

HRRS-Nummer: HRRS 2017 Nr. 360

Bearbeiter: Karsten Gaede/Marc-Philipp Bittner

Zitiervorschlag: HRRS 2017 Nr. 360, Rn. X

BGH 1 StR 231/16 - Urteil vom 7. Februar 2017 (LG Weiden)

Unerlaubte bandenmäßige Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Anstiftung: Bezugspunkt, Einzelfallabwägung, omnimodo facturus; Mittäterschaft: Voraussetzungen); Grundsätze der Strafzumessung (Berücksichtigung der gegen Mittäter verhängten Strafen); Verfall (obligatorische Anordnung); Härtefall (revisionsrichterliche Überprüfung von Ermessensfehlern); Revisionsbegründung (Berücksichtigung trotz widersprüchlichen Verhaltens der Staatsanwaltschaft).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 26 StGB; § 46 StGB; § 73 StGB; § 73c StGB; § 344 StPO

Leitsätze des Bearbeiters

1. Eine Anstiftung zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge begeht, wer einen anderen durch Einwirkung auf dessen Entschlussbildung dazu veranlasst, Betäubungsmittel in nicht geringer Menge in das Bundesgebiet zu verbringen und dabei zumindest in dem Bewusstsein handelt, dass sein Verhalten diese von ihm gebilligten Wirkungen haben kann. Die Willensbeeinflussung muss dabei nicht die einzige Ursache für das Verhalten des anderen sein; bloße Mitursächlichkeit reicht aus. Bezugsgegenstand der Anstiftung ist eine konkret-individualisierte Tat. Welche zur Tatindividualisierung tauglichen Merkmale jeweils erforderlich sind, entzieht sich dabei einer abstrakt-generellen Bestimmung und kann nur nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls entschieden werden.

2. Ein zu einer konkreten Tat fest Entschlossener kann nicht mehr zu ihr bestimmt werden (Fall des sog. omnimodo facturus), denn in diesem Fall fehlt es an der erforderlichen Kausalität der Anstiftungshandlung. Bis zum Tatentschluss bleibt allerdings ein Bestimmen zu einer konkreten Tat selbst dann noch möglich, wenn der Haupttäter bereits allgemein zu derartigen Taten bereit war und diese Bereitschaft auch aufgezeigt hat oder sogar selbst die Initiative zu den Taten ergriffen hat.

3. Die Tatsache, dass einzelne Einfuhren immer erst dann stattfinden, wenn der Angeklagte eine konkrete Menge Betäubungsmittel bestellt und mit den Lieferanten einen genauen Übergabezeitpunkt und Übergabeort vereinbart, steht der Annahme eines festen Tatentschlusses der anderen Bandenmitglieder zur Einfuhr nicht entgegen, wenn diese zu einer Belieferung des Angeklagten schon vorher fest entschlossen, die damit verbundene Einfuhr der Betäubungsmittel und die Liefermodalitäten im Einzelnen vereinbart, An- und Verkaufspreise für die von ihnen zur Einfuhr bestimmten Betäubungsmittel festgesetzt und der Transportweg bereits ausgewählt sind.

4. Eine Mittäterschaft des Auftraggebers an Einfuhren von Betäubungsmitteln scheidet aus, wenn er weder auf den Transportweg noch auf andere Modalitäten der Einfuhr Einfluss hat, weil er dann hinsichtlich des grenzüberschreitenden Transportvorgangs keinerlei Tatherrschaft hat. Die bloße Bereitschaft zur Entgegennahme der eingeführten Betäubungsmittel reicht für die Annahme von Mittäterschaft nicht aus.

5. Das Tatgericht muss in jedem Einzelfall die angemessene Strafe unter Abwägung aller in Betracht kommenden Umstände aus der Sache selbst finden. Revisionen, die auf vergleichende Strafzumessung gerichtet sind, werden daher grundsätzlich als unbegründet angesehen. Allerdings muss das Tatgericht innerhalb seines Urteils den Grundsatz beachten, dass gegen Mittäter verhängte Strafen in einem gerechten Verhältnis zueinander stehen müssen.

6. Die Anordnung des Verfalls (des Wertersatzes) ist obligatorisch, wenn dessen Voraussetzungen vorliegen. Es stellt daher einen Erörterungsmangel dar, wenn sich das Tatgericht in den Urteilsgründen nicht mit der Frage einer Verfallsanordnung befasst, obwohl Anhaltspunkte dafür bestehen, dass deren Voraussetzungen gegeben sein könnten.

7. Die Anwendung des § 73c StGB ist zwar Sache des Tatgerichts; Auslegung und Anwendung (bzw. Nichtanwendung) der Vorschrift unterliegen aber - wie jede Gesetzesanwendung - der Überprüfung auf Rechtsfehler hin durch das Revisionsgericht. Dementsprechend prüft das Revisionsgericht lediglich, ob das Tatgericht das ihm eingeräumte Ermessen rechtsfehlerfrei ausgeübt hat. Dazu gehört, dass es von rechtlich zutreffenden Maßstäben für die Merkmale der Ermessensvorschrift ausgegangen ist. Zudem bedarf es ausreichender Feststellungen zu denjenigen rechtlichen Voraussetzungen des § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB, die

dem Tatgericht die Ausübung seines Ermessens erst ermöglichen. Fehlt es daran, liegt darin ein Rechtsfehler (Ermessensdefizit).

8. Nach § 73c Abs. 1 StGB kann die Anordnung des Verfalls gänzlich unterbleiben oder auch auf einen Teil des Erlangten beschränkt werden.

