

HRRS-Nummer: HRRS 2017 Nr. 29

Bearbeiter: Christian Becker

Zitiervorschlag: HRRS 2017 Nr. 29, Rn. X

**BGH 3 StR 385/16 - Beschluss vom 15. November 2016 (KG Berlin)**

**Rechtsfehlerhafte Anwendung der Härtevorschrift bei der Verfallsanordnung (Verhältnis von zwingendem Verfallsausschluss und Ermessensentscheidung; unbillige Härte; Bruttoprinzip; Aufwendungen für die Tat; Erforderlichkeit hinreichender Feststellungen zum Vermögen).**

§ 73 StGB; § 73c StGB

Leitsätze des Bearbeiters

1. Eine unbillige Härte i.S.d. § 73c StGB ist erst dann gegeben, wenn die Anordnung des Verfalls das Übermaßverbot verletzen würde, also schlechthin „ungerecht“ wäre. Die Auswirkungen des Verfalls müssen mithin im konkreten Einzelfall außer Verhältnis zu dem vom Gesetzgeber mit der Maßnahme angestrebten Zweck stehen. Das Nichtvorhandensein des Erlangten bzw. eines Gegenwerts im Vermögen des von der Verfallsanordnung Betroffenen kann indes nach der inneren Systematik des § 73c Abs. 1 StGB für sich genommen regelmäßig keine unbillige Härte begründen.

2. Die unbillige Härte kann zudem nicht ohne Weiteres auf die vom Gesetzgeber mit der Einführung des Bruttoprinzips beabsichtigte Konsequenz gestützt werden, dass Aufwendungen für die rechtswidrige Tat nicht den Verfallsbetrag schmälern, obwohl sie den Gewinn mindern.

Entscheidungstenor

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Kammergerichts vom 19. Juli 2016 im Ausspruch über den Wertersatzverfall mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an einen anderen Strafsenat des Kammergerichts zurückverwiesen.

Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe

Das Kammergericht hat den Angeklagten wegen geheimdienstlicher Agententätigkeit zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und vier Monaten verurteilt, einen Geldbetrag von 18.500 € als Wertersatz für verfallen erklärt sowie die Einziehung von vier Mobiltelefonen und einem Notebook angeordnet. Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit seiner auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützten Revision. 1

Das Rechtsmittel ist unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO, soweit es sich gegen den Schuld- und Strafausspruch sowie gegen die Anordnung der Einziehung richtet. Hinsichtlich des Ausspruchs über den Wertersatzverfall hat die Revision hingegen Erfolg. Diese Entscheidung begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken, weil das Kammergericht den Regelungsgehalt des § 73c StGB nicht hinreichend beachtet hat. 2

I. Das Kammergericht hat - soweit für den Ausspruch über den Wertersatzverfall von Bedeutung - im Wesentlichen folgende Feststellungen und Wertungen getroffen: 3

1. Jedenfalls von Anfang März 2015 bis zum 27. Oktober 2015 versorgte der Angeklagte den iranischen Nachrichtendienst „MOIS“ gezielt und regelmäßig über Kommunikationsdienste im Internet mit Informationen über die beiden iranischen Oppositionsgruppen „MEK“ und „NWRI“ sowie deren Mitglieder in Deutschland, Frankreich, den Niederlanden, Großbritannien und den USA. Hierfür erhielt er im Tatzeitraum vom iranischen Geheimdienst 21.962,93 €; dieser hatte ihm bereits zuvor vom 8. Dezember 2013 an 6.653,31 € zum Zweck des „Anfütterns“ gezahlt. Von den insgesamt 28.616,24 € gab der Angeklagte 10.000 € an eine seiner beiden Informationsquellen weiter. Bei seiner Festnahme am 28. Oktober 2015 verfügte er über mindestens 3.200 € Bargeld. Im Tatzeitraum bezog er zu Unrecht Sozialleistungen von insgesamt 6.720 €. 4

2. Das Kammergericht hat den vom Angeklagten erhaltenen „Agentenlohn“ in Höhe von 21.962,93 € als Verfallsobjekt 5

im Sinne von § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB angesehen; der entsprechende Geldbetrag unterliege gemäß § 73a Satz 1 StGB dem Wertersatzverfall. Soweit allerdings der Angeklagte insgesamt 10.000 € weitergab, hat das Kammergericht eine unbillige Härte im Sinne von § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB im Fall ungeschmälerter Wertersatzverfalls angenommen, wobei es wiederum die zu Unrecht erhaltenen Sozialleistungen von insgesamt 6.720 € gegengerechnet hat. Hiernach hat es einen Verfallsbetrag von 18.682,93 €, abgerundet 18.500 €, ermittelt.

II. Das Kammergericht ist zwar zutreffend davon ausgegangen, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen der § 73 Abs. 1 Satz 1, § 73a Satz 1 StGB für die Anordnung des Wertersatzverfalls über einen Geldbetrag von 21.962,93 € erfüllt sind. Der Angeklagte erlangte - als Tatentgelt - Zahlungen in dieser Höhe für die Tat im Sinne von § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB, auch wenn er später insgesamt 10.000 € weitergab. Das gilt nach dem Bruttoprinzip (vgl. S/S/Eser, StGB, 29. Aufl., § 73 Rn. 17; Fischer, StGB, 63. Aufl., § 73 Rn. 8 f.) unabhängig davon, ob es sich bei den weitergegebenen Beträgen um vom Angeklagten getätigte Aufwendungen für die Informationsbeschaffung handelte.

Doch erweist sich die Anwendung der Härtevorschrift des § 73c StGB in mehrfacher Hinsicht als zum Nachteil des Angeklagten rechtsfehlerhaft.

