



EINBLICKE IN DIE JÜNGSTE RECHT- SPRECHUNG DES 3. STRAFSENATS DES BUNDESGERICHTSHOFS ZUM BETÄUBUNGSMITTEL- STRAFRECHT MIT EINEM BESONDEREN FOKUS AUF DAS EINZIEHUNGSRECHT

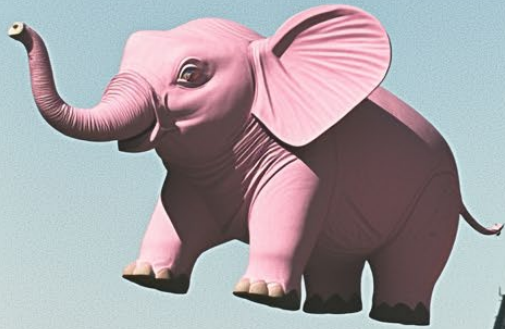
I. EINLEITUNG

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs, dem ich anhöre und zu dessen aktueller Rechtsprechung ich hier vortragen darf, tritt nach außen vor allem durch seine Entscheidungen zum Staatsschutzstrafrecht in Erscheinung. Diese Sonderzuständigkeit des Senats nimmt einen erheblichen Teil der Arbeitskraft der Richterinnen und Richter in Anspruch. Das gilt weniger für Revisionsentscheidungen als vielmehr für Haftfortdauerverfahren – sogenannte Sechs-Monats-Prüfungen – sowie Beschwerden gegen Entscheidungen der Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs und der erstinstanzlich

in Staatsschutzsachen tätigen Oberlandesgerichte. Im Jahr 2023 haben wir etwas mehr als 100 Haftfortdauerentscheidungen im besonderen Haftprüfungsverfahren nach den §§ 121 ff. StPO getroffen und über mehr als 80 Beschwerden befunden.

Gleichwohl: Die »allgemeine« Revisionsstätigkeit überwiegt. Der 3. Strafsenat ist für die Revisionen gegen Urteile der Landgerichte aus drei Oberlandesgerichtsbezirken zuständig: Oldenburg, Düsseldorf und Koblenz. In diesem Rahmen hat der Senat – wie alle anderen Strafsenate des BGH – auch über Revisionen gegen Verurteilungen wegen Betäubungs-

mitteldelikten zu entscheiden. Verfahren in Betäubungsmittelstrafsachen haben unter den »allgemeinen Revisionen« einen erheblichen Anteil: In den letzten drei Jahren hat ein Drittel der Revisionsverfahren, für die ich als Berichterstatter zuständig gewesen bin, Verurteilungen (vornehmlich) wegen BtM-Delikten zum Gegenstand gehabt. Festzuhalten ist aber auch, dass die meisten der BtM-Revisionen keine besondere Komplexität haben – weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht. Dies gilt auch deshalb, weil BtM-Verfahren für die Landgerichte zum täglichen Alltag gehören.



Gleichwohl gibt es auch in unserer Rechtsprechung der letzten Jahre, die ich in den Blick genommen habe, einige Entscheidungen, die unmittelbar das BtM-Strafrecht betreffen oder besondere Relevanz für BtM-Strafverfahren haben und die über den Einzelfall hinaus von Interesse sein dürften. Auf einiger dieser Judikate möchte ich aufmerksam machen. Dabei werde ich zunächst auf die Spezialmaterie des 3. Strafsenats zurückkommen – das Staatsschutzstrafrecht und damit das hierzu zählende »Vereinigungsstrafrecht« – Stichwort »BtM-Bande als kriminelle Vereinigung«.

II. RECHTSPRECHUNG ZUM MATERIELLEN BETÄUBUNGSMITTELSTRAFRECHT

1. BETÄUBUNGSMITTELHÄNDLERGRUPPE ALS KRIMINELLE VEREINIGUNG

Der Straftatbestand der Bildung krimineller Vereinigungen – § 129 StGB – hat derzeit gewisse Konjunktur, zumal er vor einigen Jahren neu gefasst wurde, und zwar mit dem Ziel, die bisherigen hohen Hürden für die Qualifizierung eines Personenzusammenschlusses als kriminelle Vereinigung abzusenken. Ich erwähne hier nur die Überlegungen mancher Staatsanwaltschaften, Aktivisten der Klimabewegung, die sich an Straßenblockaden beteiligten – Stichwort »Klimakleber« – wegen mitgliederschaftlicher Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung zur Verantwortung zu ziehen.

Wie ist es nun im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechts? Sind gut organisierte »Betäubungsmittelbanden« nunmehr kriminelle Vereinigungen im Sinne des § 129 Abs. 2 StGB? Das hätte übrigens nach dem Geschäftsverteilungsplan des BGH die Konsequenz, dass für »BtM-Dealerbanden« immer der 3. Strafsenat zuständig wäre, denn die »Staatsschutz-

zuständigkeit« erfasst alle Verfahren wegen § 129 StGB, unabhängig vom Betätigungsfeld der Gruppierung.

Die richtige Antwort ist eine typische Juristenantwort: Es kommt darauf an!

Allerdings: Im Regelfall ist die »BtM-Bande« nach neuer Rechtsprechung des 3. Strafsenats keine kriminelle Vereinigung.

Der Senat hat in jüngster Vergangenheit den Begriff der kriminellen Vereinigung, konturiert. Eine kriminelle Vereinigung ist nach der Legaldefinition des § 129 Abs. 2 StGB ein auf längere Dauer angelegter, von einer Festlegung von Rollen der Mitglieder, der Kontinuität der Mitgliedschaft und der Ausprägung der Struktur unabhängiger organisierter Zusammenschluss von mehr als zwei Personen zur Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses. Danach müssen, so der 3. Strafsenat, vier Elemente gegeben sein: ein organisatorisches Element, ein personales Element, ein zeitliches Element sowie in interessenbezogenes Element.¹

Das personelle Element verlangt einen Personenzusammenschluss von mehr als zwei Personen. Insofern besteht mithin kein Unterschied zur Bande.

Das organisatorische Element erfordert ein – wenngleich geringes – Maß an Organisiertheit. Der Senat spricht insofern von einer »gewissen Organisationsstruktur« und »instrumenteller Vorausplanung und Koordinierung in gewissem Umfang«. Das bedeutet: Wenn ein Betäubungsmittelhändler zwei »Läufer« engagiert, die ihn beim Verkauf von Betäubungsmitteln unterstützen, wird es häufig schon am erforderlichen Mindestmaß der Organisiertheit des Zusammenschlusses fehlen. Dagegen wird man bei einer Bande, die einen

¹ Vgl. BGH, Urteil vom 12. September 2023 – 3 StR 306/22, Rn. 39 ff.; Beschluss vom 28. Juni 2022 – 3 StR 403/20, Rn. 9; Urteil vom 2. Juni 2021 – 3 StR 21/21, Rn. 19 ff.

strukturierten Ein- und Verkauf von Betäubungsmitteln mit höherem organisatorischem Aufwand betreibt, das organisatorische Element der kriminellen Vereinigung häufig zu bejahen haben.

Das zeitliche Element erfordert, dass der Zusammenschluss auf längere Dauer angelegt ist. Mithin reicht es nicht, wenn sich mehrere Personen zusammentun, um von vornherein nur zeitlich eng begrenzt in konzertiertem Zusammenwirken einige wenige Betäubungsmitteldelikte zu begehen.