9. Auch wenn der Sitzungsstaatsanwalt in seinem Schlussvortrag ausdrücklich ausführt, ein Antrag zum Verfall des Wertersatzes werde nicht gestellt, und damit ausdrücklich ein Prozessergebnis erstrebt, das die Staatsanwaltschaft mit ihrer späteren Revision beanstandet, ist eine solche Beanstandung nicht rechtsmissbräuchlich.

Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten R. wird das Urteil des Landgerichts Weiden i.d. OPf. vom 27. November 2015, soweit es ihn betrifft,

a) im Schuldspruch dahin abgeändert, dass der Angeklagte R. wegen unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in elf Fällen, jeweils in Tateinheit mit Beihilfe zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, schuldig ist,

b) im gesamten Strafausspruch aufgehoben.

2. Die Revisionen der Angeklagten T. und Z. und die weitergehende Revision des Angeklagten R. gegen das vorgenannte Urteil werden verworfen.

3. Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft wird das vorgenannte Urteil aufgehoben, soweit hinsichtlich der Angeklagten R. und Z. eine Entscheidung über die Anordnung des Verfalls des Wertersatzes unterblieben ist.

4. Die weitergehende Revision der Staatsanwaltschaft betreffend den Angeklagten Z. wird verworfen.

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

6. Die Angeklagten T. und Z. haben die Kosten ihres jeweiligen Rechtsmittels zu tragen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten T. wegen acht tatmehrheitlicher Fälle und den Angeklagten Z. wegen zwei tatmehrheitlicher Fälle der bandenmäßigen Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, jeweils in Tateinheit mit Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, verurteilt. Den Angeklagten R. hat es wegen elf tatmehrheitlicher Fälle der Anstiftung zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, jeweils in Tateinheit mit unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, schuldig gesprochen. Gegen den Angeklagten T. hat es hierfür eine Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten, gegen den Angeklagten R. eine solche von acht Jahren und gegen den Angeklagten Z. - unter Einbeziehung einer rechtskräftigen Freiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten - eine Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren und sechs Monaten verhängt. Es hat zudem die Unterbringung des Angeklagten R. in einer Entziehungsanstalt angeordnet und hierbei bestimmt, dass von der gegen ihn verhängten Gesamtfreiheitsstrafe zwei Jahre vor der Maßregel zu vollziehen sind. 1

Die Angeklagten T. und Z. rügen mit ihren Revisionen jeweils die Verletzung materiellen Rechts; sie haben keinen Erfolg. Demgegenüber führt die auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten R. zu einer Abänderung des Schuldspruchs und zur Aufhebung des ihn betreffenden Strafausspruchs. Mit ihren Revisionen beanstandet die Staatsanwaltschaft hinsichtlich der Angeklagten R. und Z. und gestützt auf die Verletzung materiellen Rechts jeweils den Rechtsfolgenausspruch. Die Rechtsmittel führen zur Aufhebung des Urteils, soweit gegen diese Angeklagten eine Anordnung des Verfalls des Wertersatzes unterblieben ist. Die den Angeklagten Z. betreffende weitergehende Revision hat keinen Erfolg. 2

I.

1. Nach den Feststellungen des Landgerichts vereinbarte der nicht revidierende Mitangeklagte H. im Herbst des Jahres 2013 mit dem anderweitig Verfolgten J., zukünftig Marihuana im Kilobereich nach Deutschland zu verbringen, um dieses dort gewinnbringend an den Angeklagten R. zu verkaufen. Die Transportfahrten sollten jeweils durch andere Personen durchgeführt werden, denen als Entlohnung pro transportiertem Kilogramm Marihuana 150 Euro gezahlt werden sollten. Den verbleibenden Gewinn wollten sich H. und J. hälftig teilen. Absprachgemäß warb J. im 3

Herbst 2013 den Angeklagten Z. als weiteren Fahrer an, während H. im Januar 2014 den Angeklagten T. als Fahrer gewinnen konnte. Die beiden Angeworbenen waren bereit, für 150 Euro je Kilo Marihuana die Transportfahrten durchzuführen und schlossen sich jeweils dem Vorhaben von H. und J. an, dass die Betäubungsmittel in Deutschland gewinnbringend an den Angeklagten R. verkauft werden sollten. Sämtliche Beteiligte gingen dabei davon aus, dass der Angeklagte R. das Marihuana seinerseits mit Gewinn weiterverkaufen würde.

Zwischen H., J., T. und Z. war jeweils abgesprochen, dass J. das Marihuana in der Tschechischen Republik zu einem Kilopreis von 3.800 Euro erwerben und gemeinsam mit H. den Transport der Betäubungsmittel in den Bereich Re. organisieren sollte. Nach dem Verbringen durch Z. bzw. T. nach Deutschland sollte das Marihuana entweder durch H. oder unmittelbar durch den jeweiligen Fahrer gegen Zahlung von 5.300 Euro je Kilogramm an den Angeklagten R. ausgehändigt werden. Insgesamt fanden elf derartige Transportfahrten statt, wobei in acht Fällen der Angeklagte T. und in drei Fällen der Angeklagte Z. als Fahrer tätig war. In allen Fällen bestellte zunächst der Angeklagte R. bei H. jeweils mindestens vier Kilogramm Marihuana, die sodann von J. in der Tschechischen Republik beschafft wurden. Nach Vereinbarung eines konkreten Liefertermins benachrichtigten H. und J. den jeweiligen Fahrer (T. oder Z.), welcher dann den grenzüberschreitenden Transport durchführte. Im Einzelnen kam es zu folgenden Fahrten:

Bei einer am 21. Oktober 2014 durchgeführten Fahrt transportierte der Angeklagte Z. mit einem Pkw mehr als 4,6 Kilogramm Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von 609,61 Gramm Tetrahydrocannabinol (THC) über die tschechisch-deutsche Grenze mit dem Ziel der Aushändigung an den Angeklagten R. Nach dem Grenzübertritt wurden die Betäubungsmittel auf einem Autobahnparkplatz von Zollbeamten entdeckt. Hierfür wurde der Angeklagte Z. bereits am 27. Mai 2015 verurteilt (Fall 1 der Urteilsgründe).

Am 30. März 2015 verbrachte der Angeklagte T. eine weitere Menge von mehr als 5,6 Kilogramm Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von 834,03 Gramm THC aus der Tschechischen Republik nach Deutschland. Auch diese Betäubungsmittel wurden noch vor der beabsichtigten Übergabe an R. auf einem Parkplatz sichergestellt, nachdem der Transport ab Grenzübertritt von deutschen Zollbeamten observiert worden war. H. und T. wurden beim Zugriff festgenommen (Fall 2 der Urteilsgründe).

Im Zeitraum von Herbst 2013 bis zum 29. März 2015 führten H. und J. mindestens alle zwei Monate, zumindest bei neun weiteren Gelegenheiten, Transportfahrten durch, bei denen jeweils mindestens vier Kilogramm Marihuana, mit einer Wirkstoffmenge von mindestens 480 Gramm THC grenzüberschreitend nach Deutschland transportiert wurden. Dabei wurde der Angeklagte Z. bei mindestens zwei Gelegenheiten und der Angeklagte T. ab Januar 2014 bei mindestens sieben Gelegenheiten als Fahrer tätig. Die Betäubungsmittel wurden teilweise durch die Fahrer selbst, teilweise durch den Mitangeklagten H. an den Angeklagten R. übergeben, der sie mit einem Aufschlag von mindestens einem Euro je Gramm Marihuana an unbekannte Abnehmer weiterveräußerte (Fallkomplex 3 der Urteilsgründe).

2. Die Angeklagten haben die ihnen zur Last liegenden Taten gestanden. 8

II.

Die Revisionen der Angeklagten T. und Z., die jeweils die Verletzung materiellen Rechts rügen, bleiben ohne Erfolg. 9

1. Die Nachprüfung des Urteils auf die Revision des Angeklagten T. hat keinen Rechtsfehler zu seinem Nachteil ergeben. 10

a) Der Schuldspruch wird von den Feststellungen getragen; diese beruhen auf einer rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung. 11

Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatgerichts (§ 261 StPO). Ihm allein obliegt es, das Ergebnis der Hauptverhandlung festzustellen und zu würdigen. Seine Schlussfolgerungen brauchen nicht zwingend zu sein, es genügt, dass sie möglich sind. Die revisionsgerichtliche Prüfung ist darauf beschränkt, ob dem Tatgericht Rechtsfehler unterlaufen sind. Das ist in sachlich-rechtlicher Hinsicht der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist oder gegen die Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteile vom 16. Juni 2016 - 1 StR 49/16, NStZ-RR 2016, 315; vom 21. April 2016 - 1 StR 629/15, BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 43 und vom 14. Dezember 2011 - 1 StR 501/11, NStZ-RR 2012, 148, jeweils mwN).

Solche Rechtsfehler liegen hier nicht vor. Der Angeklagte T. hat die ihm zur Last liegenden Taten bereits im Ermittlungsverfahren vollumfänglich eingeräumt. Auch der Schluss des Landgerichts, dass der Angeklagte bei den Taten aufgrund einer zumindest konkludent getroffenen Bandenabrede handelte, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Das Landgericht hat in die hierzu vorgenommene Gesamtwürdigung alle bedeutsamen Umstände einbezogen. Es durfte dabei in den Blick nehmen, dass sämtlichen Fahrten des Angeklagten ein vergleichbarer Tatablauf zugrunde lag, 13

alle Taten von einem arbeitsteiligen Vorgehen geprägt waren, der Angeklagte bei der Einfuhr Tatherrschaft hatte und zwischen den Taten ein enger zeitlicher Zusammenhang bestand.

b) Auch die vom Angeklagten T. gegen den Strafausspruch erhobenen sachlich-rechtlichen Beanstandungen dringen nicht durch. 14

Die Strafzumessung ist grundsätzlich Sache des Tatgerichts. Es ist seine Aufgabe, auf der Grundlage des umfassenden Eindrucks, den es in der Hauptverhandlung von der Tat und der Persönlichkeit des Täters gewonnen hat, die wesentlichen entlastenden und belastenden Umstände festzustellen, sie zu bewerten und hierbei gegeneinander abzuwägen. Ein Eingriff des Revisionsgerichts in diese Einzelakte der Strafzumessung ist in der Regel nur möglich, wenn die Zumessungserwägungen in sich fehlerhaft sind, wenn das Tatgericht gegen rechtlich anerkannte Strafzwecke verstößt oder wenn sich die verhängte Strafe nach oben oder unten von ihrer Bestimmung löst, gerechter Schuldausgleich zu sein (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteile vom 17. September 1980 - 2 StR 355/80, BGHSt 29, 319, 320; vom 7. Februar 2012 - 1 StR 525/11, Rn. 17, BGHSt 57, 123, 127 und vom 12. Januar 2016 - 1 StR 414/15, Rn. 12, NStZ-RR 2016, 107; jeweils mwN). Nur in diesem Rahmen kann eine „Verletzung des Gesetzes“ (§ 337 Abs. 1 StPO) vorliegen. Dagegen ist eine ins Einzelne gehende Richtigkeitskontrolle ausgeschlossen (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschluss vom 10. April 1987 - GSSt 1/86, BGHSt 34, 345, 349; Urteile vom 12. Januar 2005 - 5 StR 301/04, wistra 2005, 144; vom 7. Februar 2012 - 1 StR 525/11, Rn. 17, BGHSt 57, 123, 127; vom 12. Januar 2016 - 1 StR 414/15, Rn. 12, NStZ-RR 2016, 107 und vom 16. Juni 2016 - 1 StR 49/16, NStZ-RR 2016, 315). 15

