

**HRRS-Nummer:** HRRS 2016 Nr. 1002

**Bearbeiter:** Christian Becker

**Zitiervorschlag:** HRRS 2016 Nr. 1002, Rn. X

### **BGH 5 StR 125/16 - Urteil vom 14. September 2016 (LG Berlin)**

**Grenzen der revisionsgerichtlichen Überprüfung der Strafzumessungsentscheidung; rechtsfehlerhafte Berechnung des Wertersatzverfalls (unbegründeter „Sicherheitsabschlag“); Besetzungsrüge (Fortbildungsveranstaltung als Verhinderungsgrund); unzulässig erhobene Verfahrrensrüge.**

**§ 337 Abs. 1 StPO; § 73 StGB; § 73a StGB; § 73d StGB; § 338 Nr. 1 StPO; § 21e Abs. 3 GVG; § 344 Abs. 2 StPO**

#### Entscheidungstenor

Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Berlin vom 9. Dezember 2015 im Ausspruch über den erweiterten Verfall des Wertersatzes aufgehoben, soweit das Landgericht von einer den Betrag von 415.800 Euro übersteigenden Verfallsanordnung abgesehen hat. Die weitergehenden Revisionen der Staatsanwaltschaft werden verworfen.

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

Die Revisionen der Angeklagten gegen das vorgenannte Urteil werden verworfen. Die Angeklagten haben jeweils die Kosten ihres Rechtsmittels zu tragen.

#### Gründe

Das Landgericht hat die Angeklagten wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge jeweils zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren und drei Monaten verurteilt. Zudem hat es gegen die Angeklagten als Gesamtschuldner in Höhe von 14.000 Euro den Verfall des Wertersatzes und in Höhe von 415.800 Euro den erweiterten Verfall des Wertersatzes angeordnet, wobei es einzelne näher bezeichnete Ansprüche des Angeklagten K. B. sowie die gemeinsame Eigentumswohnung der Angeklagten von diesen Anordnungen ausgenommen hat. Gegen das Urteil wenden sich sowohl die Staatsanwaltschaft mit ihren auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkten und mit der Sachrüge begründeten Revisionen als auch die Angeklagten mit ihren jeweils auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützten Revisionen. Während die Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft, die vom Generalbundesanwalt vertreten werden, im Hinblick auf die Anordnung des erweiterten Verfalls des Wertersatzes einen Teilerfolg erzielen, bleiben die Revisionen der Angeklagten erfolglos.

I.

Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

Die Angeklagten betrieben seit dem Jahr 2012 in Berlin-Schöneberg eine überwiegend von homosexuellen männlichen Paaren besuchte Pension. Aufgrund von Anfragen ihrer Gäste nach Potenz- und Aufputzmitteln sowie Crystal Meth und Ecstasy entschlossen sich die Angeklagten, sich entsprechende Mittel zu verschaffen und an ihre Gäste zu veräußern. Nach Schließung der Pension im Oktober 2014 verkauften sie Crystal Meth und Ecstasy aus ihrer gemeinsamen Wohnung heraus.

Im Zeitraum September 2014 bis Juli 2015 veräußerten die Angeklagten rund 99,5 g Crystal Meth und 216 Ecstasytabletten. Zudem bewahrten sie in ihrer eigenen sowie einer weiteren Wohnung einen Vorrat zum Verkauf bestimmter Betäubungsmittel auf. Dieser umfasste zum Zeitpunkt ihrer Festnahme im Juli 2015 rund 4.530 g Crystal Meth, die der Angeklagte J. B. im Juni 2015 in der Tschechischen Republik für einen Kaufpreis von 200.000 Euro von einem Händler vietnamesischer Herkunft erworben hatte, sowie 314 Ecstasytabletten.

Das Landgericht hat festgestellt, dass die Angeklagten aus dem Handel mit Crystal Meth, Ecstasy, Arzneimitteln und „sonstigen Hilfsmitteln“ insgesamt Einnahmen in Höhe von rund 680.000 Euro erzielten, von denen 70 Prozent (476.000 Euro) auf den Handel mit Crystal Meth und Ecstasy und die restlichen 30 Prozent auf den Verkauf anderer Substanzen wie „Poppers, GBL und SKAT“ entfielen (UA S. 28).