Das entscheidende Element ist nach der neuen Rechtsprechung des 3. Strafsenats das interessenbezogene Element, also das erforderliche »übergeordnete gemeinsame Interesse«. Es muss ein Interesse vorliegen, das »gemeinsam« ist, also die Personen vereint. Zudem muss es »übergeordnet« sein, und zwar dem Ziel der Begehung konkreter Straftaten übergeordnet sein.²

Hieraus folgt: Wenn ein Personenzusammenschluss allein darauf gerichtet ist, Straftaten zu begehen, und sich das jeweilige Interesse der Beteiligten hierin erschöpft, fehlt es am »übergeordneten gemeinsamen Interesse«. Bei der »normalen« Bande, auch im Betäubungsmittelbereich, hat typischerweise jedes Mitglied nur das eigene, individuelle Interesse, durch die Tatbegehung, durch die Mitwirkung an Bandentaten eigene Einnahmen zu erzielen. Eine solche Parallelität von Einzelinteressen, die sich in der Tatbegehung und dem Erzielen von Erträgen aus den Taten erschöpfen, stellt kein übergeordnetes gemeinsames Interesse dar.³

² BGH, Urteil vom 12. September 2023 – 3 StR 306/22, Rn. 40; Beschluss vom 28. Juni 2022 – 3 StR 403/20, Rn. 10; Urteil vom 2. Juni 2021 – 3 StR 21/21, Rn. 20 f.; Beschluss vom 2. Juni 2021 – 3 StR 33/21, Rn. 6.

³ BGH, Urteil vom 12. September 2023 – 3 StR 306/22, Rn. 41; Beschluss vom 28. Juni 2022 – 3 StR 403/20, Rn. 11; Beschluss vom 2. Juni 2021 – 3 StR 33/21, Rn. 8.

Ein übergeordnetes gemeinsames Interesse ist regelmäßig unschwer im Bereich der politisch motivierten Kriminalität zu bejahen. Hier geht es den Beteiligten darum, durch die Begehung von Straftaten ein »höheres Ziel« zu erreichen, dem sich die Vereinigungsmitglieder jenseits egoistischer Individualinteressen verpflichtet sehen.⁴

Das bedeutet aber nicht, dass im Bereich der »nicht-politischen Kriminalität« keine kriminelle Vereinigung denkbar ist. Vielmehr kann auch im Bereich der Wirtschaftskriminalität, der Internetkriminalität und der Betäubungsmittelkriminalität eine kriminelle Vereinigung vorliegen, wenn (auch) ein übergeordnetes gemeinsames Interesse besteht. Ob die Mitglieder eines solchen Personenzusammenschlusses ein derartiges Interesse jenseits einer individuellen egoistischen Tatmotivation der einzelnen Personen vereint, ist hier allerdings schwieriger festzustellen. Der 3. Strafsenat lässt es daher zu, aus den äußeren Umständen Rückschlüsse auf das Vorliegen des interessebezogenen Elements zu ziehen. Ein wesentliches Indiz für ein übergeordnetes gemeinsames Interesse ist der Grad der Organisiertheit – hier taucht also das organisatorische Element wieder auf, wenngleich als Beweiszeichen für das übergeordnete gemeinsame Interesse. Kurzum: Je organisierter, je strukturierter, je gefestigter der Personenzusammenschluss, desto mehr spricht dafür, dass die Beteiligten das Interesse vereint, jenseits der eigenen Gewinnerzielung und unabhängig von der eigenen Person zum Erhalt des Zusammenschlusses und zu dessen Tätigkeit beizutragen, also ein übergeordnetes gemeinsame Interesse vorliegt.⁵

Letztlich kommt es damit auf den Einzelfall an. Sofern mafiöse Strukturen oder typische Clanstrukturen existieren oder die Gruppierung hochprofessionell arbeitsteilig wie ein reguläres Unternehmen, etwa ein Handelsunternehmen, strukturiert ist, wird eine kriminelle Vereinigung häufig bejaht werden können. International arbeitende, hochprofessionell agierende und in großem Maße organisiert tätige und strukturierte Banden im Bereich des Betäubungsmittelhandels sind damit vielfach kriminelle Vereinigungen im Sinne des § 129 Abs. 2 StGB. Bei solchen Zusammenschlüssen ist es statthaft, aus dem Ausmaß der Organisiertheit auf ein übergeordnetes gemeinsames Interesse der Mitglieder zu schlussfolgern.

Der 3. Strafsenat hat kürzlich – um das an einem Beispiel zu verdeutlichen – die Verurteilung der Verantwortlichen des »Cyberbunkers« im rheinland-pfälzischen Traben-Trarbach, die ein hochgesichertes Rechenzentrum betrieben sowie Serverspeicherplatz vermieteten und administrierten, auf dem namentlich Handelsplattformen für Betäubungsmittelverkäufe im Internet gehostet wurden, wegen mitgliederschaftlicher Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung gebilligt.⁶

Dagegen hat er ein Urteil des Landgerichts München I, mit dem eine »Dealerbande«, bestehend aus einem Hauptakteur und zwei ihn unterstützenden tätigen Personen, die für ihre Tätigkeit mit Betäubungsmitteln zum Eigenkonsum entlohnt wurden, als kriminelle Vereinigung eingestuft wurde, als rechtsfehlerhaft erachtet und die tateinheitliche Verurteilung des Angeklagten nach § 129 Abs. 1 StGB entfallen lassen.⁷

2. BESTIMMUNG DES GRENZWERTES DER »NICHT GERINGEN MENGE«

Der 3. Strafsenat vertritt die (Rechts-) Auffassung, dass es sich bei der »nicht geringen Menge« im Betäubungsmittelstrafrecht um einen Rechtsbegriff handelt, mithin die Frage, wann die Grenze zur »nicht geringen Menge« erreicht ist, eine reine Rechtsfrage ist. Rechtsfragen hat zwar zunächst das Tatgericht zu beantworten, letztlich allerdings ist es originäre und zentrale Aufgabe des Bundesgerichtshofs, im Sinne einer Einheitlichkeit der Rechtsprechung Rechtsfragen faktisch verbindlich zu klären. Dies gilt auch für die Grenzwertbestimmung der »nicht geringen Menge«.

Der 3. Strafsenat überprüft Urteile der Landgerichte, mit denen bei »neuen« Betäubungsmitteln ein Grenzwert bestimmt worden ist, daher nicht auf eine Rechtsfehlerfreiheit der Vorgehensweise und des gefundenen Ergebnisses unter Zugrundelegung der vom Landgericht erhobenen (wissenschaftlichen) Tatsachen. Es erfolgt keine Urteilsaufhebung und Zurückverweisung der Sache, wenn der Senat insofern Unzulänglichkeiten erkannt hat. Sondern der Senat nimmt eine eigenständige Tatsachenermittlung und Bewertung vor. Das erfolgt im Freibeweisverfahren.

In jüngster Zeit hat der 3. Strafsenat wiederholt solche Festsetzungen vorgenommen und dafür in einem Fall auch – eine absolute Besonderheit im revisionsrechtlichen Alltag – ein Sachverständigengutachten eingeholt und dieses in einer Revisionshauptverhandlung mit dem Sachverständigen und den Verfahrensbeteiligten erörtert.⁸

⁴ BGH, Urteil vom 2. Juni 2021 – 3 StR 21/21, Rn. 21.

⁵ BGH, Urteil vom 12. September 2023 – 3 StR 306/22, Rn. 41; Beschluss vom 28. Juni 2022 – 3 StR 403/20, Rn. 11 ff.; Urteil vom 2. Juni 2021 – 3 StR 21/21, Rn. 21 ff.; Beschluss vom 2. Juni 2021 – 3 StR 61/21, Rn. 9; Beschluss vom 2. Juni 2021 – 3 StR 33/21, Rn. 9.