Solche Rechtsfehler liegen hier nicht vor. Insbesondere hat das Landgericht auf der Grundlage einer umfassenden Gesamtwürdigung aller in Betracht kommenden Strafzumessungsgründe das Vorliegen minder schwerer Fälle der Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 30a Abs. 3 BtMG) mit tragfähigen Erwägungen verneint. Es hat dabei auch den vertypten Strafmilderungsgrund der Aufklärungshilfe gemäß § 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG in den Blick genommen. 16

2. Die Nachprüfung des Urteils auf die Revision des Angeklagten Z. hin hat ebenfalls keinen diesen Angeklagten beschwerenden Rechtsfehler ergeben. 17

a) Der Schuldspruch wird von den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen getragen. 18

Entgegen der Auffassung der Revision wird auch die Würdigung des Landgerichts, der Angeklagte Z. habe aufgrund einer vorherigen, zumindest konkludent getroffenen Bandenabrede gehandelt, von rechtsfehlerfrei getroffenen Urteilsfeststellungen getragen. Im Rahmen der vorgenommenen Gesamtwürdigung der festgestellten Indizatsachen hat das Landgericht ohne Rechtsfehler in den Blick genommen, dass die Angeklagten T. und Z. auf der Grundlage einer ausdrücklichen Verabredung von H. und J. zur fortgesetzten Tatbegehung als Fahrer gewonnen wurden, der Angeklagte Z. dann auch mehrere Fahrten durchführte und der Ablauf sämtlicher Fahrten gleich war. 19

b) Ausgehend von dem vom Revisionsgericht zu beachtenden Prüfungsmaßstab bei der Strafzumessung (oben II.1.b)) hält auch beim Angeklagten Z. der Strafausspruch rechtlicher Nachprüfung stand. Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten liegen nicht vor. 20

Der Strafausspruch ist auch im Hinblick auf die vom Landgericht gegen den Angeklagten T. verhängten niedrigeren Einzelstrafen rechtlich noch nicht zu beanstanden. Das Tatgericht muss in jedem Einzelfall die angemessene Strafe unter Abwägung aller in Betracht kommenden Umstände aus der Sache selbst finden. Revisionen, die auf vergleichende Strafzumessung gerichtet sind, werden daher grundsätzlich als unbegründet angesehen (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Juni 2011 - 1 StR 282/11, Rn. 9 f., BGHSt 56, 262 mwN). Allerdings muss das Tatgericht innerhalb seines Urteils den Grundsatz beachten, dass gegen Mittäter verhängte Strafen in einem gerechten Verhältnis zueinander stehen müssen (vgl. BGH aaO Rn. 17). Diesen Anforderungen genügt die Strafzumessung, zumal die Angeklagten T. und Z. nicht als Mittäter, sondern nur als Täter gleichartiger Straftaten tätig wurden. Beim Angeklagten T. lagen Strafmilderungsgründe vor (UA S. 61), die beim Angeklagten Z. nicht gegeben waren (UA S. 66 ff.). Insbesondere hat das Landgericht die Aufklärungshilfe des Angeklagten T. rechtsfehlerfrei als „deutlich gewichtiger“ als die des Angeklagten Z. gewertet (UA S. 66). Ein Eingriff in die Strafzumessung des Tatgerichts ist dem Revisionsgericht auch insoweit versagt. 21

III.

Die auf materiellrechtliche Beanstandungen gestützte Revision des Angeklagten R. hat zum Teil Erfolg. Sie führt, soweit das Urteil ihn betrifft, zur Abänderung des Schuldspruchs und zur Aufhebung des Strafausspruchs. 22

1. Der Schuldspruch wegen Anstiftung zur Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 30 Abs. 1 Nr. 4 23

BtMG, § 26 StGB) in elf Fällen hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Urteilsfeststellungen tragen die Annahme des Landgerichts, der Angeklagte habe jeweils den Mitangeklagten H. und den anderweitig Verfolgten J. zu den verfahrensgegenständlichen Einfuhren bestimmt, nicht.

a) Als Anstifter ist nach § 26 StGB gleich einem Täter zu bestrafen, wer vorsätzlich einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt hat. Dabei ist bedingter Vorsatz ausreichend (BGH, Urteile vom 18. April 1952 - 1 StR 871/51, BGHSt 2, 279, 281 und vom 10. Juni 1998 - 3 StR 113/98, BGHSt 44, 99, 101 sowie Beschluss vom 10. April 2013 - 4 StR 90/13, NStZ-RR 2013, 281). Eine Anstiftung zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge begeht deshalb, wer einen anderen durch Einwirkung auf dessen Entschlussbildung dazu veranlasst, Betäubungsmittel in nicht geringer Menge in das Bundesgebiet zu verbringen und dabei zumindest in dem Bewusstsein handelt, dass sein Verhalten diese von ihm gebilligten Wirkungen haben kann (BGH, Beschlüsse vom 6. Dezember 2011 - 4 StR 554/11; vom 10. April 2013 - 4 StR 90/13, NStZ-RR 2013, 281 und vom 2. Juni 2015 - 4 StR 144/15, BGHR BtMG § 30 Abs. 1 Nr. 4 Einfuhr 3). Die Willensbeeinflussung muss dabei nicht die einzige Ursache für das Verhalten des anderen sein; bloße Mitursächlichkeit reicht aus (BGH, Beschluss vom 2. Juni 2015 - 4 StR 144/15, aaO mwN). Bezugsgegenstand der Anstiftung ist eine konkret-individualisierte Tat. Welche zur Tatindividualisierung tauglichen Merkmale jeweils erforderlich sind, entzieht sich dabei einer abstrakt-generellen Bestimmung und kann nur nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls entschieden werden (vgl. BGH, Urteil vom 21. April 1986 - 2 StR 661/85, BGHSt 34, 63). Ein zu einer konkreten Tat fest Entschlossener kann nicht mehr zu ihr bestimmt werden (Fall des sog. omnimodo facturus; st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschlüsse vom 20. November 1987 - 3 StR 503/87, BGHR StGB § 26 Bestimmen 1 und vom 8. August 1995 - 1 StR 377/95, BGHR StGB § 26 Bestimmen 3 sowie Urteile vom 20. Januar 2000 - 4 StR 400/99, BGHSt 45, 373, 374 und vom 17. August 2000 - 4 StR 233/00, NStZ 2001, 41, 42); denn in diesem Fall fehlt es an der erforderlichen Kausalität der Anstiftungshandlung (vgl. Fischer, StGB, 64. Aufl., § 26 Rn. 4). Bis zum Tatentschluss bleibt allerdings ein Bestimmen zu einer konkreten Tat selbst dann noch möglich, wenn der Haupttäter bereits allgemein zu derartigen Taten bereit war und diese Bereitschaft auch aufgezeigt hat oder sogar selbst die Initiative zu den Taten ergriffen hat (vgl. BGH, Urteile vom 20. Januar 2000 - 4 StR 400/99, BGHSt 45, 373, 374 und vom 17. August 2000 - 4 StR 233/00, NStZ 2001, 41, 42).