Von dem so ermittelten Verkaufserlös für Crystal Meth und Ecstasy in Höhe von 476.000 Euro hat die Strafkammer zunächst einen Betrag von 14.000 Euro wegen des in dieser Höhe angeordneten Verfalls des Wertersatzes sowie einen weiteren Betrag von 35.000 Euro aufgrund des Verzichts der Angeklagten auf bereits gepfändete Gegenstände und Bankguthaben abgezogen. Darüber hinaus hat sie „zum Ausgleich etwaiger Berechnungsungenauigkeiten“ einen Sicherheitsabschlag von zwei Prozent (8.540 Euro) vorgenommen und so einen dem erweiterten Verfall des Wertersatzes unterliegenden Betrag von 418.640 Euro errechnet (UA S. 32). Schließlich hat sie „aus Gründen des Vertrauensschutzes“ die Anordnung über den erweiterten Verfall des Wertersatzes auf den von ihr „im Rahmen eines Hinweises in Aussicht gestellten Betrag von 415.800 Euro beschränkt“ (UA S. 33). 6

## II.

Revisionen der Staatsanwaltschaft: 7

1. Soweit sich die Staatsanwaltschaft gegen die Strafzumessung des Landgerichts wendet und insbesondere die gegen die Angeklagten verhängten Freiheitsstrafen als zu niedrig beanstandet, bleiben ihre Rechtsmittel erfolglos. 8

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 entund 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. Nur in diesem Rahmen kann eine Verletzung des Gesetzes im Sinne des § 337 Abs. 1 StPO vorliegen. Dagegen ist eine ins Einzelne gehende Richtigkeitskontrolle ausgeschlossen (st. Rspr.; BGH, Urteile vom 17. September 1980 - 2 StR 355/80, BGHSt 29, 319, und vom 29. Juni 2005 - 1 StR 149/05, NSTZ 2006, 568; Beschluss vom 10. April 1987 - GSSt 1/86, BGHSt 34, 345, 349). 9

Einen Rechtsfehler in diesem Sinne zeigen die Revisionen der Staatsanwaltschaft nicht auf. Die Strafzumessungserwägungen sind entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin weder lückenhaft noch widersprüchlich. Das Landgericht hat vielmehr alle für die Strafzumessung wesentlichen Gesichtspunkte bedacht und in seine Abwägung eingestellt. Insbesondere hat es ersichtlich nicht verkannt, dass es sich bei der von den Angeklagten in ihren Wohnungen zum Verkauf vorgehaltenen Menge von etwa 4,5 kg Crystal Meth mit einem Wirkstoffgehalt von etwa 3,454 kg Methamphetamin-Base um eine außerordentlich große Menge dieses Rauschgifts handelte; die Strafkammer hat insoweit ausdrücklich zu Ungunsten der Angeklagten berücksichtigt, dass das von den Angeklagten vorgehaltene Crystal Meth den Grenzwert zur nicht geringen Menge „um ein hohes Vielfaches“ überstieg und es sich bei Methamphetamin um ein gefährliches Betäubungsmittel mit hohem Suchtpotential handelt (UA S. 31). 10

Der Senat vermag sich auch nicht der Auffassung der Beschwerdeführerin anzuschließen, dass die gegen die Angeklagten verhängten Freiheitsstrafen von jeweils fünf Jahren und drei Monaten unvertretbar niedrig seien und sich von ihrer Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein, nach unten lösten. Dem stehen bereits - trotz der außerordentlich großen Menge des in Rede stehenden Rauschgifts - erhebliche zugunsten der Angeklagten sprechende Strafzumessungsgesichtspunkte entgegen. Dies sind namentlich die umfassenden Geständnisse der Angeklagten, die noch über den konkreten Tatvorwurf hinaus Angaben zu ihrem Handel mit Arzneimitteln und Betäubungsmitteln sowie zu ihren hierdurch erzielten Einnahmen gemacht haben, der Umstand, dass die bislang unbestraften Angeklagten aufgrund ihrer gesundheitlichen Beeinträchtigungen durch HIV-Infektionen besonders haftempfindlich sind, und die Sicherstellung eines wesentlichen Teils der Betäubungsmittel (UA S. 30 f.). 11