⁶ BGH, Urteil vom 12. September 2023 – 3 StR 306/22, Rn. 42 ff.

⁷ BGH, Beschluss vom 2. Juni 2021 – 3 StR 33/21, Rn. 4 ff.

⁸ BGH, Urteil vom 10. August 2023 – 3 StR 462/22, Rn. 6 ff. Siehe auch BGH, Beschluss vom 21. Dezember 2022 – 3 StR 372/21, Rn. 5 ff.; Beschluss vom 9. August 2022 – 3 StR 206/22, Rn. 4 f.; Beschluss vom 8. März 2022 – 3 StR 136/21, Rn. 11 ff.; Beschluss vom 27. Januar 2021 – 3 StR 155/21, Rn. 7 ff.

3. EINFUHR VON BETÄUBUNGSMITTELN

In der revisionsrechtlichen Praxis des 3. Strafsenats sind in letzter Zeit Fälle relevant gewesen, in denen ein Betäubungsmittelhändler mit der Einfuhr der tatgegenständlichen Betäubungsmittel aus dem Ausland einen Kurier beauftragte, also selbst in eigener Person die Einfuhr nicht vornahm. Wiederholt hat der Senat Verurteilungen beanstanden müssen, in denen der »Händler« wegen täterschaftlicher Einfuhr – konkret: mittäterschaftlicher Einfuhr – von Betäubungsmitteln verurteilt wurde. Zwar ist die Einfuhr kein Tatbestand, der eigenhändiges Handeln voraussetzt. Mittäter einer Einfuhr kann grundsätzlich auch ein »Hintermann« sein, der am Einfuhrgeschehen selbst (dem Verbringen der Betäubungsmittel über die Grenze) nicht unmittelbar beteiligt war. Es gelten aber die allgemeinen Grundsätze der Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Teilnahme (hier: Anstiftung). Entscheidend kommt es – im Rahmen einer Gesamtbetrachtung – auf den Umfang und das Gewicht des eigenen Tatbeitrages des »Hintermannes« und dessen Tatinteresse an. Wichtig ist insofern, und das wurde in den zu entscheidenden Fällen nicht beachtet, dass insofern allein auf die Einfuhr und nicht auf das Gesamtgeschehen des Handeltreibens abzustellen ist. Ein »Hintermann«, der auf den Einfuhrvorgang selbst nicht steuernd Einfluss nimmt, ist daher nach der Rechtsprechung des 3. Strafsenats »nur« Anstifter und nicht Mittäter der Einfuhr.⁹ Aber: Das führt in der Regel, weil es sich bei der fehlerhaften Beurteilung »nur« um eine falsche Rechtsanwendung handelt, zur Schuldspruchänderung durch den Bundesgerichtshof in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO (bei

⁹ BGH, Beschluss vom 14. November 2023 – 3 StR 375/23, Rn. 3; Beschluss vom 14. November 2023 – 3 StR 369/23, Rn. 6 ff.; Beschluss vom 8. August 2023 – 3 StR 210/23, Rn. 5 ff.; Beschluss vom 7. September 2022 – 3 StR 165/22, Rn. 17 f.; Beschluss vom 3. Mai 2022 – 3 StR 45/22, Rn. 7.

nicht geringer Menge in: Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Anstiftung zur Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG in Tateinheit mit § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG, § 26 StGB), nicht aber zur Urteilsaufhebung und Zurückverweisung. Zudem lässt der Senat vielfach den Strafausspruch unbeanstandet, weil der Strafrahmen der Gleiche ist und das Gewicht der Tatschuld nicht von der anderen rechtlichen Beurteilung tangiert wird.

4. BEWAFFNETES HANDELTREIBEN – PFEFFERSPRAYS

Schwierigkeiten in der Strafverfolgungspraxis bereitet die Frage, ob Pfeffersprays ein sonstiger Gegenstand im Sinne des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG sind, also das Mitführen eines Pfeffersprays den Qualifikationstatbestand des bewaffneten Handeltreibens erfüllt. Entscheidend ist für die Qualifikation, dass der Täter den Gegenstand zur Verletzung von Personen bestimmt hat.¹⁰ Das wird allerdings vermutet, wenn es sich bei ihm um eine Waffe im technischen Sinne gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a WaffG oder eine gekorene Waffe nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b WaffG handelt.¹¹

Pfeffersprays werden in der Praxis jedoch zumeist als »Tierabwehrsprays« gekennzeichnet und verkauft. Das hat seinen Grund: Tierabwehrsprays sind weder Waffen im technischen Sinne gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a WaffG noch gekorene Waffen nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b WaffG.

Tierabwehrsprays sind daher nicht ohne weiteres sonstige Gegenstände im Sinne des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG. Eine Verurteilung wegen bewaffneten Handeltreibens aufgrund des Mitsichführens eines Tierab-

¹⁰ BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – 3 StR 445/20, Rn. 26.

¹¹ BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – 3 StR 445/20, Rn. 27; Beschluss vom 18. Oktober 2017 – 3 StR 78/17, Rn. 9.

wehrsprays kann daher nur Bestand haben, wenn einzelfallbezogen die Bestimmung zur Verletzung von Personen durch den Angeklagten festgestellt und vom Tatgericht tragfähig belegt worden ist.¹²

5. KONKURRENZFRAGEN

Der 3. Strafsenat hat erst kürzlich wieder die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur konkurrenzrechtlichen Beurteilung voneinander in den Ausführungshandlungen überschneidenden Aktivitäten des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln bestätigt: Wenn ein Betäubungsmittelverkäufer seinem Abnehmer bei einer Gelegenheit nicht nur Betäubungsmittel liefert und hierfür das vereinbarte Entgelt entgegennimmt, sondern zugleich eine Anzahlung für eine zukünftige Lieferung erhält, liegt nicht ein Handeltreiben im Sinne einer Bewertungseinheit – einer tatbestandlichen Handlungseinheit – vor, denn Bezugspunkt der Bewertungseinheit ist immer ein bestimmter BtM-Umsatz. Vielmehr ist hier wegen der Überschneidung der Ausführungshandlungen (gleichartige) Tateinheit gegeben.¹³

Entsprechendes gilt bekanntlich für den – untechnisch gesprochen – »Kommissionskauf«, also dann, wenn ein Angeklagter Betäubungsmittel zum Weiterverkauf von seinem Lieferanten erlangt und bei der Entgegennahme zugleich eine vorangegangene Lieferung bezahlt; auch das hat der 3. Strafsenat in jüngster Vergangenheit bestätigt.¹⁴

An dieser Stelle ist daran zu erinnern, dass für den Angeklagten die Annahme einer Tat im materiellen Sinne (tatbestandliche Handlungseinheit,

¹² BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – 3 StR 445/20, Rn. 28 f.

¹³ BGH, Urteil vom 10. August 2023 – 3 StR 412/22, Rn. 20.

¹⁴ BGH, Beschluss vom 14. Dezember 2022 – 3 StR 378/22, Rn. 5; Beschluss vom 22. Februar 2022 – 3 StR 6/22, Rn. 5. Siehe insofern auch BGH, Beschluss vom 10. Juli 2027 – GSSt 4/17, Rn. 13 ff.



Bewertungseinheit) nicht unbedingt günstiger ist, als von Tateinheit. Denn wenn mehrere Betäubungsmittelmengen vorliegen, ist bei einer Bewertungseinheit zur Beantwortung der Frage, ob die Wirkstoffmenge die Grenze zur »nicht geringen Menge« erreicht, auf die Gesamtmenge abzustellen, während bei Tateinheit die jeweiligen Mengen isoliert zu werten sind.