b) Die Urteilsfeststellungen belegen nicht, dass der Angeklagte R. seine Lieferanten im Sinne des § 26 StGB zu den einzelnen Einfuhren bestimmt hat.

aa) Nach Auffassung des Landgerichts lag die Anstiftungshandlung des Angeklagten R. jeweils in der Bestellung einer konkreten Betäubungsmittelmenge. Zwar habe die Bande vorgehabt, künftig Einfahrten zu seiner Belieferung vorzunehmen. Die Bandenmitglieder seien jedoch im jeweiligen Einzelfall noch nicht zur Tatbegehung entschlossen gewesen. Insbesondere sei der Tatablauf noch nicht konkret festgelegt gewesen, sondern erst durch die Einflussnahme des Angeklagten R., nämlich dessen Bestellung einer konkreten Menge, bestimmt worden. Auch seien der Übergabetermin und der Übergabeort jeweils erst nach der Bestellung abgesprochen worden (JA S. 43).

bb) Diese Wertung hält ausgehend von den vom Landgericht festgestellten Tat Umständen rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Die Tatsache, dass die einzelnen Einfuhren immer erst dann stattfanden, wenn der Angeklagte R. eine konkrete Menge Marihuana bestellt und mit den Lieferanten einen genauen Übergabezeitpunkt und Übergabeort vereinbart hatte, steht der Annahme eines festen Tatentschlusses der Bandenmitglieder zur Einfuhr nicht entgegen. Nach den Urteilsfeststellungen waren die Bandenmitglieder zu einer Belieferung des Angeklagten R. und zu der damit verbundenen Einfuhr der Betäubungsmittel schon vorher fest entschlossen. Auch hatten die Bandenmitglieder bereits zuvor die Liefermodalitäten im Einzelnen vereinbart. An- und Verkaufspreise für die von ihnen zur Einfuhr bestimmten Betäubungsmittel waren ebenso bereits festgelegt wie der Transportweg über die tschechisch-deutsche Grenze; der Angeklagte R. stand als Abnehmer fest. Ein Vorbehalt, Betäubungsmittel im Falle einer Bestellung doch nicht zu liefern, bestand nicht. H., J., T. und Z. waren von vornherein entschlossen, jede Bestellung zu den vorher vereinbarten Bedingungen auszuführen und die bestellten Betäubungsmittel hierzu nach Deutschland einzuführen. Der Umstand, dass für jede Einzellieferung noch ein konkreter „Abruf“ in Form einer Bestellung sowie die Vereinbarung eines Lieferortes und eines konkreten Übergabetermins erforderlich waren, steht einem bereits vorher bestehenden, hinreichend konkreten Tatentschluss zur Einfuhr der Betäubungsmittel in Einzelmengen nicht entgegen. Damit waren die einzelnen Bestellungen nicht mehr geeignet, auf die Entschlussbildung der Bande im Hinblick auf die Einfuhr der Betäubungsmittel einzuwirken. Die Bandenmitglieder H., J., T. und Z. konnten somit zu diesen Zeitpunkten durch den Angeklagten R. nicht mehr zu den einzelnen Taten der Einfuhr bestimmt werden (sog. omnimodo facturus).

2. Der Senat ändert den Schuldspruch auf Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in elf Fällen, jeweils in Tateinheit mit Beihilfe zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 30 Abs. 1 Nr. 4, § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG, § 52 StGB), ab.

a) Auch gegenüber einem zu einer konkreten Tat bereits Entschlossenen kann noch durch Bestärkung seines

Tatenschlusses (psychische) Beihilfe geleistet werden (vgl. BGH, Beschluss vom 8. August 1995 - 1 StR 377/95, BGHR StGB § 26 Bestimmen 3). Ausgehend von den Urteilsfeststellungen bestärkte der Angeklagte R. die Bandenmitglieder jeweils durch die Vornahme einer Bestellung in ihrem Tatenschluss zur Vornahme der bereits geplanten Einzillieferung. Der Senat kann ausschließen, dass sich der Angeklagte gegen den Tatvorwurf der Beihilfe zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG) anders als bisher hätte verteidigen können.

b) Ausgehend von den getroffenen Feststellungen scheidet eine Mittäterschaft des Angeklagten an den Einfuhren der Betäubungsmittel aus, weil er hinsichtlich des grenzüberschreitenden Transportvorgangs keinerlei Tatherrschaft hatte. Er hatte weder Einfluss auf den Transportweg noch auf andere Modalitäten der Einfuhr. Die bloße Bereitschaft zur Entgegennahme der eingeführten Betäubungsmittel reicht für die Annahme von Mittäterschaft nicht aus (BGH, Beschlüsse vom 31. März 2015 - 3 StR 630/14, StraFo 2015, 259, 260 und vom 2. Juni 2015 - 4 StR 144/15, BGHR BtMG § 30 Abs. 1 Nr. 4 Einfuhr 3).

c) Die vom Landgericht getroffenen Feststellungen tragen auch die Verurteilung des Angeklagten R. wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG) in elf Fällen. Diese Taten stehen mit den Beihilfetaten jeweils in Tateinheit.