1. Das Kammergericht hat die gebotene - zumal vorrangige - Prüfung des § 73 Abs. 1 Satz 2 Alternative 1 StGB unterlassen und dementsprechend die hierfür notwendigen Feststellungen nicht getroffen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ergibt sich aus dem systematischen Verhältnis zwischen der bei „unbilliger Härte“ zwingend zum Ausschluss der Verfallserklärung 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, Urteil vom 26. März 2015 - 4 StR 463/14, NStZ-RR 2015, 176, 177; Beschlüsse vom 21. März 2013 - 3 StR 52/13, juris Rn. 2; vom 13. Februar 2014 - 1 StR 336/13, BGHR StGB § 73c Härte 16). Eine Ermessensentscheidung nach § 73c Abs. 1 Satz 2 Alternative 1 StGB scheidet nur aus, soweit der Angeklagte über Vermögen verfügt, das wertmäßig nicht hinter dem anzuordnenden Verfallsbetrag zurückbleibt (vgl. BGH, Urteile vom 10. Oktober 2002 - 4 StR 233/02, BGHR StGB § 73c Wert 3; vom 2. Dezember 2004 - 3 StR 246/04, NStZ-RR 2005, 104, 105; vom 27. Oktober 2011 - 5 StR 14/11, NStZ 2012, 267; Beschluss vom 16. Juli 2015 - 4 StR 265/15, NStZ-RR 2015, 307).

Zum Vermögen des Angeklagten hat das Kammergericht keine genügenden Feststellungen getroffen. Den Urteilsgründen lässt sich lediglich entnehmen, dass beim Angeklagten anlässlich seiner Festnahme Bargeld in Höhe von 3.200 € sichergestellt wurde, über das er „mindestens“ verfügte. Weil somit nicht nachvollzogen werden kann, in welchem Umfang für die Tat Erlangtes im Vermögen des Angeklagten noch vorhanden war, kann nicht entschieden werden, ob überhaupt die Ausübung tatrichterlichen Ermessens eröffnet war.

Eine Ermessensausübung anhand der bei der Anwendung des § 73c Abs. 1 Satz 2 Alternative 1 StGB anzulegenden Maßstäbe (hierzu BGH, Urteil vom 26. März 2015 - 4 StR 463/14, aaO, S. 177 f. mwN) ist zwangsläufig unterblieben.

2. Die Ausführungen im Urteil zur Regelung des § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB ermöglichen nicht die revisionsgerichtliche Überprüfung, ob der unbestimmte Rechtsbegriff der unbilligen Härte richtig angewandt wurde.

Eine unbillige Härte ist erst dann gegeben, wenn die Anordnung des Verfalls das Übermaßverbot verletzen würde, also schlechthin „ungerecht“ wäre. Die Auswirkungen des Verfalls müssen mithin im konkreten Einzelfall außer Verhältnis zu dem vom Gesetzgeber mit der Maßnahme angestrebten Zweck stehen. Das Nichtvorhandensein des Erlangten bzw. eines Gegenwerts im Vermögen des von der Verfallsanordnung Betroffenen kann indes nach der inneren Systematik des § 73c Abs. 1 StGB für sich genommen regelmäßig keine unbillige Härte begründen (BGH, Urteil vom 26. März 2015 - 4 StR 463/14, aaO, S. 178). Maßgeblich für deren Vorliegen ist, wie sich die Verfallsanordnung konkret auf das betroffene Vermögen auswirken würde (vgl. BGH, Urteil vom 23. Februar 2000 - 3 StR 583/99, NStZ-RR 2000, 365; Beschluss vom 13. Februar 2014 - 1 StR 336/13, juris Rn. 20 [in BGHR StGB § 73c Härte 16 nicht abgedruckt]; MüKoStGB/Joecks, 3. Aufl., § 73c Rn. 11).

Hiernach kann auch das Vorliegen einer unbilligen Härte regelmäßig nicht beurteilt werden, ohne dass Feststellungen zum Vermögen des von der Verfallsanordnung Betroffenen getroffen werden, weil sich anderenfalls kaum je beurteilen lassen wird, inwieweit er übermäßig belastet würde. Die Feststellungen im angefochtenen Urteil genügen auch insoweit nicht.

3. Der Ausspruch über den Wertersatzverfall kann nach alledem keinen Bestand haben; es kann nicht ausgeschlossen werden, dass aufgrund zureichender Beurteilungsgrundlage auf einen geringeren Verfallsbetrag erkannt worden wäre.

16  
III. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat darauf hin, dass eine unbillige Härte nicht ohne weiteres auf die vom Gesetzgeber mit der Einführung des Bruttoprinzips beabsichtigte Konsequenz gestützt werden kann, dass Aufwendungen für die rechtswidrige Tat nicht den Verfallsbetrag schmälern, obwohl sie den Gewinn mindern (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juli 2003 - 1 StR 453/02, JR 2004, 245, 247; LK/Schmidt, StGB, 12. Aufl., § 73c Rn. 7). Gleiches gilt nach dem unter II. 2. Ausgeführten für den schlichten nachträglichen (Teil-)Abfluss von Tatfrüchten. Dass der Angeklagte von dem erhaltenen Agentenlohn 10.000 € weitergab, führt daher - entgegen der den Angeklagten insoweit begünstigenden Auffassung des Kammergerichts - nicht per se zu einer unbilligen Härte im Sinne von § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB. Freilich ist der Verfallsbetrag nunmehr der Höhe nach durch den Ausspruch über den Wertersatzverfall im diesbezüglich aufgehobenen Urteil begrenzt (s. § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO).