

HRRS-Nummer: HRRS 2020 Nr. 930

Bearbeiter: Christoph Henckel/Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2020 Nr. 930, Rn. X

**BGH 1 StR 149/20 - Beschluss vom 16. Juni 2020 (LG Ellwangen)**

**Strafzumessung (individuelle Strafzumessung für jeden Mittäter erforderlich); Einziehung (Einziehung gegen einen Mittäter nur insoweit, wie er selbst etwas aus der Tat erlangt hat).**

**§ 46 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 73 Abs. 1 StGB**

**Entscheidungstenor**

1. Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Ellwangen (Jagst) vom 17. Januar 2020

a) soweit es den Angeklagten T. betrifft, im Strafausspruch und im Ausspruch über die Einziehungsentscheidung jeweils mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben,

b) soweit es den Angeklagten S. betrifft, im Ausspruch über die Einziehung mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.

2. Die weitergehenden Revisionen werden als unbegründet verworfen.

3. Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

**Gründe**

Das Landgericht hat die Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer 1 Menge in vier Fällen jeweils zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt und die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 90.990 € als Gesamtschuldner angeordnet.

Die auf die Verletzung materiellen Rechts gestützten Revisionen der Angeklagten haben mit der Sachrüge jeweils den 2 aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg (§ 349 Abs. 4 StPO); im Übrigen sind sie aus den Gründen der Antragsschrift des Generalbundesanwalts unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).

1. Der den Angeklagten T. betreffende Strafausspruch hat keinen Bestand. Der Generalbundesanwalt hat 3 diesbezüglich zutreffend das Folgende ausgeführt:

„Als durchgreifend rechtsfehlerhaft erweisen sich allerdings die Strafzumessungserwägungen zur Höhe der gebildeten 4 Einzelstrafen und der Gesamtstrafe. ... Bei mehreren Beteiligten ist die Strafe grundsätzlich nach dem Maß der jeweiligen individuellen Schuld zu bestimmen (vgl. BeckOK StGB/Heintschel-Heinegg, 45. Edition 2020, StGB § 46 Rn. 2a). Dem ist das Gericht vorliegend nicht erkennbar nachgekommen, da die Strafzumessungserwägungen den Beschwerdeführer betreffend (UA S. 26 ff.) im Wortlaut nahezu identisch sind mit denen bezüglich des Mitangeklagten S. (UA S. 24 ff.). Eine Berücksichtigung individueller, täterbezogener Umstände wie etwa des Vorlebens, der Persönlichkeit und des Gewichtes der Tatbeiträge, ist nicht erfolgt. Zwar hat die Kammer die bisherige Unbestraftheit des Angeklagten als wesentlichen Strafmilderungsgrund (vgl. BeckOK StGB/Heintschel-Heinegg, aaO § 46 Rn. 38; Senat, Urteil vom 27. Oktober 1987 - 1 StR 492/87, juris Rn. 8; BGH, Beschluss vom 26. Mai 1982 - 3 StR 110/82, juris Rn. 2) formelhaft aufgelistet (UA S. 26). Im Verhältnis zu dem - wenn auch nicht einschlägig - vorbestraften Mitangeklagten S., der offenbar nach Bewährungswiderruf bereits strafhaft verbüßt hat (UA S. 6), hat das Gericht diesen Umstand jedoch nicht erkennbar in die Bewertung einbezogen. Für beide Angeklagte wurden vielmehr exakt dieselben Strafen festgesetzt, ohne dass dies durch nur bei dem Angeklagten T. vorliegende strafscharfende Merkmale - etwa ein größeres Gewicht der Tatbeiträge - plausibel zu erklären wäre. Auch sonstige individuelle Unterschiede, etwa dass der Beschwerdeführer sich freiwillig der Polizei gestellt hat (UA S. 7), fanden keinen Eingang in die Strafzumessungserwägungen.

Das Gericht ist daher seiner Pflicht zur Abwägung der für und gegen den Angeklagten ... sprechenden Umstände 5 gemäß § 46 StGB nicht umfassend nachgekommen.

Auf diesem Rechtsfehler kann das Urteil beruhen (§ 337 StPO), da nicht auszuschließen ist, dass bei einer Berücksichtigung individueller schuldbestimmender Kriterien im Verhältnis zu dem Mitangeklagten S. niedrigere Einzelstrafen und eine niedrigere Gesamtfreiheitsstrafe verhängt worden wären. Das Urteil ist im Strafausspruch mit den Feststellungen aufzuheben, um dem neuen Tatgericht eine nachvollziehbare und stimmige Gesamtabwägung zu ermöglichen.“ 6

2. Auch die beide Angeklagte gleichermaßen betreffende Einziehungsentscheidung kann nicht bestehen bleiben; hierzu hat der Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift ausgeführt: 7

„Zwar hat das Landgericht aufgrund der Marihuanaverkäufe an den Zeugen To. zum Preis von 9 € pro Gramm (UA S. 8) und der Angaben des Zeugen KHK B. zu den von beiden Angeklagten für das Marihuana bzw. Haschisch geforderten Kaufpreisen zwischen 8,50 € und 9,50 € pro Gramm (UA S. 16) nachvollziehbar einen durchschnittlichen Verkaufspreis der Cannabisprodukte von 9 € pro Gramm zugrunde gelegt und den Gesamtbetrag der erzielten Taterlöse somit im Ergebnis auf einer tragfähigen Schätzungsgrundlage gemäß § 73d Abs. 2 StGB errechnet. Indes hat die Kammer der Anordnung ohne Weiteres zugrunde gelegt, dass der Angeklagte sämtliche von den Betäubungsmittelabnehmern vereinnahmten Gelder durch die Taten i.S.d. § 73 StGB erlangt hat. Sie hat dabei nicht berücksichtigt, dass bei jedem Tatbeteiligten grundsätzlich nur das eingezogen werden kann, was der jeweilige Beteiligte selbst tatsächlich erhalten hat, was also in irgendeiner Phase des Tatablaus in seine tatsächliche oder wirtschaftliche Verfügungsmacht übergegangen und ihm so aus der Tat unmittelbar messbar zugutegekommen ist (st. Rspr., vgl. etwa BGH, Beschluss vom 19. November 2019 - 2 StR 6/19, juris Rn. 5; Urteil vom 4. Oktober 2018 - 3 StR 251/18, juris Rn. 21). Aus den Urteilsgründen lässt sich nicht entnehmen, dass der Angeklagte in Höhe der gesamten Taterlöse tatsächlich (Mit-)Verfügungsgewalt erlangt hat. Welche Geldbeträge der Angeklagte und welche ggf. der Mitangeklagte ... in Empfang genommen hat und wie damit weiter verfahren wurde, insbesondere ob daran zunächst gemeinschaftliche Verfügungsgewalt erlangt und die Erlöse erst später aufgeteilt wurden, hat die Strafkammer nicht festgestellt. 8

... Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass zur Höhe der dem Angeklagten zugeflossenen Taterlöse ergänzende Feststellungen getroffen werden können, etwa durch Vernehmung der ermittelten Abnehmer (UA S. 16 f.), bedarf die Sache insoweit der Zurückverweisung zur erneuten Entscheidung.“ 9

Um dem neuen Tatgericht auch hier eine nachvollziehbare und stimmige Entscheidung zu ermöglichen, hebt der Senat die der Einziehungsentscheidung zugehörigen Feststellungen insgesamt auf. 10