, dass diese Vorschriften ohne weiteres auf Verfahren anzuwenden sind, in denen die Eröffnung des Hauptverfahrens - wie hier - erst nach dem 1. September 2009 beschlossen worden ist. Für die Frage des auf diese Verfahren anwendbaren Rechts gelten vielmehr die allgemeinen Regeln, nach denen grundsätzlich das zur Tatzeit (§ 2 Abs. 1 StGB) bzw. bei einer fortdauernden oder fortgesetzten Tatbegehung das bei der Beendigung der Tat (§ 2 Abs. 2 StGB) geltende Recht Anwendung findet, sofern das neue Recht in seiner Gesamtheit keine für den Angeklagten gemäß § 2 Abs. 3 StGB günstigere Regelung darstellt (vgl. BGH, Beschluss vom 18. März 2010 - 3 StR 65/10, NStZ 2010, 523, 524; BGH, Beschluss vom 27. April 2010 - 3 StR 79/10).
- 14 bb) Danach ist § 31 BtMG in der Fassung des 43. StrÄndG auf das vorliegende Verfahren anzuwenden, da diese Vorschrift zur Tatzeit (Fall B II. der Urteilsgründe) bzw. zum Zeitpunkt der Tatbeendigung (Fall B I. der Urteilsgründe) bereits in Kraft getreten war.
- 15 (1) Im Fall B II. der Urteilsgründe ergibt sich dies aus dem Umstand, dass sämtliche Tathandlungen des Angeklagten erst im Oktober 2009 begangen wurden.

- 16 (2) Im Fall B I. der Urteilsgründe begann die Tatbegehung durch den Angeklagten zwar schon Mitte des Jahres 2009 (und damit vor Inkrafttreten des § 31 Abs. 2 BtMG und § 46b Abs. 3 StGB am 1. September 2009). In dieser Zeit wirkte der Angeklagte beim Aufbau der „Indoor-Anlage“ zum Anbau von Marihuana mit, was sich als ein unselbstständiger Teilakt des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln i.S.d. § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG darstellt (vgl. BGH, Beschluss vom 26. Januar 2011 - 5 StR 555/10 mwN). Seine Tathandlungen waren zu diesem Zeitpunkt aber noch nicht beendet. Die Tatbeendigung trat vielmehr erst mit dem Verkauf der Betäubungsmittel und der Verteilung des Erlöses im September 2009 ein (vgl. allgemein zur Tatbeendigung beim Handeltreiben Körner, BtMG, 6. Aufl., § 29 Rn. 408 mwN). Zu diesem Zeitpunkt, der für die rechtliche Beurteilung gemäß § 2 Abs. 2 StGB maßgeblich ist, war die Neuregelung des § 31 Abs. 2 BtMG i.V.m. § 46 Abs. 3 StGB schon in Kraft und deshalb auch auf die vorliegende Tat anzuwenden.
- 17 c) Im Übrigen hat das Landgericht die Aufklärungshilfe durch den Angeklagten strafmildernd bei der Strafzumessung berücksichtigt. Es hat damit zum Ausdruck gebracht, dass es den Umstand nicht außer Acht gelassen hat, dass bei den Teilakten, die vor dem Inkrafttreten der § 31 Abs. 2 BtMG, § 46b Abs. 3 StGB begangen wurden, ein milderer Strafraumen galt als zum Zeitpunkt der Beendigung der Tat (vgl. BGH, Beschluss vom 17. September 1999 - 2 StR 301/99, wistra 1999, 465).
- 18 2. Die Anordnung des Wertersatzverfalls in Höhe von 40.000 € gemäß § 73, § 73a StGB hält ebenfalls rechtlicher Nachprüfung stand.

19 a) Bei der Bemessung des Wertersatzverfalls hat sich das Landgericht zutreffend an dem sog. Bruttoprinzip orientiert. Danach ist nicht nur der Gewinn, sondern grundsätzlich alles, was der Täter für die Tat oder aus ihr erhalten hat, für verfallen zu erklären (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 21. August 2002 - 1 StR 115/02, BGHSt 47, 369, 370). Hier hat der Angeklagte nach den Feststellungen des Landgerichts aus dem Betäubungsmittelgeschäft jedenfalls die für verfallen erklärten 40.000 € erhalten.

20 Dass es sich hierbei um die Rückzahlung des Betrags handeln sollte, den der Angeklagte als „Darlehen“ zur Finanzierung des Drogengeschäfts aufgewendet hatte, steht der Verfallsanordnung nicht entgegen. Finanzielle Aufwendungen, die für die Tatbegehung erbracht worden sind, dürfen bei der Berechnung des Erlangten nicht in Abzug gebracht werden. Zur Erfüllung des vom Gesetzgeber mit den Verfallsregelungen verfolgten Präventionszweckes - wonach der vom Verfall Betroffene auch das finanzielle Risiko strafbaren Handelns zu tragen hat - soll vielmehr das in ein verbotenes Geschäft Investierte unwiederbringlich verloren sein (BGH, Urteil vom 21. August 2002 - 1 StR 115/02, BGHSt 47, 369, 374; BGH, Urteil vom 16. Mai 2006 - 1 StR 46/06, BGHSt 51, 65, 67).

21 Der Umstand, dass es das Landgericht bei der Abschöpfung des Erlangten unberücksichtigt gelassen hat, dass der Angeklagte nach den Feststellungen neben den für verfallen erklärten 40.000 € weitere 6.000 € für die beiden Betäubungsmittellieferungen erhalten hat, beschwert diesen nicht.

22 b) Es begegnet ebenfalls keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken, dass das Landgericht im vorliegenden Fall nicht ausdrücklich auf die Härtefallregelung des § 73c StGB eingegangen ist. Einer besonderen Darlegung und

Begründung bedarf es angesichts des Ausnahmecharakters dieser Vorschrift in der Regel nur dann, wenn von einer Verfallsanordnung (teilweise) abgesehen werden soll. Wird dagegen - wie hier - entsprechend der gesetzlichen Regel nicht davon abgesehen, ist eine Erörterung der Voraussetzungen des § 73c Abs. 1 StGB nur dann erforderlich, wenn nahe liegende Anhaltspunkte für deren Vorliegen gegeben sind (S/S-Eser, StGB, 27. Aufl., § 73c Rn. 7 mwN). Dies ist hier jedoch nicht der Fall. Eine Aufklärungsrüge (§ 244 Abs. 2 StPO) mit dem Ziel entsprechender weiterer Feststellungen ist von der Revision nicht erhoben.

Nack

Wahl

Rothfuß

Hebenstreit

Elf