6. TENORIERUNGSFRAGEN

Der Bundesgerichtshof hat seine Eigenarten; das gilt auch für den 3. Strafsenat. Eine Eigenart ist, dass weder der 3. Strafsenat noch die übrigen Strafsenate eine Tenorierung von Betäubungsmitteldelikten als »unerlaubt« mögen. Daher findet man immer wieder Schuldspruchänderungen dahin, dass die Kennzeichnung von Taten im Tenor des angefochtenen Urteils

als »unerlaubt« entfällt.¹⁵ Hintergrund ist, dass Straftaten nach dem BtMG stets den »unerlaubten« Umgang mit Betäubungsmitteln betreffen. Man sagt ja auch nicht »wegen unerlaubten Diebstahls«. Ich will aber konzedieren: Der Vergleich hängt, weil der Diebstahl bereits in der Alltagssprache ein verbotenes Tun bezeichnet, der Besitz von Betäubungsmitteln – etwa in den Händen eines Anästhesisten – dagegen vollkommen in Ordnung sein kann.

Kurzum: Eine Marotte der höchstrichterlichen Rechtsprechung, zu der nur zu fragen ist, in welchen Fällen die Kennzeichnung als »unerlaubt« beanstandet wird und in welchen nicht. Insofern gilt in der Praxis des 3. Strafsenats: Wenn außer diesem unnötigen Zusatz das Urteil nicht zu bemängeln ist, wird die Tenorierung

¹⁵ BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2023 – 3 StR 411/23 Rn. 9; Urteil vom 10. August 2023 – 3 StR 412/22, Rn. 21; Beschluss vom 14. Dezember 2022 – 3 StR 378/22, Rn. 6; Beschluss vom 3. Mai 2022 – 3 StR 95/22, Rn. 8.

hingenommen. Wenn aber ohnehin aus anderen Gründen der Schuldspruch einer Änderung bedarf, wird er in vollem Umfang »richtiggestellt«.

III. STRAFZUMESSUNG IN BETÄUBUNGSMITTEL-SACHEN

1. BERÜCKSICHTIGUNG DER ART DES TATGEGENSTÄNDLICHEN BETÄUBUNGSMITTELS

In jüngerer Zeit hat der 3. Strafsenat wiederholt die Einordnung von Amphetamin im Rahmen der Strafzumessung beanstanden müssen. Amphetamin ist ein Betäubungsmittel von mittlerer Gefährlichkeit. In Bezug auf die Gefährlichkeit des Betäubungsmittels und dessen Relevanz für die Strafzumessung ist Amphetamin daher »neutral«. Es darf weder strafmildernd noch schulderhöhend gewertet werden, dass diese Droge

Gegenstand der Tat war.¹⁶ Verfehlt ist damit eine Strafzumessungserwägung zu Lasten des Angeklagten dahin, er habe mit einem gefährlicheren Betäubungsmittel Handel getrieben als Cannabis, beziehungsweise Amphetamin sei »kein unterdurchschnittlich gefährliches Betäubungsmittel«.

2. BERÜCKSICHTIGUNG DER SICHERSTELLUNG VON BETÄUBUNGSMITTELN

Nach ständiger Rechtsprechung ist bei Taten des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln die Sicherstellung des tatgegenständlichen Rauschgifts schuld mindernd zu werten. Auch der 3. Strafsenat hebt Entscheidungen (im Strafausspruch) auf, sofern das unterblieben ist.¹⁷ Noch nicht gänzlich geklärt ist, ob auch in reinen Eigenbesitzfällen beziehungsweise hinsichtlich von Eigenbesitzanteilen die Sicherstellung als bestimmender Strafzumessungsgrund berücksichtigt werden muss und dies gemäß § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO in den Urteilsgründen anzuführen ist. Der 3. Strafsenat hält sich bislang bedeckt (»jedenfalls in Bezug auf solche Betäubungsmittel, die zum Weiterverkauf bestimmt waren«¹⁸). Der 4. und der 6. Strafsenat halten es demgegenüber immer für erforderlich, BtM-Sicherstellungen – als bestimmenden und damit zwingend in den Urteilsgründen anzuführenden Strafzumessungsgrund – strafmildernd in Rechnung zu stellen.¹⁹

¹⁶ BGH, Urteil vom 10. August 2023 – 3 StR 412/22, Rn. 26; Beschluss von 26. Juli 2022 – 3 StR 193/22, Rn. 3; Beschluss vom 23. Januar 2018 – 3 StR 586/17, Rn. 5.

¹⁷ BGH, Beschluss vom 5. September 2023 – 3 StR 217/23, Rn. 15; Urteil vom 10. August 2023 – 3 StR 412/22, Rn. 25; Beschluss vom 5. April 2023 – 3 StR 47/23, Rn. 6; Beschluss vom 31. Mai 2022 – 3 StR 122/22, Rn. 11; Beschluss vom 29. Juni 2021 – 3 StR 192/21, Rn. 4; Beschluss vom 6. Februar 2018 – 3 StR 629/17, Rn. 5.

¹⁸ BGH, Beschluss vom 31. Mai 2022 – 3 StR 122/22, Rn. 11. Siehe auch BGH, Beschluss vom 5. April 2023 – 3 StR 47/23, Rn. 6.

¹⁹ BGH, Beschluss vom 24. Oktober 2023 – 4 StR 62/23, Rn. 2; Beschluss vom 19. September 2023 – 6 StR 295/23, Rn. 6.

3. BERÜCKSICHTIGUNG DER OBSERVATION DES ANGEKLAGTEN

Immer wieder monieren Revisio-nen, eine polizeiliche Überwachung eines Betäubungsmittelgeschäfts, insbesondere die Observation eines Kuriers, sei nicht strafmildernd berücksichtigt worden. Nach der Rechtsprechung des 3. Strafsenats hat ein solches Vorbringen zwar in einigen Fällen, aber nicht stets Erfolg. Eine engmaschige und lückenlose Observation eines Kuriers, aufgrund derer keine Gefahr bestand, dass die transportierten Betäubungsmittel in den Verkehr gelangen konnten, ist regelmäßig strafmildernd zu berücksichtigen.²⁰ Eine lediglich zeitweilige Beobachtung mit Unterbrechungen dagegen nicht.²¹ Insbesondere hat die hier diskutierte Rüge der Nichtberücksichtigung einer polizeilichen Beobachtung dann keinen Erfolg, wenn die verfahrensgegenständlichen Betäubungsmittel tatsächlich in den Verkehr gelangten. Denn, und auch hierauf will ich hinweisen: Einen Anspruch eines Täters dahin, dass gegen ihn polizeilich eingeschritten und ein In-Verkehr-Gelangen der Betäubungsmittel durch die Strafverfolgungsbehörden verhindert wird, vermag die BGH-Rechtsprechung nicht zu erkennen.²²

²⁰ BGH, Urteil vom 10. August 2023 – 3 StR 412/22, Rn. 25.

²¹ BGH, Urteil vom 10. August 2023 – 3 StR 412/22, Rn. 25.

²² Vgl. nur BGH, Beschluss vom 17. Januar 2024 – 5 StR 339/23, Rn. 17 mwN; Urteil vom 6. Januar 2022 – 5 StR 2/21, Rn. 13.