3. Die Abänderung des Schuldspruchs hinsichtlich des Angeklagten R. entzieht dem Strafausspruch die Grundlage. Die Sache ist deshalb zu einer neuen Strafzumessung an das Landgericht zurückzuverweisen. Einer Aufhebung von Feststellungen bedarf es bei dem hier allein vorliegenden Wertungsfehler nicht. Das neue Tatgericht kann zum Strafausspruch weitere, mit den bisherigen nicht in Widerspruch stehende Feststellungen treffen.

4. Die rechtsfehlerfrei angeordnete Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) hat Bestand. Sie wird weder von der Schuldspruchänderung noch von der Aufhebung im Strafausspruch berührt.

IV.

Die zu Ungunsten des Angeklagten Z. erhobene, auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkte und auf die Verletzung materiellen Rechts gestützte Revision der Staatsanwaltschaft, die vom Generalbundesanwalt vertreten wird, hat nur zum Teil Erfolg.

1. Sie bleibt erfolglos, soweit sie den Strafausspruch beanstandet.

Die Rüge der Staatsanwaltschaft, das Landgericht sei rechtsfehlerhaft vom Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen des vertypten Strafmilderungsgrundes der Aufklärungshilfe aus § 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG ausgegangen, dringt nicht durch.

Zwar weist die Staatsanwaltschaft zutreffend darauf hin, dass die Urteilsgründe zwei miteinander nicht vereinbare Annahmen zum Aussageverhalten des Angeklagten Z. im Ermittlungsverfahren enthalten. Einerseits geht das Landgericht davon aus, der Angeklagte Z. habe außerhalb der Hauptverhandlung im Verfahren 23 Js keine Angaben zur Sache gemacht (UA S. 25). Andererseits wertet das Landgericht die von ihm im Rahmen einer von ZAM P. in diesem Verfahren durchgeführten Beschuldigtenvernehmung gemachten Angaben als Aufklärungshilfe im Sinne des § 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG und nimmt hieran anknüpfend gemäß § 49 Abs. 1 StGB eine Strafrahmenverschiebung vor (UA S. 66).

Entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft liegt darin jedoch kein den Bestand des Urteils gefährdender Rechtsfehler. Denn die detaillierten Feststellungen in den Urteilsgründen zu den von dem Angeklagten Z. im Rahmen der Beschuldigtenvernehmung gemachten Angaben zur Person des Abnehmers und zu den Übergabeorten belegen zweifelsfrei, dass sich das Landgericht im Rahmen der Beweiswürdigung davon überzeugt hat, dass der Angeklagte diese Angaben im Ermittlungsverfahren tatsächlich getätigt hat (UA S. 65 ff.). Die damit unvereinbare, ersichtlich unrichtige pauschale Annahme auf UA S. 25 - die nicht beweiswürdigend unterlegt ist und von deren Unrichtigkeit auch die Staatsanwaltschaft ausgeht (RB S. 3) - der Angeklagte Z. habe im Ermittlungsverfahren keine Angaben gemacht, hat sich nicht zum Vorteil des Angeklagten ausgewirkt. Vielmehr hat das Landgericht diese Erwägung lediglich im Rahmen der Überprüfung der Richtigkeit des Geständnisses des Angeklagten herangezogen, das aber sowohl mit den geständigen Einlassungen der anderen Angeklagten in Einklang steht als auch durch andere Beweismittel gestützt wird.

2. Demgegenüber hat die den Angeklagten Z. betreffende Revision der Staatsanwaltschaft Erfolg, soweit hinsichtlich dieses Angeklagten die Anordnung des Verfalls des Wertersatzes (§§ 73, 73a StGB) unterblieben ist.

a) Der Senat hat hier zunächst geprüft, ob die Staatsanwaltschaft insoweit wirksam auf die Einlegung eines

Rechtsmittels verzichtet hat, weil der Sitzungsstaatsanwalt in seinem Schlussvortrag ausdrücklich ausgeführt hat, ein Antrag zum Verfall des Wertersatzes werde nicht gestellt (Hauptverhandlungsprotokoll vom 2. November 2015, S. 5). Damit hat der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft nicht nur gegen die Pflicht aus Nr. 138 Abs. 2 RiStBV verstoßen (Temming in Graf BeckOK, RiStBV Nr. 138 Rn. 10). Er hat vielmehr sogar ausdrücklich ein Prozessergebnis erstrebt, das die Staatsanwaltschaft nunmehr mit ihrer Revision beanstandet. Gleichwohl lässt die Rechtsprechung im Interesse der Rechtskontrolle ein solches Verhalten noch zu und lässt solche Beanstandungen nicht wegen Rechtsmissbrauchs unberücksichtigt. Ein Rechtsmittelverzicht vor Verkündung des Urteils scheidet ebenfalls aus (vgl. BGH, Urteil vom 28. August 1997 - 4 StR 240/97, BGHSt 43, 195, 205).

