



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

1 StR 273/17

vom
25. Juli 2019
in der Strafsache
gegen

1.

2.

3.

4.

wegen zu 1.: unerlaubten Handeltreibens mit Arzneimitteln, die nur auf Verschreibung an Verbraucher abgegeben werden dürfen u.a.

zu 2.: Steuerhinterziehung u.a.

zu 3. und 4.: Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Arzneimitteln, die nur auf Verschreibung an Verbraucher abgegeben werden dürfen

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und der Beschwerdeführer am 25. Juli 2019 gemäß § 349 Abs. 2 und 4, § 354 Abs. 1 analog StPO beschlossen:

1. Auf die Revision der Angeklagten K. und R. wird das Urteil des Landgerichts Aachen vom 2. November 2016
 - a) dahin geändert, dass die Angeklagten jeweils des unerlaubten Handeltreibens mit Arzneimitteln, die nur auf Verschreibung an Verbraucher abgegeben werden dürfen, in Tateinheit mit unerlaubter Einfuhr von Arzneimitteln, der Angeklagte R. darüber hinaus wegen Steuerhinterziehung in vier Fällen schuldig sind,
 - b) jeweils im Strafausspruch und im Ausspruch über den Verfall bzw. den Verfall von Wertersatz mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel der Angeklagten K. und R., an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
3. Die weitergehenden Revisionen der Angeklagten K. und R. und die Revisionen der Angeklagten M. und J. werden als unbegründet verworfen, hinsichtlich der Angeklagten M. und J. mit der Maßgabe, dass von den Strafen zwei Monate Freiheitsstrafe

(M.) bzw. 60 Tagessätze (J.) als vollstreckt gelten.

4. Die Angeklagten M. und J. haben jeweils die Kosten ihres Rechtsmittels zu tragen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat die Angeklagten K. und R. wegen unerlaubten Handeltreibens mit Arzneimitteln, die nur auf Verschreibung an Verbraucher abgegeben werden dürfen, in Tateinheit mit unerlaubter Einfuhr von Arzneimitteln in 626 Fällen, den Angeklagten R. darüber hinaus wegen Steuerhinterziehung in vier Fällen verurteilt. Gegen den Angeklagten K. hat es eine Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten und gegen den Angeklagten R. eine solche von drei Jahren und drei Monaten verhängt. Die in den Niederlanden erlittene Auslieferungshaft wurde jeweils im Verhältnis 1:1 auf die Freiheitsstrafe angerechnet. Ferner hat das Landgericht gesamtschuldnerisch den Verfall von Wertersatz in Höhe von 2,75 Millionen Euro „über das Vermögen der Angeklagten K. und R.“ angeordnet und gemäß § 111i Abs. 2 StPO festgestellt, dass die Anordnung des Verfalls gegen den Angeklagten R. in Höhe von 235.781 Euro und der gesamtschuldnerische Verfall von Wertersatz gegen die Angeklagten K. und R. in Höhe von 1,75 Millionen Euro unterbleiben, weil „Ersatzansprüche des deutschen Steuerfiskus aus den Umsatzsteuerbeschei-

den des Finanzamtes Kl. vom 18.08.2015“ für die Jahre 2011 bis 2014 entgegenstehen.

2 Die Angeklagten M. und J. hat die Strafkammer jeweils wegen Beihilfe zum unerlaubten Handelreiben mit Arzneimitteln, die nur auf Verschreibung an Verbraucher abgegeben werden dürfen, zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde (M.), bzw. zu einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu je 30 Euro (J.) verurteilt.

3 Die Revisionen der Angeklagten K. und R. beanstanden die Verletzung materiellen Rechts, der Angeklagte R. ferner die Verletzung formellen Rechts. Die Rechtsmittel erzielten mit der Sachrüge jeweils den aus der Beschlussformel ersichtlichen Erfolg; im Übrigen sind sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. Die auf die Verletzung sachlichen Rechts gestützten Revisionen der Angeklagten M. , die auch das Verfahren beanstandet, und J. haben keinen Erfolg (§ 349 Abs. 2 StPO); jedoch ist wegen der Dauer des Revisionsverfahrens eine Kompensationsentscheidung veranlasst.

I.