IV. EINZIEHUNGSFRAGEN

1. ABGRENZUNG TATERTRÄGE EINERSEITS VON TATMITTELN UND TATOBJEKTEN ANDERERSEITS

Im Betäubungsmittelstrafrecht ist seit langem geklärt, dass die im Rahmen eines Handeltreibens mit Betäubungsmitteln vom »Dealer« zum Weiterverkauf erlangten Betäubungsmittel keine Taterträge im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB sind, sondern Tatobjekte im Sinne des § 74 Abs. 2 StGB, die gemäß § 33 BtMG der Einziehung unterliegen, sofern sie sichergestellt worden sind. Scheidet mangels Sicherstellung eine gegenständliche Einziehung aus, kommt keine Wertersatzeinziehung in Betracht, also keine Einziehung eines Geldbetrages in Höhe des Wertes der erlangten Betäubungsmittel, denn der bestimmungsgemäße Weiterverkauf ist keine Vereitelungshandlung im Sinne des § 74c Abs. 1 StGB; zudem konnte der Täter kein Eigentum an den Betäubungsmitteln erlangen. Eine Wertersatzeinziehung ist in solchen Konstellationen vielmehr nur gemäß § 73 Abs. 1 StGB i.V.m. § 73c Satz 1 StGB möglich (und geboten) in Bezug auf den Erlös, den der »Dealer« durch den Weiterverkauf erlangte; nur dieser ist Tatertrag im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB.²³

Das sind Binsenweisheiten, so dass sich die Frage stellt, warum ich dies hier anspreche.

Der Grund ist, dass die Angrenzung des »Regimes der §§ 73 ff. StGB« von dem »Regime der § 74 ff. StGB« in anderen Bereichen kontrovers diskutiert wird und der 3. Strafsenat kürzlich in mehreren Entscheidungen, welche die Sonderzuständigkeit des Staatsschutzes betrafen, die Rechtsprechung zur Abgrenzung der beiden Einziehungsregime nä-

²³ St. Rspr.; siehe nur BGH, Beschluss vom 2. November 2021 – 3 StR 324/21, Rn. 3 ff.

her konkretisiert hat, und zwar in einer Weise, die als Bestätigung der gefestigten Rechtsprechung im BtM-Bereich gewertet werden kann.²⁴

Die vom 3. Strafsenat zu beurteilenden Fälle betrafen einerseits das Sammeln von Spendengeldern für eine terroristische Vereinigung und deren Weiterleitung an diese, zum anderen das Vereinnahmen von Geldern und den Transfer an Dritte im Rahmen eines »Hawala-Banking-Systems« und durch eine kriminelle Vereinigung. Der Senat hat entschieden: Die Gelder sind, obwohl die Angeklagten sie als »Einsammler« nach einem natürlichen Sprachgebrauch »erlangten«, keine Taterträge im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB. Damit scheidet, soweit die Gelder erfolgreich an die terroristische Vereinigung oder den Begünstigten des Hawala-Bankings transferiert wurden, eine Wertersatzeinziehung nach § 73c Satz 1 StGB aus, denn diese betrifft nur Taterlangtes im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB. Vielmehr sind die Gelder, so der 3. Strafsenat, Tatmittel beziehungsweise Tatobjekte im Sinne des § 74 Abs. 1 und Abs. 2 StGB, abhängig vom jeweils einschlägigen Straftatbestand (Tatmittel bezüglich einer Strafbarkeit wegen Unterstützung einer terroristischen Vereinigung nach § 129a Abs. 5 StGB, Tatobjekte im Sinne einer Strafbarkeit nach § 63 Abs. 1 Nr. 4 ZAG beim Hawala-Banking).

Man sieht: Der 3. Strafsenat wendet die im Betäubungsmittelstrafrecht geltenden Regeln an.

Die Begründung des Senats geht dahin, dass die beiden Einziehungsregime voneinander abzugrenzen sind, weil sie unterschiedliche Anforderungen stellen, etwa Einziehungen und Wertersatzeinziehungen nach §§ 73 ff. StGB obligatorisch, solche nach §§ 74 ff. StGB dagegen Ermessensent-

scheidungen des Gerichts sind. Zudem sind, wie der Vergleich zwischen § 73c StGB und § 74c StGB zeigt, die Anforderungen an die Einziehung des Wertes von Tatmitteln oder Tatobjekten höher als die an eine Einziehung des Wertes von Taterträgen.

Der Senat erkennt insofern einen Vorrang des »Regimes der §§ 74 ff. StGB« vor dem »Regime der §§ 73 ff. StGB« an, soweit begrifflich Einziehungsentscheidungen nach beiden in Betracht kommen. Dieser Vorrang wird argumentativ zum einen darauf gestützt, dass bei den inmitten stehenden Straftatbeständen, die eine Vielzahl von Einzelhandlungen (der Sammlung und des Transfers von Geld) rechtlich als eine tatbestandliche Handlungseinheit zusammenfassen, nicht isoliert der Teilakt des Erlangens in den Blick genommen werden darf, sondern der Blick auf die Tat in Gänze gerichtet werden muss, und der Schwerpunkt hier nicht auf der Erlangung der Gelder liegt, sondern auf deren Transfer. Hinzu kommt, dass das »Regime der §§ 74 ff. StGB« täterfreundlicher ist als das »Regime der §§ 73 ff. StGB«, so dass die den Täter begünstigenden Regelungen des erstgenannten Regelwerks nicht durch ein – rein begrifflich mögliches – Abstellen auf das zweitgenannte umgangen werden dürfen.

Für die vom Senat zu entscheidenden Staatsschutzverfahren bedeutete dies: Soweit die gesammelten Gelder erfolgreich an die terroristische Vereinigung beziehungsweise den Empfänger des Hawala-Bankings transferiert wurden, kommt eine Wertersatzeinziehung nicht in Betracht, weil die Voraussetzungen des § 74c StGB nicht erfüllt sind: Die Weiterleitung eines Objekts als Teil der tatbestandsmäßigen Handlung ist keine Vereitelung der Einziehung im Sinne der Vorschrift. Eine solche liegt nur vor, wenn nach Begehung der betreffenden Tat, bei welcher die Gelder Tatmittel oder Tatobjekt waren

und durch die sie zu solchen wurden, die Einziehung vereitelt wurde, nicht aber, wenn die Tatbegehung selbst die Einziehung faktisch unmöglich machte.²⁵

Kurzum: Die Staatsschutzrechtsprechung des 3. Strafsenats betreffend die Einziehung bestätigt die ständige diesbezügliche BtM-Rechtsprechung!

2. EINZIEHUNG VON SICHERGESTELTEM BARGELD ALS ERLÖS AUS BETÄUBUNGSMITTELVERKÄUFEN

Für »Liebhaber des Einziehungsrechts« stellt sich die Frage, welche Form der Einziehung innerhalb des »Regimes der §§ 73 ff. StGB« anzuordnen ist, wenn bei einem Angeklagten Bargeld, bei dem es sich um den Taterlös aus einer urteilsgegenständlichen Tat handelt (etwa: Erlös aus Betäubungsmittelverkäufen), zwar gegenständlich sichergestellt, aber später auf ein Justizkonto eingezahlt worden ist. Der ursprüngliche Einziehungsgegenstand steht damit für eine Einziehung nicht mehr zur Verfügung, so dass eine – stets vorrangige²⁶ – gegenständliche Einziehung des Geldes als Tatertrag gemäß § 73 Abs. 1 StGB fraglich erscheint. In der Tat: Richtig ist es, in solchen Fällen die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe des sichergestellten Bargeldbetrages gemäß § 73 Abs. 1 StGB i.V.m. § 73c Satz 1 StGB anzuordnen.²⁷ Aber: Vielfach finden sich in den Urteilsfeststellungen keine Ausführungen dazu, was mit sichergestelltem Bargeld im Ermittlungsverfahren geschehen ist. Hier ist der 3. Strafsenat daher großzügig. Das Fehlen von Ausführungen hierzu

²⁵ BGH, Beschluss vom 21. Februar 2023 – 3 StR 278/22, Rn. 21 ff.; Beschluss vom 28. Juni 2022 – 3 StR 403/20, Rn. 37; Urteil vom 15. Juni 2022 – 3 StR 295/21, Rn. 25 ff.