b) Die Nichtanordnung des Verfalls des Wertersatzes gemäß §§ 73, 73a StGB hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. 42

aa) Die Anordnung des Verfalls (des Wertersatzes) ist obligatorisch, wenn dessen Voraussetzungen vorliegen (BGH, Urteile vom 21. August 2002 - 1 StR 115/02, BGHSt 47, 369 und vom 27. März 2003 - 5 StR 434/02, StraFo 2003, 283; vgl. auch Fischer, StGB, 64. Aufl., § 73 Rn. 6 mwN). Es stellt daher einen Erörterungsmangel dar, wenn sich das Tatgericht in den Urteilsgründen nicht mit der Frage einer Verfallsanordnung befasst, obwohl Anhaltspunkte dafür bestehen, dass deren Voraussetzungen gegeben sein könnten. 43

So verhält es sich hier. Nach seiner Einlassung erhielt der Angeklagte Z. für jedes von ihm im Rahmen der Taten nach Deutschland transportierte Kilogramm Marihuana eine Entlohnung von 150 Euro (UA S. 19), bei den zwei verfahrensgegenständlichen Fahrten mit jeweils vier Kilogramm Marihuana mithin insgesamt 1.200 Euro. 44

bb) Allerdings kann eine Verfallsanordnung nach Maßgabe der Härtevorschrift des § 73c StGB ausscheiden. Ob und gegebenenfalls inwieweit dies hier der Fall ist, lässt sich indes den Urteilsgründen nicht entnehmen. 45

(1) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ergibt sich aus dem systematischen Verhältnis zwischen der bei „unbilliger Härte“ zwingend zum Ausschluss der Verfallsanordnung führenden Regelung in § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB einerseits und der Ermessensvorschrift in § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB andererseits, dass regelmäßig zunächst auf der Grundlage letztgenannter Vorschrift zu prüfen ist, ob von einer Anordnung des Verfalls oder Wertersatzverfalls abgesehen werden kann (BGH, Beschluss vom 21. März 2013 - 3 StR 52/13, StV 2013, 630 f.; vgl. auch BGH, Urteil vom 26. März 2009 - 3 StR 579/08, NStZ 2010, 86). Gemäß § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB kann eine Verfallsanordnung unterbleiben, soweit das Erlangte oder dessen Wert zum Zeitpunkt der tatrichterlichen Entscheidung im Vermögen des Betroffenen nicht mehr vorhanden sind (BGH, Urteil vom 12. September 1984 - 3 StR 333/84, BGHSt 33, 37, 39 f.; Beschlüsse vom 29. Oktober 2002 - 3 StR 364/02, insoweit nicht abgedruckt in NStZ-RR 2003, 75; vom 14. Mai 2008 - 3 StR 136/08, StV 2008, 576 f. und vom 21. März 2013 - 3 StR 52/13, StV 2013, 630 f.). Es ist deshalb zunächst festzustellen, was der Angeklagte aus der Tat „erlangt“ hat, sodann ist diesem Betrag der Wert seines noch vorhandenen Vermögens gegenüber zu stellen (BGH, Urteil vom 26. März 2009 - 3 StR 579/08, NStZ 2010, 86, 87; Beschluss vom 21. März 2013 - 3 StR 52/13, StV 2013, 630 f.). Wenn hiernach ein Gegenwert des Erlangten im Vermögen des Angeklagten nicht mehr vorhanden ist, kann der Tatrichter von einer Verfallsanordnung absehen (vgl. BGH, Beschluss vom 13. Februar 2014 - 1 StR 336/13, BGHR StGB § 73c Härte 16). 46

Da die tatbestandlichen Voraussetzungen, welche nach § 73c Abs. 1 Satz 2 der Vorschrift ein Absehen vom Verfall nach pflichtgemäßem Ermessen ermöglichen, nicht zugleich einen Ausschlussgrund nach § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB bilden können, folgt aus der Systematik der Norm, dass das Nichtmehrvorhandensein des Wertes des Erlangten im Vermögen des Betroffenen jedenfalls für sich genommen keine unbillige Härte darstellen kann (vgl. BGH, Beschluss vom 13. Februar 2014 - 1 StR 336/13, BGHR Härte 16; Urteile vom 26. März 2009 - 3 StR 579/08, BGHR StGB § 73c Härte 14 und vom 12. Juli 2000 - 2 StR 43/00, NStZ 2000, 589, 590). 47

(2) Eine unbillige Härte im Sinne des § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB kommt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. nur BGH, Urteil vom 26. März 2009 - 3 StR 579/08, BGHR StGB § 73c Härte 14 mwN) nur dann in Betracht, wenn die Anordnung des Verfalls schlechthin ungerecht wäre und das Übermaßverbot verletzt würde. Die Auswirkungen des Verfalls müssen mithin im konkreten Einzelfall außer Verhältnis zu dem vom Gesetzgeber mit der Maßnahme angestrebten Zweck stehen. Es müssen besondere Umstände vorliegen, aufgrund derer mit der Vollstreckung des Verfalls eine außerhalb des Verfallszwecks liegende zusätzliche Härte verbunden wäre, die dem Betroffenen auch unter Berücksichtigung des Zwecks des Verfalls nicht zugemutet werden kann. Eine unbillige Härte liegt demnach nicht schon dann vor, wenn der Verfallsbetrag nicht beigetrieben werden kann oder der Betroffene vermögenslos geworden ist (BGH, Urteil vom 1. Dezember 2015 - 1 StR 321/15, NStZ 2016, 279). 48