4 1. Nach den Urteilsfeststellungen baute der Angeklagte K. ein gewinnträchtiges Geschäftsmodell im illegalen Handel mit potenzsteigernden Mitteln auf. Mit dem Angeklagten R. kam er überein, den ungenehmigten Vertrieb von Sildenafilpräparaten und ähnlichen in Deutschland apotheken- und verschreibungspflichtigen Präparaten in die Bundesrepublik durchzuführen. Über verschiedene Portale boten sie diese Potenzmittel im Internet zu einem Preis von zwei bis fünf Euro je Tablette an. R. stellte ein Geschäftskonto eines von ihm geführten, jedoch weitgehend inaktiven niederländischen

Betriebes bei der Sparkasse Kr. für die finanzielle Abwicklung der Geschäftsvorfälle zur Verfügung. Im Tatzeitraum vom 16. Juni 2011 bis zum 14. November 2014 gingen auf dem Konto entsprechend den Bestellungen der Kunden insgesamt 92.404 Zahlungen in Gesamthöhe von rund 10.984.000 Euro ein. Das Konto wies zum Zeitpunkt der Kontobeschlagnahme ein Guthaben von 235.781 Euro aus. Während der Angeklagte R. die Einnahmen verwaltete, gestaltete der Angeklagte K. die Internetauftritte für den Vertrieb der Präparate, beschaffte die Potenzmittel aus Indien und ließ sie in seine Lagerhallen in den Niederlanden verbringen. Die über die Internetportale eingegangenen Bestellungen der Kunden, bei denen es sich ausnahmslos um Privatpersonen handelte, bearbeitete der Angeklagte K. bzw. ein von ihm bestimmter Mitarbeiter nach Eingang des Kaufpreises auf dem Firmenkonto des Angeklagten R. . Hierzu wurden die von den Kunden bestellten Potenzmittel aus einem eingelagerten Vorrat in Umschläge oder Pakete verpackt, in das Bundesgebiet verbracht und dort an die Kunden versandt. Im Tatzeitraum vom 16. Juni 2011 bis zum 14. November 2014 wurden so an mindestens 626 Tagen, „etwa 3 bis 4 mal pro Woche“ jeweils drei Postkisten mit 147 Paketen und Umschlägen an die Besteller verschickt. Insgesamt gelangten im Tatzeitraum auf diese Weise rund drei Millionen Tabletten in das Bundesgebiet zu den Verbrauchern. Zur Abwicklung des umfangreichen Geschäftsbetriebs beschäftigte der Angeklagte K. mehrere Mitarbeiter. Ab Frühjahr 2014 mietete K. vom eingeweihten Angeklagten J. in Ro. eine Lagerhalle und zwei Storageboxen in einem Lagerhaus an, in denen er „ständig“ einen Warenvorrat von rund einer Million Tabletten vorhielt, die zum Verkauf in das Bundesgebiet bestimmt waren. Den Transport der versandfertigen Potenzmittel in das Bundesgebiet führte überwiegend die Angeklagte M. im Auftrag des Angeklagten

K. durch. Sie gab die Warensendungen anschließend am Postschalter auf oder warf sie in den Briefkasten ein.

5 2. Der Angeklagte R. unterließ es zudem als Inhaber seiner niederländischen Firma, auf deren Geschäftskonto in Kr. die Zahlungen der Kunden für die Potenzmittel eingingen, Umsatzsteuerjahreserklärungen für die Jahre 2011 bis 2014 beim Finanzamt Kl. einzureichen. Hierdurch hinterzog er Umsatzsteuer für das Jahr 2011 in Höhe von 266.239 Euro, für die Jahre 2012 und 2013 jeweils in Höhe 508.529 Euro und für das Jahr 2014 in Höhe von 449.853 Euro, wovon jedoch 20 Prozent des Betrages zu Gunsten des Angeklagten R. abgezogen wurden, weil gemäß § 3c UStG nur solche Warenumsätze der deutschen Umsatzsteuer unterliegen, bei der Ware an Endverbraucher im Bundesgebiet geliefert wurde.

II.

Revisionen der Angeklagten K. und R.

6 1. Die vom Angeklagten R. erhobene Verfahrensrüge bleibt aus den Gründen der Antragsschrift des Generalbundesanwalts ohne Erfolg.

7 2. Während die Verurteilung des Angeklagten R. wegen Steuerhinterziehung in vier Fällen im Schuldspruch rechtsfehlerfrei ist, hält die Annahme von 626 materiell-rechtlich selbständigen Taten nach § 95 Abs. 1 Nr. 4, § 96 Nr. 4 AMG sachlich-rechtlicher Überprüfung nicht stand.

8 a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Bewertungseinheit im Betäubungsmittelstrafrecht, die für gleichgelagerte Konstellationen des Inverkehrbringens von Arzneimitteln entsprechend gilt (vgl. BGH, Beschlüsse vom 14. Februar 2019 – 4 StR 37/18 Rn. 6 f.; vom 7. August 2018 – 3 StR 345/17 Rn. 18 und vom 14. Dezember 2011 – 5 StR 425/11 Rn. 5 f.; je-

weils mwN), ist eine einheitliche Tat dann anzunehmen, wenn ein und derselbe Güterumsatz Gegenstand der strafrechtlichen Bewertung ist. Die Annahme einer Bewertungseinheit setzt allerdings konkrete Anhaltspunkte voraus, dass bestimmte Einzelverkäufe aus einer einheitlich erworbenen Gesamtmenge herühren. Eine lediglich willkürliche Zusammenfassung ohne ausreichende Anhaltspunkte kommt nicht in Betracht; auch der Zweifelssatz gebietet in solchen Fällen nicht die Annahme einer einheitlichen Tat (BGH, Beschluss vom 14. Dezember 2011 – 5 StR 425/11 Rn. 6 mwN). Auch insoweit kann, wenn gleich der Erwerb nach der Legaldefinition des § 4 Abs. 17 AMG noch nicht als Tathandlung anzusehen ist, auf etwaige Erwerbshandlungen abgestellt werden. Denn durch diese wird ein Vorrat angelegt und damit das gemäß dieser Vorschrift als Inverkehrbringen anzusehende Vorrätighalten zum Verkauf begründet (BGH aaO).

- 9 b) Gemessen daran begegnet die Wertung des Landgerichts, bei der Beurteilung der Tatfrequenz materiell-rechtlich auf die Anzahl der Transportfahrten zur Absendung der Warenpakete und -umschläge abzustellen, durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen belegen vielmehr, dass – ohne dass konkrete Erwerbshandlungen feststellbar waren – der Angeklagte K. in seinen Lagerräumen ständig einen Warenvorrat von rund einer Million Tabletten zum Verkauf aufbewahrte (UA S. 20), so auch am Tag der Durchsuchung. Entsprechend den Bestellungen der Kunden war es ihm dadurch durchgehend möglich, aus dem vorhandenen Warenvorrat ein Vielfaches der festgestellten Auslieferungen von drei- bis viermal wöchentlich jeweils 5.000 Tabletten vorzunehmen. Den Angeklagten K. und R. stand somit für den gesamten Tatzeitraum ein „nahezu unbegrenzter“ Warenvorrat zur Verfügung, um den Vertrieb der Potenzmittel durchzuführen. Dem-

nach liegt mangels feststellbarer konkreter einzelner Erwerbshandlungen materiell-rechtlich nur eine Tat vor.

10 c) Der Senat ändert daher den Schuldspruch entsprechend dem Antrag des Generalbundesanwalts hinsichtlich des Vertriebs der Potenzpräparate dahin ab, dass die Angeklagten K. und R. jeweils wegen unerlaubten Handeltreibens mit Arzneimitteln, die nur auf Verschreibung an Verbraucher abgegeben werden dürfen, in Tateinheit mit unerlaubter Einfuhr von Arzneimitteln schuldig sind. § 265 StPO steht der Schuldspruchänderung nicht entgegen, da sich die Angeklagten nicht anders als geschehen hätten verteidigen können.

11 2. Die Schuldspruchänderung hinsichtlich der Angeklagten K. und R. hat jeweils den Wegfall der für den Vertrieb der Potenzmittel verhängten 626 Einzelfreiheitsstrafen zur Folge. Der Senat hebt den Strafausspruch insgesamt auf, um dem neuen Tatgericht eine stimmige Strafzumessung zu eröffnen. Die bisherige Strafzumessung weist zwischen den Angeklagten K. und R. ein nicht nachvollziehbares Ungleichgewicht auf. Das Landgericht stellt zu Recht darauf ab, dass dem Angeklagten K. als „Chef und Koordinator“ die deutlich gewichtigere Rolle als dem Angeklagten R. zukam. Der Angeklagte R. hat jedoch darüber hinaus erhebliche Steuerstraftaten begangen, die zu einem Steuerschaden von mindestens 1.386.520 Euro geführt haben. Dieser Umstand hat bei dem Verhältnis der Strafen der beiden Angeklagten zueinander keinen Niederschlag gefunden.

12 3. Die gegen die Angeklagten K. und R. angeordnete Verfallsentscheidung hat ebenfalls keinen Bestand.

13

a) Es ist bereits nicht nachvollziehbar, aus welchem Rechtsgrund gegen den Angeklagten K. eine Entscheidung nach § 111i Abs. 2 StPO aF getroffen wurde, wonach der gesamtschuldnerische Verfall von Wertersatz in Höhe von 1,75 Millionen Euro nur aus dem Grund unterbleibt, dass eine Verfallsanordnung ausgeschlossen sei, weil Ansprüche des Steuerfiskus gemäß § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB aF entgegenstünden. Eine Verurteilung des Angeklagten K.

wegen Beteiligung an den Steuerstraftaten des Angeklagten R. ist jedenfalls nicht erfolgt.

14 b) Ferner ist die Höhe des gegen den Angeklagten R. gemäß § 111i Abs. 2 StPO aF festgesetzten Betrages des Erlangten rechnerisch nicht nachvollziehbar. Nach den Urteilsgründen (UA S. 91) wird er mit 2 Millionen Euro angesetzt, wobei R. in Höhe von 235.781 Euro alleine haftet, in Höhe eines Betrages von 1,75 Millionen Euro gesamtschuldnerisch mit dem Angeklagten K. . Die Addition dieser Beträge erreicht jedenfalls nicht den Betrag von 2 Millionen Euro. Hinzu kommt, dass der Betrag in Höhe von 235.781 Euro (Kontostand der vom Angeklagten R. geführten Firma zum Zeitpunkt der Beschlagnahme) als Erlangtes im Sinne von § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB aF zusätzlich dem Verfall unterliegen soll. Insoweit ergibt sich auch ein unauflösbarer Widerspruch zwischen dem Urteilstenor und den Urteilsgründen.

15 c) Der Senat hebt die Verfallsentscheidungen insgesamt auf, um dem neuen Tatgericht zu ermöglichen, widerspruchsfreie Feststellungen zu treffen. Es wird bei der Berechnung des Erlangten im Sinne von § 111i Abs. 2 StPO aF hinsichtlich der Steuerstraftaten zu beachten haben, dass insoweit lediglich der Betrag der Steuerverkürzungen in Ansatz gebracht werden kann.

16 3. Das neue Tatgericht wird weiterhin angesichts der im Revisionsverfahren erfolgten rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung von einem Jahr und drei Monaten hinsichtlich der Angeklagten K. und R. jeweils eine Kompensationsentscheidung zu treffen haben. Diese wäre mit jeweils drei Monaten der erkannten Strafe zu bemessen. Insoweit war bei der hierdurch verursachten Belastung dieser Angeklagten zu berücksichtigen, dass gegen sie eine zu vollstreckende Freiheitsstrafe verhängt worden war.

III.

Revisionen der Angeklagten M. und J.

17 1. Die von der Angeklagten M. erhobene Verfahrensrüge bleibt aus den Gründen der Antragsschrift des Generalbundesanwalts ohne Erfolg.

18 2. Der Schuld- und der Strafausspruch weisen jeweils keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten auf. Jedoch ist die im Revisionsverfahren entstandene Verfahrensverzögerung zu kompensieren. Der Senat setzt die Kompensation mit Blick auf die hinsichtlich der Angeklagten M. zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe auf zwei Monate, hinsichtlich des Angeklagten J. ,
der zu einer Geldstrafe verurteilt wurde, auf 60 Tagessätze der jeweils verhängten Strafe fest.

Raum

Jäger

Bellay

Cirener

Fischer