2. Die Revisionen der Staatsanwaltschaft haben hingegen Erfolg, soweit sie beanstandet, das Landgericht hätte den erweiterten Verfall des Wertersatzes (§ 73d StGB) nicht lediglich in Höhe von 415.800 Euro anordnen dürfen. 12

a) Keinen Rechtsfehler lässt das Urteil zunächst insoweit erkennen, als die Strafkammer in Übereinstimmung mit den Einlassungen der Angeklagten davon ausgegangen ist, dass sie aus dem Handel mit Crystal Meth, Ecstasy, Arzneimitteln und sonstigen Hilfsmitteln insgesamt Einnahmen in Höhe von (abgerundet) 680.000 Euro erzielt haben und hiervon 70 Prozent auf den Handel mit Crystal Meth und Ecstasy und 30 Prozent auf den Verkauf von Arzneimitteln und sonstigen Hilfsmitteln entfielen (UA S. 14, 20). Auch soweit das Landgericht bei der Berechnung des dem erweiterten Verfall des Wertersatzes unterliegenden Betrages Abzüge von 14.000 Euro wegen des in dieser Höhe angeordneten Verfalls des Wertersatzes und weiterer 35.000 Euro für den Verzicht der Angeklagten auf bereits gepfändete Gegenstände und Bankguthaben vorgenommen hat (UA S. 32), begegnet dies keinen Bedenken. 13

b) Zu Recht beanstandet die Beschwerdeführerin jedoch, dass das Landgericht bei der Ermittlung des dem erweiterten Verfall des Wertersatzes unterliegenden Geldbetrages einen weiteren erheblichen Teil der von den Angeklagten erzielten Gesamteinnahmen von 680.000 Euro unberücksichtigt gelassen hat. 14

aa) Dies gilt zunächst für den auf den Verkauf von Arznei- und sonstigen Hilfsmitteln entfallenden Anteil von 30 Prozent der Gesamteinnahmen. Das Landgericht hat rechtsfehlerhaft von einer Prüfung abgesehen, inwieweit auch im Hinblick auf diesen Teil der Einnahmen die Voraussetzungen für die Anordnung des erweiterten Verfalls des Wertersatzes gemäß § 73d Abs. 2, § 73a StGB vorliegen. 15

Im Urteil ist festgestellt, dass die Angeklagten ihre über den Erlös aus dem Handel mit Crystal Meth und Ecstasy hinausgehenden Einnahmen durch den Verkauf von Potenz- und Aufputzmitteln - darunter Substanzen wie Poppers, GBL und SKAT (UA S. 5, 13, 28) - und damit jedenfalls in weitgehendem Umfang aus strafbarem gewerbsmäßigen Handel mit Arzneimitteln erzielt haben. Soweit es sich hierbei um nicht angeklagte und auch nicht hinreichend konkretisierbare Straftaten nach dem Arzneimittelgesetz (u.a. nach § 95 Abs. 1 Nr. 2a AMG aF) handelt, unterliegen die von den Angeklagten erzielten Einnahmen dem erweiterten Verfall des Wertersatzes gemäß § 98a AMG i.V.m. § 73d Abs. 2, § 73a StGB. 16

Sofern die Angeklagten auch mit gefälschten Arzneimitteln gehandelt haben sollten, kann allerdings - worauf der Generalbundesanwalt in seiner Zuschrift zutreffend hinweist - die auch auf den erweiterten Verfall nach § 73d StGB anwendbare Vorschrift des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB der Verfallsanordnung entgegenstehen (vgl. Raum in Kügel/Müller/Hofmann, Arzneimittelgesetz, 2. Aufl., § 98a Rn. 5); dies wird das neue Tatgericht zu beachten haben. 17

bb) Darüber hinaus beanstandet die Beschwerdeführerin ebenfalls zu Recht, dass die Strafkammer bei der Berechnung des dem erweiterten Verfall des Wertersatzes unterliegenden Betrages einen „Sicherheitsabschlag“ in Höhe von zwei Prozent und „aus Gründen des Vertrauensschutzes“ einen weiteren Abzug von 2.660 Euro vorgenommen hat (UA S. 32 f.). 18

Aus dem angefochtenen Urteil ergibt sich nicht, warum sich die Strafkammer veranlasst sah, einen (nochmaligen) „Sicherheitsabschlag“ vorzunehmen, nachdem bereits bei der Ermittlung der Gesamteinnahmen von 680.000 Euro Abrundungen nach unten erfolgt waren (UA S. 20, 23). Auch eine sachliche Rechtfertigung für die von der Kammer aus „Vertrauensschutzgründen“ vorgenommene Begrenzung des dem erweiterten Verfall des Wertersatzes unterliegenden Betrages auf 415.800 Euro lässt sich dem Urteil nicht entnehmen; der im Urteil erwähnte Hinweis der Kammer in der Hauptverhandlung, dass dieser Betrag „in Aussicht gestellt“ sei (UA S. 33), vermag eine Beschränkung des Verfallsbetrages wegen des - ungeachtet des § 73c StGB - zwingenden Charakters des erweiterten Verfalls gemäß § 73d Abs. 1 Satz 1 StGB („ordnet ... an“) nicht zu rechtfertigen. 19