²⁶ Vgl. BGH, Beschluss vom 31. August 2022 – 4 StR 153/22, Rn. 9, 13; Beschluss vom 4. März 2021 – 5 StR 447/20, Rn. 7.

²⁷ BGH, Urteil vom 10. August 2023 – 3 StR 412/22, Rn. 31; Beschluss vom 25. August 2021 – 3 StR 148/21, Rn. 5 f.

²⁴ BGH, Beschluss vom 21. Februar 2023 – 3 StR 278/22, Rn. 15 ff.; Urteil vom 20. Juli 2022 – 3 StR 390/21, Rn. 17; Beschluss vom 28. Juni 2022 – 3 StR 403/20, Rn. 36; Urteil vom 15. Juni 2022 – 3 StR 295/21, Rn. 8 ff.



begründet keinen Darstellungsmangel. Die Anordnung der gegenständlichen Einziehung des Bargelds als Tatertrag gemäß § 73 Abs. 1 StGB lässt der Senat unbeanstandet.

3. KEINE SALDIERUNG DER TATERTRÄGE AUS MEHREREN ABGEURTEILTEN TATEN

Insbesondere im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechts kommt es regelmäßig vor, dass mehrere Taten Gegenstand eines Urteils sind, durch die jeweils Taterträge (etwa: Verkaufserlöse aus dem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln) erlangt wurden. Wie ist in solchen Fällen zu verfahren, wenn der Einziehungsbeitrag hinsichtlich einer Tat zu hoch angesetzt worden ist, hinsichtlich

einer anderen Tat jedoch zu niedrig, im Ergebnis aber die ausgeurteilte Summe, dem nach den Urteilsfeststellungen insgesamt Erlangten entspricht oder niedriger ist? In einem vom 3. Strafsenat kürzlich zu entscheidenden Verfahren kam die Idee auf, »zu saldieren« und die Revision zu verwerfen, weil die Höhe der angeordneten Einziehung des Wertes von Taterträgen im Urteilstenor den Angeklagten gegenüber den Urteilsfeststellungen zu den Tatgeschehen im Ergebnis sogar begünstigte. Eine solche »Gesamtbetrachtung« ist indes nicht statthaft; vielmehr ist jede urteilsgegenständliche Tat für sich zu betrachten und zu prüfen, ob der diesbezüglich in den Urteilsgründen ausgewiesene Betrag des Erlangten von den Sachverhaltsfeststellungen

getragen wird.²⁸

4. ERWEITERTE EINZIEHUNG (DES WERTES) VON TATERTRÄGEN

Schwierigkeiten bereitet in der Praxis nach wie vor der Umgang mit den Regelungen zur erweiterten Einziehung von Taterträgen (§ 73a Abs. 1 StGB) und der erweiterten Einziehung des Wertes von Taterträgen (§ 73a Abs. 1 StGB i.V.m. § 73c Satz 1 StGB), gerade auch in BtM-Verfahren. Insofern hat sich der 3. Strafsenat wiederholt veranlasst gesehen, auf Folgendes hinzuweisen:

²⁸ BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2023 – 3 StR 233/23, Rn. 6.

Wenn bei einer Durchsuchung beim Angeklagten Geld sichergestellt worden ist und das Gericht zu der Feststellung gelangt, es handele sich um Erlöse aus anderen Taten des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln des Angeklagten als der verfahrensgegenständlichen Tat, darf nicht ohne Weiteres die erweiterte Einziehung des Bargelds angeordnet werden. Erforderlich ist vielmehr, dass die anderen Taten nicht aufklärbar erscheinen – sollte dies der Fall sein, darf die Einziehung nur im Rahmen eines (vorrangigen) Strafverfahrens wegen der anderen Tat(en) erfolgen.²⁹

Wenn in einem Verfahren wegen eines Betäubungsmitteldelikts festgestellt wird, dass der Angeklagte auch noch weitere Taten beging (typischerweise: weitere Taten des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln), diese nicht näher aufklärbar sind und der Angeklagte aus diesen Taten nachweisbar Erlöse erzielte, die aber nicht gegenständlich sichergestellt worden sind (dann: § 73a Abs. 1 StGB), kommt eine erweiterte Einziehung des Wertes von Taterträgen nach § 73a Abs. 1 StGB i.V.m. § 73c Satz 1 StGB in Betracht. Allerdings stößt diese Regelung seit jeder auf Bedenken, weil sie ohne weitere Einschränkung die Gerichte dazu verpflichtete, anlässlich der Aburteilung einer Tat aufzuklären, ob der Angeklagte innerhalb der 30-jährigen Verjährungsfrist des § 76b Abs. 1 Satz 1 StGB irgendwann einmal weitere, nicht mehr näher feststellbare Taten beging und aus diesen Erlöse erzielte, deren Wert dann – zwingend – einzuziehen wäre. Daher gilt: Eine erweiterte Einziehung des Wertes von Taterträgen nach § 73a Abs. 1 StGB i.V.m. § 73c Satz 1 StGB setzt voraus, dass das durch eine nicht konkretisierbare andere Tat Erlangte

²⁹ BGH, Urteil vom 10. August 2023 – 3 StR 412/22, Rn. 31; Beschluss vom 27. Juli 2023 – 3 StR 132/23, Rn. 11; Beschluss vom 26. Mai 2021 – 3 StR 58/21, Rn. 6. Siehe auch BGH, Beschluss vom 21. Dezember 2021 – 3 StR 381/21, Rn. 19.

bei Begehung der Anlasstat (der jetzt verfahrensgegenständlichen Tat) im Vermögen des Angeklagten gegenständlich oder in Form eines Surrogats vorhanden war.³⁰

Dieses Erfordernis des »Vorhandenseins bei Begehung der Anlasstat« ist neuerdings vom 4. und 5. Strafsenat auch auf Fälle der erweiterten Einziehung des gegenständlich Erlangten selbst erstreckt worden, also auf Fälle der erweiterten Einziehung von Taterträgen nach § 73a Abs. 1 StGB.³¹ Das ist neu und wird vom 3. Strafsenat deutlich kritisiert.³² Hier könnte sich eine Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen anbahnen.

Relevant im Bereich des BtM-Strafrechts ist diese Frage, wenn bei einem Angeklagten Bargeld gegenständlich sichergestellt worden ist, das aus anderen, nicht aufklärbaren Taten stammt. Dann ist nach der vorgenannten Rechtsprechung des 4. und 5. Strafsenats eine erweiterte Einziehung nur möglich, wenn das Bargeld gegenständlich im Besitz des Angeklagten war, als er die verfahrensgegenständliche Tat beziehungsweise eine der verfahrensgegenständlichen Taten beging. Eine solche Beschränkung der erweiterten Einziehung von Taterträgen nach § 73a Abs. 1 StGB ist jedoch weder im Wortlaut der Einziehungsvorschriften angelegt noch rechtspolitisch sinnvoll.

³⁰ BGH, Urteil vom 10. August 2023 – 3 StR 412/22, Rn. 31, 32 f., 59; Beschluss vom 27. Juli 2023 – 3 StR 132/23, Rn. 13; Beschluss vom 8. März 2022 – 3 StR 238/21, Rn. 14. Eine erweiterte Einziehung eines Surrogats als solches ist dagegen nicht statthaft; vgl. BGH, Urteil vom 10. August 2023 – 3 StR 412/22, Rn. 33 mwN.

³¹ BGH, Beschluss vom 20. Dezember 2022 – 4 StR 221/22, Rn. 6; Urteil vom 8. August 2022 – 5 StR 372/21, Rn. 36; Beschluss vom 4. März 2021 – 5 StR 447/20, Rn. 8 ff.

³² BGH, Beschluss vom 27. Juli 2023 – 3 StR 132/23, Rn. 14. Siehe auch BGH, Urteil vom 10. August 2023 – 3 StR 412/22, Rn. 78.

5. HINREICHEND PRÄZISE BEZEICHNUNG VON EINZIEHUNGSGEGENSTÄNDEN IM URTEILSTENOR

Immer wieder finden sich, gerade in Urteilen in Betäubungsmittelstrafsachen, allzu pauschale Tenorierungen zur Einziehung. Zu bedenken ist: Der Urteilstenor ist Grundlage für die Vollstreckung, auch von Einziehungsentscheidungen. Es muss also bereits aus dem Urteilstenor zweifelsfrei ersichtlich sein, welche Gegenstände der Einziehung unterworfen sein sollen.³³ Bei sichergestellttem Rauschgift ist hierfür die Anführung von Art und Menge der Betäubungsmittel erforderlich.³⁴ Sonstige Gegenstände sind so individualisiert zu benennen, dass sie von anderen, insbesondere ähnlichen, klar unterschieden werden können. Das kann zu sehr umfangreichen Urteilsformeln führen. Insofern aber billigt es die Rechtsprechung, im Urteilstenor lediglich die Einziehung der aus einer Anlage zur Urteilsformel ersichtlichen Gegenstände auszusprechen und die Objekte in einer – unbedingt zum integralen Bestandteil der Urteilsurkunde zu machenden und von den Unterschriften gedeckten – Anlage zum Urteilstenor zu benennen.³⁵

³³ BGH, Beschluss vom 8. Februar 2023 – 3 StR 477/22, Rn. 5; Beschluss vom 8. April 2020 – 3 StR 55/20, Rn. 3.

³⁴ BGH, Beschluss vom 8. Februar 2023 – 3 StR 477/22, Rn. 5; Beschluss vom 1. Juni 2022 – 3 StR 118/22, Rn. 11.

³⁵ BGH, Urteil vom 12. September 2023 – 3 StR 306/22, Rn. 85; Beschluss vom 8. Februar 2023 – 3 StR 477/22, Rn. 5.

6. EINZIEHUNG VON TATMITTELN

Salopp gesagt »lieblos« sind vielfach Urteilsgründe in Betäubungsmittelstrafsachen in Bezug auf die angeordnete Einziehung von Tatmitteln nach § 74 Abs. 1 StGB. Häufig findet sich in der Urteilsbegründung nur der Satz, bestimmte Gegenstände – etwa ein Mobiltelefon, Gerätschaften zur Portionierung und Verpackung von Betäubungsmitteln – unterlägen der Einziehung. Die Einziehung von Tatmitteln ist jedoch eine Ermessensentscheidung (»können eingezogen werden«). Zudem hat sie Sanktionscharakter und ist deshalb strafzumessungsrelevant.³⁶ Gute Urteile beachten beides, indem die Urteilsgründe auf die Ermessensausübung hinweisen und bei der Strafzumessung die Einziehung strafmildernd berücksichtigen. Der 3. Strafsenat ist insofern allerdings – was in den veröffentlichten Entscheidungen nicht aufscheint und nicht aufscheinen kann – recht großzügig, sofern es um Gegenstände geht, die offensichtlich wegen ihrer Gefahr zukünftiger Verwendung für Straftaten nicht zurückgegeben werden sollten (Stichwort »Feinwaage« – »Ermessensreduzierung auf null«) oder die ersichtlich keinen hohen Wert haben. Wenn aber beispielsweise Kraftfahrzeuge eingezogen werden, mit denen Betäubungsmittel transportiert wurden, haben der Straf- und Einziehungsausspruch keinen Bestand, wenn die Strafkammer nicht ersichtlich ihr Ermessen ausgeübt und die Einziehung nicht erkennbar bei der Strafzumessung zu Gunsten des Angeklagten berücksichtigt hat.

7. EINZIEHUNG NICHT TATRELEVANTER GEGENSTÄNDE

Wiederholt hat der 3. Strafsenat in

³⁶ BGH, Urteil vom 12. September 2023 – 3 StR 306/22, Rn. 71; Beschluss vom 2. Juni 2021 – 3 StR 61/21, Rn. 25.

jüngerer Zeit Einziehungsentscheidungen beanstanden müssen, mit denen Betäubungsmittel oder Utensilien des Handeltreibens als Tatmittel oder Tatobjekte nach § 74 Abs. 1 und 2 StGB eingezogen worden sind, obgleich diese mit der abgeurteilten Tat konkret nichts zu tun hatten. Es scheint bei Strafkammern eine gewisse Neigung zu bestehen, bei einer Verurteilung wegen eines Betäubungsmitteldelikts »alles sichergestellte« einzuziehen, das der Angeklagte aus Sicht des Gerichts besser nicht mehr besitzen sollte und in irgendeinem Bezug zu dem Deliktstyp der abgeurteilten Tat steht, insbesondere – unabhängig vom Anklagevorwurf – alle sichergestellten Betäubungsmittel und auf Taten des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln bezogene Gegenstände. Das aber lässt § 74 StGB nicht zu.³⁷ Wenn der Tatvorwurf sich beispielsweise auf die Durchführung einer Kurierfahrt für einen Dritten bezieht und im Ermittlungsverfahren bei einer Durchsuchung der Wohnung des Angeklagten Betäubungsmittel zum Eigenkonsum sichergestellt worden sind, scheidet eine Einziehung in dem Verfahren wegen der Kurierfahrt aus.³⁸ Insofern kommt auch eine Sicherungseinziehung nach § 74b StGB nicht in Betracht,³⁹ sondern allenfalls eine selbständige Einziehung nach § 76a StGB.

³⁷ BGH, Beschluss vom 26. Juli 2022 – 3 StR 193/22, Rn. 5; Beschluss vom 31. Mai 2022 – 3 StR 122/22, Rn. 27; Beschluss vom 2. November 2021 – 3 StR 324/21, Rn. 4 ff.

³⁸ BGH, Beschluss vom 26. Juli 2022 – 3 StR 193/22, Rn. 5.

³⁹ BGH, Beschluss vom 31. Mai 2022 – 3 StR 122/22, Rn. 28; Beschluss vom 2. November 2021 – 3 StR 324/21, Rn. 6; Beschluss vom 7. September 2021 – 3 StR 128/21, Rn. 8.

8. EINORDNUNG VON SPESENGELDERN FÜR BETÄUBUNGSMITTELTRANSPORTE

Wenn der Angeklagte – in der Regel ein Betäubungsmittelkurier – nicht nur für sein Agieren entlohnt wurde, sondern auch noch Geld bekam, um mit diesem, Aufwendungen für seine Tätigkeit zu bestreiten, kann nicht ohne weiteres der gesamte Betrag der Einziehung (des Wertes) von Taterträgen nach § 73 Abs. 1, § 73a Satz 1 StGB unterworfen werden. Taterträge für den Angeklagten, bei denen nach dem Bruttoprinzip ein Abzug von Aufwendungen ausscheidet (§ 73d Abs. 1 Satz 2 StGB), sind derartige Gelder nur, wenn der Angeklagte pauschal entlohnt wurde für seine Tat und die Vereinbarung dahin ging, der solle seine Aufwendungen selbst tragen.⁴⁰ Wenn dagegen ein bestimmter Teil des Erlangten ausdrücklich und gesondert zur Bestreitung von Aufwendungen für die Tat übergeben wurde (etwa Geld zur Anmietung eines Kraftfahrzeuges), handelt es sich bei dem Spesengeld um Tatmittel i.S.d. § 74 Abs. 1 StGB.⁴¹ Sofern das Spesengeld beim Angeklagten gegenständlich sichergestellt worden ist (Sicherstellung des übergebenen Bargelds), kommt dessen Einziehung nach § 74 Abs. 1 StGB in Betracht. Sollte der Angeklagte das Spesengeld aber bestimmungsgemäß ausgegeben haben, scheidet eine Einziehung des Wertes von Tatmitteln nach § 74c Abs. 1 StGB aus. Denn der bestimmungsgemäße Verbrauch von Tatmitteln ist keine Vereitelung der Einziehung im Sinne dieser Vorschrift. Eine solche liegt nur vor, wenn die Vereitelungshandlung, also die Handlung, die eine gegenständliche Einziehung des erlangten Tatmittels

⁴⁰ BGH, Beschluss vom 18. November 2021 – 3 StR 131/21, Rn. 14; Beschluss vom 5. Juli 2012 – 3 StR 210/12, Rn. 2.

⁴¹ BGH, Beschluss vom 26. Juli 2022 – 3 StR 193/22, Rn. 9; Beschluss vom 18. November 2021 – 3 StR 131/21, Rn. 16; Beschluss vom 5. Juli 2012 – 3 StR 210/12, Rn. 2.

unmöglich machte, der Tatbegehung zeitlich nachfolgte.⁴²

V. DIE MASSREGEL DER UNTERBRINGUNG IN EINER ENTZIEHUNGSANSTALT

Viel Arbeit macht allen Strafsenaten des BGH seit Oktober 2023 und derzeit noch die Neuregelung des Rechts der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 StGB. Hierauf möchte ich an dieser Stelle allerdings in der Sache nicht eingehen, sondern mich auf einige Anmerkungen aus revisionsverfahrensrechtlicher Sicht beschränken:

Der Gesetzgeber hat keine Übergangsregelung geschaffen, wie mit Urteilen in der Revision umzugehen ist, die vor dem 1. Oktober 2023 und damit unter der alten Rechtslage ergangen sind. Insofern gelten die allgemeinen Bestimmungen: Gemäß § 2 Abs. 6 StGB ist über Maßregelangeordnungen nach dem zum Entscheidungszeitpunkt geltenden Recht zu befinden. Für die Revision heißt das, wie sich aus § 354a StPO ergibt, dass die Strafsenate des Bundesgerichtshofs Maßregelangeordnungen seit dem 1. Oktober 2023 ausschließlich anhand des neuen Rechts rechtlich zu überprüfen haben. Die Revisionsgerichte müssen auch solche Urteile (teilweise) aufheben, die zuvor ergangen sind, am Maßstab des damals geltenden Rechts der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt rechtsfehlerfrei sind, aber dem neuen Recht, das verschärfte Anforderungen an eine Maßregelangeordnung stellt, nicht

(mehr) genügen.⁴³ Dadurch erklärt sich die gegenwärtig zu verzeichnende sehr hohe Zahl von Aufhebungen »im Bereich des § 64 StGB«. Das Verschlechterungsverbot des § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO steht dem nicht entgegen. Denn auch wenn viele Angeklagte – jedenfalls in der Vergangenheit – die Anordnung einer Unterbringung in einer Entziehungsanstalt als »Wohltat« empfanden, insbesondere auch vor dem Hintergrund der nach altem Recht möglichen Halbstrafenentlassung, so war und ist die Maßregelangeordnung in rechtlicher Hinsicht doch eine zusätzliche Belastung des Angeklagten, so dass bei einer Aufhebung des Maßregelausspruches auf seine Revision hin eine Entscheidung zu seinen Gunsten ergeht. Das bedeutet auch, dass das Revisionsgericht im Beschlusswege nach § 349 Abs. 4 StPO entscheiden kann – und so läuft es in der Praxis auch.

Das gilt auch für die Dauer eines Vorwegvollzugs eines Teils einer Freiheitsstrafe vor der Unterbringung. Während nach altem Recht die Vorwegvollzugsdauer nach dem »Halbstrafenzeitpunkt« zu bemessen war, so dass nach Vorwegvollzug und – erfolgreicher – Maßregel eine Halbstrafenentlassung möglich war, ist nach neuem Recht der »Zwei-Drittel-Zeitpunkt« Berechnungsgrundlage (§ 67 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 1 StGB). Nach neuem Recht ist daher regelmäßig ein längerer Vorwegvollzug geboten.

Ein nach altem Recht angeordneter, nunmehr »zu kurzer« Vorwegvollzug ist daher nach dem Gesagten vom Revisionsgericht zu beanstanden und führt insofern zur Urteilsaufhebung oder Änderung der Vorwegvollzugsdauer durch das Revisionsgericht in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO. Dies gilt auch

für eine Angeklagtenrevision, die im Übrigen die Dauer des Vorwegvollzugs nicht vom Revisionsangriff ausnehmen kann, wenn sich das Rechtsmittel »nur« gegen den Schuldspruch richtet.

Man könnte allerdings geneigt sein einzuwenden, der Angeklagte sei durch einen »zu kurzen« Vorwegvollzug nicht beschwert; der durch die Gesetzesänderung bedingte Rechtsfehler könne beziehungsweise müsse aus diesem Grund bei einer Angeklagtenrevision unbeachtet bleiben. Denn bei einem Vorwegvollzug nach altem Recht bliebe dem Angeklagten – jedenfalls theoretisch – die Möglichkeit einer »regulären« Halbstrafenentlassung unter den Voraussetzungen des § 57 Abs. 2 StGB erhalten, die bei einer auf den Zwei-Drittel-Zeitpunkt berechneten Vorwegvollzugsdauer nunmehr praktisch ausscheidet.

Allerdings: Dieser interessanten Überlegung sind die Strafsenate, auch der 3. Strafsenat, nicht nähergetreten.⁴⁴ Insofern wird auf alte Rechtsprechung zur Beanstandung der Vorwegvollzugsdauer rekurriert: Ein richtig berechneter Vorwegvollzug sichere den Therapieerfolg durch die Möglichkeit einer Haftentlassung nach erfolgreich abgeschlossener Therapie.⁴⁵ Damit sei ein Angeklagter auch durch einen »zu kurzen« Vorwegvollzug beschwert. Zudem entscheidet der Bundesgerichtshof auch dann, wenn er einen »zu kurzen« Vorwegvollzug beanstandet, auf eine Angeklagtenrevision hin im Beschlusswege (nach § 349 Abs. 4 StPO).

⁴² BGH, Beschluss vom 18. November 2021 – 3 StR 131/21, Rn. 17. Siehe auch BGH, Beschluss vom 21. Februar 2023 – 3 StR 278/22, Rn. 21; Beschluss vom 11. August 2021 – 3 StR 268/20, Rn. 29 f.

⁴³ BGH, Urteil vom 25. Januar 2024 – 3 StR 157/23; Beschluss vom 23. Januar 2024 – 3 StR 455/23; Urteil vom 11. Januar 2024 – 3 StR 280/23 Rn. 39; Beschluss vom 19. Dezember 2023 – 3 StR 411/23 Rn. 10; Beschluss vom 12. Dezember 2023 – 3 StR 343/23.

⁴⁴ BGH, Urteil vom 11. Januar 2024 – 3 StR 280/23.

⁴⁵ Vgl. BGH, Beschluss vom 8. Februar 2022 – 3 StR 458/21, Rn. 17.