(3) Die Anwendung des § 73c StGB ist zwar Sache des Tatgerichts; Auslegung und Anwendung (bzw. Nichtanwendung) der Vorschrift unterliegen aber - wie jede Gesetzesanwendung - der Überprüfung auf Rechtsfehler hin durch das Revisionsgericht (BGH, Beschluss vom 13. Februar 2014 - 1 StR 336/13, BGHR StGB § 73c Härte 16 Rn. 14 mwN). Dementsprechend prüft das Revisionsgericht lediglich, ob das Tatgericht das ihm eingeräumte Ermessen rechtsfehlerfrei ausgeübt hat. Dazu gehört, dass es von rechtlich zutreffenden Maßstäben für die 49

Merkmale der Ermessensvorschrift ausgegangen ist. Zudem bedarf es ausreichender Feststellungen zu denjenigen rechtlichen Voraussetzungen des § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB, die dem Tatgericht die Ausübung seines Ermessens erst ermöglichen (BGH, Beschluss vom 3. Februar 2016 - 1 StR 606/15, NSTZ-RR 2017, 14). Fehlt es daran, liegt darin ein Rechtsfehler (Ermessensdefizit).

So verhält es sich auch hier. Aus den Urteilsgründen ergibt sich, dass keine Erkenntnisse zu der Vermögenslage des Angeklagten Z. erlangt und damit auch keine Vermögenswerte festgestellt werden konnten. Damit belegen die Feststellungen zwar, dass das maßgebliche Nettovermögen des Angeklagten den Wert des Erlangten nicht erreicht. Jedoch wird nicht erkennbar, dass sich das Landgericht überhaupt des ihm nach § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB eröffneten Ermessens bewusst war und dieses ausgeübt hat. Mithin liegt ein Ermessensdefizit vor. Das Landgericht durfte auch nicht stillschweigend von der regelmäßig gebotenen Anordnung des Verfalls von Wertersatz absehen, da dies dem Revisionsgericht die Prüfung, ob von dieser Anordnung rechtsfehlerfrei abgesehen wurde, unmöglich macht (vgl. BGH, Urteil vom 11. April 1995 - 1 StR 836/94, BGHR StGB § 73c Härte 4). Ausreichende gravierende Umstände, aus denen sich für den Angeklagten eine unbillige Härte im Sinne des § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB ergeben könnte, lassen sich den Urteilsgründen ebenfalls nicht entnehmen. 50

c) Die Sache bedarf daher neuer tatrichterlicher Verhandlung und Entscheidung über die Frage des Wertersatzverfalls gemäß §§ 73, 73a StGB. Einer Aufhebung der Feststellungen bedarf es nicht, weil diese nicht von der Gesetzesverletzung betroffen sind, die insoweit zu der Urteilsaufhebung führen. Das neue Tatgericht kann weitere Feststellungen treffen, die zu den bisherigen nicht in Widerspruch stehen. 51

V.

Die den Angeklagten R. betreffende Revision der Staatsanwaltschaft, die vom Generalbundesanwalt vertreten wird, hat ebenfalls mit der Beanstandung Erfolg, dass gegen diesen Angeklagten die Anordnung des Verfalls des Wertersatzes gemäß §§ 73, 73a StGB unterblieben ist. 52

1. Ausgehend von den erhobenen Beanstandungen ist die Revision auf die unterbliebene Verfallsanordnung beschränkt. Die Beschränkung ist zulässig und wirksam, weil eine Auswirkung auf den Strafausspruch auszuschließen ist. 53

2. Die Revision hat Erfolg, weil auch hinsichtlich des Angeklagten R. bei der Nichtanordnung des Verfalls des Wertersatzes (§§ 73, 73a StGB) ein Ermessensdefizit vorliegt. 54

Das Landgericht hat rechtsfehlerhaft die Frage einer Anordnung des Verfalls des Wertersatzes in den Urteilsgründen nicht erörtert, obwohl hierzu Anlass bestand. Nach den Urteilsfeststellungen erwarb der Angeklagte R. in insgesamt neun Fällen jeweils vier Kilogramm Marihuana zum Kilopreis von 5.300 Euro, die er anschließend mit einem Aufschlag von einem Euro pro Gramm auf den von ihm bezahlten Kaufpreis weiterveräußerte (UA S. 15). Er erlangte damit im Sinne von § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB aus den Betäubungsmitteldelikten einen Betrag von insgesamt 226.800 Euro. Zwar ergibt sich aus den Urteilsgründen, dass der Angeklagte Schulden in Höhe von 10.000 Euro hat (UA S. 9) und abgesehen von einem Guthaben von 500 Euro aus einem „Riester-Vertrag“ und einem Depot mit einem Wert von 3.000 Euro über keine nennenswerten Vermögenswerte verfügt (UA S. 29). Damit ist allerdings lediglich belegt, dass das maßgebliche Nettovermögen den Wert des Erlangten nicht erreicht. Dies schließt aber gemäß § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB eine Verfallsanordnung nicht aus, sondern macht vielmehr eine Ermessensentscheidung des Tatgerichts erforderlich, an der es hier fehlt. 55

3. Einer Aufhebung von Feststellungen bedarf es auch hier nicht. Das neue Tatgericht kann weitere, mit den bisherigen nicht in Widerspruch stehende Feststellungen treffen. Ergänzend weist der Senat auf die Möglichkeit hin, dass nach § 73c Abs. 1 StGB die Anordnung des Verfalls gänzlich unterbleiben oder auch auf einen Teil des Erlangten beschränkt werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 26. März 2009 - 3 StR 579/08, BGHR StGB § 73c Härte 14; Beschluss vom 29. Oktober 2002 - 3 StR 364/02, NSTZ-RR 2003, 75). 56

VI.

Die Kostenentscheidung hinsichtlich der Revisionen der Angeklagten T. und Z. beruhen auf § 473 Abs. 1 StPO. Hinsichtlich der übrigen Revisionen obliegt die Kostenentscheidung dem Tatgericht, an das die Sache zurückverwiesen worden ist. 57