### III.

Revisionen der Angeklagten: 20

1. Die Verfahrensrügen der Angeklagten haben keinen Erfolg. 21

a) Die Verfahrensbeanstandung, mit der die Beschwerdeführer gemäß § 338 Nr. 1 StPO i.V.m. § 21e Abs. 3 GVG eine nicht vorschriftsmäßige Besetzung des erkennenden Gerichts geltend machen, weil mangels Überlastung die Ableitung des Verfahrens von der zunächst zuständig gewesenen 4. Großen Strafkammer auf die erkennende Hilfsstrafkammer 4a unzulässig gewesen sei, ist unbegründet. Denn schon aus der Überlastungsanzeige des Vorsitzenden Richters der 4. Großen Strafkammer vom 11. September 2015 ergibt sich, dass die Strafkammer zumindest bis einschließlich Februar 2016 derart mit Hauptverhandlungsterminen ausgelastet war, dass das neu eingegangene Verfahren nicht vor Anfang März 2016 hätte verhandelt werden können. Die beanstandete Entlastungsmaßnahme durch das Präsidium des Landgerichts erwies sich auch als wirksam, denn mit der Hauptverhandlung konnte bereits am 16. November 2015 - nur etwa zwei Monate nach Anklageerhebung - begonnen werden, mithin mehr als drei Monate vor dem frühestmöglichen Hauptverhandlungsbeginn vor der 4. Großen Strafkammer. 22

b) Die auf eine Verletzung des § 338 Nr. 1 StPO i.V.m. § 21f Abs. 2 GVG gestützte Verfahrensrüge, mit der die Beschwerdeführer geltend machen, die erkennende Hilfsstrafkammer habe in vorschriftswidriger Besetzung verhandelt - nämlich nicht unter dem Vorsitz der Vorsitzenden Richterin am Landgericht R. und mit den Richtern am Landgericht F. und L. als beisitzenden Richtern, sondern mit Richter am Landgericht F. als Vorsitzendem sowie Richter am Landgericht L. und Richterin am Landgericht K. als Beisitzern - ist in zulässiger Weise erhoben, jedoch unbegründet. 23

Die Vorsitzende Richterin am Landgericht R. war gemäß § 21f Abs. 2 Satz 1 GVG an einer Teilnahme an der Hauptverhandlung verhindert, da sie während des hierfür vorgesehenen Zeitraums an einer ihr bewilligten einwöchigen dienstlichen Fortbildungsveranstaltung teilnahm. Dies stellt einen Verhinderungsgrund im Sinne des § 21f Abs. 2 Satz 1 GVG dar (vgl. Kissel/Mayer, GVG, 8. Aufl., § 21e Rn. 144 zur Dienstreise). 24

Die Strafkammervorsitzende war bei der Terminierung der Hauptverhandlung auch nicht gehalten, diese erst in die Zeit nach Ende ihrer Fortbildungsveranstaltung zu legen oder ausschließlich Hauptverhandlungstage außerhalb der Fortbildungswoche zu bestimmen. Dem steht bereits der Umstand entgegen, dass sich beide Angeklagte während der Dauer der Hauptverhandlung in Untersuchungshaft befanden und daher das Beschleunigungsgebot in Haftsachen eine besonders zügige Terminierung verlangte. Im Übrigen sind die Möglichkeiten eines Vorsitzenden zur Terminierung einer Hauptverhandlungssache schon faktisch durch die weiteren bei dem jeweiligen Spruchkörper anhängigen Verfahren und durch die nicht uneingeschränkte terminliche Verfügbarkeit der weiteren Verfahrensbeteiligten begrenzt. 25

Da der Verhinderungsgrund offensichtlich und unzweifelhaft war, bedurfte er auch keiner besonderen Feststellung (vgl. BGH, Beschluss vom 5. April 1989 - 2 StR 39/89, BGHR StPO § 338 Nr. 1 Vertreter 2; Breidling in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 21f GVG Rn. 20). Infolge der Verhinderung der Vorsitzenden Richterin oblag es nach dem Geschäftsverteilungsplan des Landgerichts Berlin ihrem Vertreter Richter am Landgericht F., in der Hauptverhandlung den Vorsitz zu führen, und Richterin am Landgericht K., als weitere Beisitzerin neben Richter am Landgericht L. an dem Verfahren mitzuwirken. 26

c) Ohne Erfolg bleibt schließlich die Verfahrensbeanstandung, mit der die Beschwerdeführer eine „Verletzung des § 31 BtMG i.V.m. §§ 261, 267 StPO und § 244 Abs. 2 StPO“ rügen. Die Beschwerdeführer machen insoweit geltend, das Landgericht habe den Inhalt von Schreiben ihrer Verteidiger vom 11. August 2015 und vom 16. September 2015 nicht im Wege der Verlesung zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht. Bei Berücksichtigung insbesondere des Schreibens vom 16. September 2015 wäre die Kammer zu dem Ergebnis gelangt, dass zeitlich noch vor dem Eröffnungsbeschluss vom 26. Oktober 2015 durch beide Angeklagte Aufklärungshilfe im Sinne des § 31 BtMG geleistet worden sei, was zur Folge gehabt hätte, dass die verhängten Strafen gemäß § 49 Abs. 1 StGB zu mildern gewesen wären. 27

Die Rüge ist bereits unzulässig. Dabei kann dahinstehen, ob das Vorbringen der Beschwerdeführer sich nicht schon in der Behauptung eines Widerspruchs zwischen dem Inhalt der Akten und dem Urteil und damit einer Rüge der Aktenwidrigkeit der Urteilsgründe erschöpft, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich nicht mit einer Verfahrensbeschwerde beanstandet werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 13. September 2006 - 2 StR 268/06, NStZ 2007, 115; Beschluss vom 7. August 2007 - 4 StR 142/07, Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl., § 337 Rn. 15a). Denn die Verfahrensbeanstandung ist auch bei getrennter Betrachtung eines etwaigen Verstoßes gegen § 261 StPO und einer möglichen Verletzung der richterlichen Aufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 StPO jeweils unzulässig. 28

Einen Verstoß gegen § 261 StPO können die Beschwerdeführer schon deshalb nicht geltend machen, weil der Senat die behauptete Unrichtigkeit der Urteilsgründe im Hinblick auf die Frage, ob die Angeklagten Aufklärungshilfe im Sinne des § 31 BtMG geleistet haben, ohne eine Rekonstruktion der Hauptverhandlung nicht überprüfen kann; eine solche Rekonstruktion widerspräche jedoch nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Ordnung des Revisionsverfahrens (BGH, Urteil vom 2. November 1982 - 5 StR 622/82, BGHSt 31, 139, 140; Beschlüsse vom 7. Juni 1979 - 4 StR 441/78, BGHSt 29, 18, 20, und vom 7. August 2007 - 4 StR 142/07). 29

Als Aufklärungsrüge nach § 244 Abs. 2 StPO ist die Verfahrensbeanstandung ebenfalls unzulässig. Sie genügt nicht den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO, weil die Beschwerdeführer jedenfalls nicht den Vermerk des Polizeibeamten KOK St. vom 2. November 2015 vorgetragen haben, in welchem der Beamte die Plausibilität der Angaben des Angeklagten J. B. zu seinem Erwerb von 4,5 kg Crystal Meth von der durch ihn benannten Person „Ki.“ bewertet. 30

2. Die sachlichrechtliche Nachprüfung des Urteils hat ebenfalls keinen Rechtsfehler zum Nachteil eines der Angeklagten ergeben. 31

Insbesondere ist gegen die Verneinung einer Strafmilderung bei den Angeklagten gemäß § 31 BtMG i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB von Rechts wegen nichts zu erinnern. Denn nach der insoweit maßgeblichen und unter Berücksichtigung des Zusammenhangs der Urteilsgründe hinreichend begründeten Überzeugung des Tatgerichts haben die Angaben der Angeklagten - unabhängig von der Frage, ob die Angaben vor oder nach dem Zeitpunkt des Eröffnungsbeschlusses erfolgt sind - insgesamt zu keinen nennenswerten oder gar wesentlichen Ermittlungsergebnissen geführt (UA S. 11 f., 18, 30). 32

#### IV.

Mit Blick auf die neue Verhandlung und Entscheidung über die Anordnung des erweiterten Verfalls des Wertersatzes über einen Betrag von 415.800 Euro hinaus bedarf es nicht der Aufhebung der zugehörigen Feststellungen. Das neu zur Entscheidung berufene Tatgericht darf ergänzende Feststellungen treffen, soweit sie den bisher getroffenen nicht widersprechen. Der Senat weist auf die Möglichkeit einer Schätzung gemäß § 73d Abs. 2 i.V.m. § 73b StGB hin. 33

