

HRRS-Nummer: HRRS 2022 Nr. 584

Bearbeiter: Sina Aaron Moslehi/Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2022 Nr. 584, Rn. X

### BGH 6 StR 61/22 - Beschluss vom 23. März 2022 (LG Halle)

**Grundsätze der Strafzumessung (bestimmender Strafzumessungsgesichtspunkt: straffreies Vorleben des Angeklagten); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang: physische Abhängigkeit nicht erforderlich); Erweiterte Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (Subsidiarität).**

§ 46 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 64 StGB; § 73a Abs. 1 StGB

#### Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten F. wird das Urteil des Landgerichts Halle vom 7. Oktober 2021 - soweit es ihn betrifft - aufgehoben
  - a) im Strafausspruch, wobei die zugrundeliegenden Feststellungen Bestand haben,
  - b) soweit von der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt abgesehen worden ist,
  - c) im Ausspruch über die erweiterte Einziehung von Taterträgen, insoweit auch hinsichtlich des Mitangeklagten A., zu b) und c) jeweils mit den Feststellungen.
2. Die weitergehende Revision wird verworfen.
3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

#### Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln sowie mit Handeltreiben mit verschreibungspflichtigen Medikamenten zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten verurteilt. Es hat ferner - auch bezüglich des nicht revidierenden Angeklagten A. - die erweiterte Einziehung von Taterträgen in Höhe von 25.235 Euro angeordnet. Die auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützte Revision hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen Erfolg (§ 349 Abs. 4 StPO); im Übrigen ist sie aus den Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. 1

1. Das Landgericht hat das straffreie Vorleben des Angeklagten (§ 46 Abs. 2 StGB) weder bei der Strafrahmenwahl noch bei der Strafzumessung im engeren Sinne erkennbar berücksichtigt. Insoweit handelt es sich jedoch um einen bestimmenden Strafzumessungsgesichtspunkt im Sinne von § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO (vgl. BGH, Beschlüsse vom 27. Oktober 2020 - 1 StR 148/20 und vom 29. September 2016 - 2 StR 63/16). Der Rechtsfehler führt zur Aufhebung des Strafausspruchs. Die zugrundeliegenden Feststellungen können bestehen bleiben, weil es sich lediglich um einen Wertungsfehler handelt. 2

2. Die Entscheidung, von der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) abzusehen, hält revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand. 3

Die sachverständig beratene Strafkammer hat die Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt abgelehnt, weil sich aus den Angaben des Angeklagten keine „Bindung“ an eine oder mehrere Substanzen im Sinne einer Abhängigkeitserkrankung ableiten lasse. Dies lässt besorgen, dass sie von einem zu engen Verständnis eines Hangs im Sinne von § 64 Satz 1 StGB ausgeht. Denn eine physische Abhängigkeit ist hierfür nicht erforderlich (vgl. BGH, Urteil vom 26. Mai 2021 - 5 StR 364/20; Beschluss vom 24. Februar 2021 - 6 StR 18/21). Die Urteilsgründe verhalten sich nicht dazu, ob der Angeklagte einen Hang im Sinne einer eingewurzelten, auf psychische Disposition zurückgehende oder durch Übung erworbene Neigung, immer wieder berauschende Mittel zu sich zu nehmen, aufweist. Aufgrund des festgestellten Cannabis- und Alkoholmissbrauchs sowie des hinzukommenden gelegentlichen Konsums von Kokain liegt dies aber nicht fern. 4

Die Frage der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt bedarf deshalb - wiederum unter Hinzuziehung eines Sachverständigen (§ 246a Abs. 1 StPO) - neuer Verhandlung und Entscheidung. Dem steht nicht entgegen, dass nur der Angeklagte Revision eingelegt hat (§ 358 Abs. 2 Satz 3 StPO). Der Beschwerdeführer hat die Nichtanwendung 5

des § 64 StGB durch das Tatgericht nicht vom Rechtsmittelangriff ausgenommen.

3. Die Einziehungsentscheidung hat ebenfalls keinen Bestand. 6

Das Landgericht hat die Einziehung des sichergestellten Bargelds in Höhe von insgesamt 25.235 Euro als „aus den vorangegangenen Betäubungsmittelgeschäften stammend“ hinsichtlich beider Angeklagten auf „§§ 73 Abs. 1, 73a Abs. 1 StGB“ gestützt. 7

a) Es hat nicht erkennbar bedacht, dass die erweiterte Einziehung von Taterträgen (§ 73a Abs. 1 StGB) gegenüber der Einziehung von Taterträgen gemäß § 73 Abs. 1 StGB dergestalt subsidiär ist, dass sie nur in Betracht kommt, wenn nach Ausschöpfung aller zulässigen Beweismittel nicht geklärt werden kann, ob die Erlöse aus der ausgeteilten oder einer anderen rechtswidrigen Tat stammen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 21. September 2021 - 3 StR 158/21 und vom 8. November 2018 - 4 StR 297/18). Den äußerst knappen Ausführungen des Landgerichts kann nicht entnommen werden, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang das sichergestellte Bargeld aus Verkäufen von Teilen der der Verurteilung zugrundeliegenden Handelsmenge stammt. Der Senat kann nicht ausschließen, dass konkrete Feststellungen zur Herkunft des sichergestellten Bargelds noch getroffen werden können. 8

b) Die Aufhebung ist gemäß § 357 Satz 1 StPO auf den nichtrevidierenden Mitangeklagten zu erstrecken, gegen den die Strafkammer die Einziehung des sichergestellten Gesamtbetrags ebenfalls angeordnet hat. Denn das einen sachlich-rechtlichen Mangel begründende Fehlen von Feststellungen zu den Anordnungsvoraussetzungen betrifft auch ihn (vgl. BGH, Beschluss vom 8. September 2020 - 6 StR 222/20). 9

4. Für die neue Verhandlung weist der Senat auf Folgendes hin: 10

a) Tatbeteiligte, die an denselben Gegenständen (Mit-)Verfügungsgewalt erlangt haben, haften als Gesamtschuldner, was im Urteilstenor zum Ausdruck zu bringen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 26. Januar 2021 - 6 StR 446/20). Dass der nicht revidierende Mitangeklagte in irgendeiner Phase des Tatgeschehens über das bei dem Angeklagten in Höhe von 24.030 Euro sichergestellte Bargeld tatsächlich verfügen konnte, ist bislang allerdings nicht festgestellt (vgl. BGH, Beschluss vom 7. April 2021 - 6 StR 61/21). 11

b) Taugliche Zugriffsobjekte der erweiterten Einziehung gemäß § 73a Abs. 1, § 73c Abs. 1 StGB sind „Gegenstände“ nur dann, wenn sie oder ihr Surrogat bei Begehung der die erweiterte Einziehung eröffnenden Anknüpfungstat noch im Vermögen des Tatbeteiligten vorhanden waren (vgl. BGH, Beschlüsse vom 3. November 2020 - 6 StR 258/20, NStZ-RR 2021,105 und vom 21. September 2021 - 3 StR 158/21). Den Urteilsgründen lässt sich indessen nicht entnehmen, ob dies hinsichtlich der in der Wohnung des gesondert Verfolgten I. sichergestellten 1.205 Euro in Bezug auf den Angeklagten der Fall war. Abgesehen davon ist schon die tatsächliche Verfügungsgewalt beider Angeklagten nicht beweismäßig belegt. Hierzu hat das Landgericht lediglich darauf abgestellt, dass sich der Mitangeklagte im Zeitpunkt der Sicherstellung in der Wohnung des gesondert Verfolgten aufhielt und eingeräumt hat, monatlich 800 bis 1.200 Euro Nutzungsentgelt für die Bereitstellung seiner Wohnung als Drogendepot erhalten zu haben. Auf dieser Grundlage konnte das Landgericht das Bargeld den beiden Tatbeteiligten nicht zuordnen. 12

c) Die Einziehung des sichergestellten Bargelds richtet sich nur dann nach § 73 Abs. 1 StGB bzw. § 73a Abs. 1 StGB, wenn dieses noch gegenständlich als Asservat vorhanden ist. Sollten die Banknoten bei der Landesjustizkasse eingezahlt worden sein, käme die (erweiterte) Einziehung des Wertes von Taterträgen gemäß § 73c Satz 1 StGB in Betracht. 13