

Strafrecht / Strafprozessrecht

BGH 2 StR 34/06 - Urteil vom 14. Juni 2006

- **Verfahrensrüge der vorschriftswidrigen Besetzung des Gerichts;**
- **Untersuchungshaft als Strafmilderungsgrund;**
- **Verfall - Verhältnis zur Einziehung** (Vgl. Sie hierzu auch die Übersicht im Anhang zur Entscheidung)

**§ 21g GVG; § 338 Nr. 1 StPO;
§ 46 Abs. 2 StGB; § 51 StGB;
§ 73 StGB; § 74 StGB**

Sachverhalt:

Der Angeklagte ließ in der Zeit vom 20. November 2003 bis zum 28. April 2004 in sechs Fällen von dem Lkw-Fahrer E. in einer an dessen Tankauflieger befestigten Kiste jeweils zwischen 60 und 120 kg Haschisch - insgesamt 537,81 kg mit einem Wirkstoffgehalt von mindestens 11,2 % Tetrahydrocannabinol (THC) - zum Weiterverkauf aus Spanien in das Industriegebiet von Dietzenbach transportieren.

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in sechs Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren und sechs Monaten verurteilt, die sichergestellten Betäubungsmittel, Verpackungsmaterialien, vier Mobiltelefone der Marken Nokia und Samsung, ein Ladegerät und den VW Golf IV TDI, amtliches Kennzeichen XYZ, eingezogen sowie den Verfall in Höhe von 670,81 Euro angeordnet. Im Übrigen hat es den Angeklagten freigesprochen.

Gegen die Verurteilung wandte sich der Angeklagte mit seiner auf die Sach- und auf eine Verfahrensrüge gestützten Revision.

Die zu Ungunsten des Angeklagten eingelegte - vom Generalbundesanwalt vertretene - Revision der Staatsanwaltschaft war auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkt; sie rügte die Verletzung sachlichen Rechts.

Das Rechtsmittel des Angeklagten blieb erfolglos, dasjenige der Staatsanwaltschaft hatte teilweise Erfolg.

Examensrelevante Auszüge aus den Gründen:

I.

1. Die Revision des Angeklagten zeigte mit der Sachrüge keinen Rechtsfehler des Urteils auf. Die getroffenen Feststellungen trugen den Schuldspruch und auch der Strafausspruch enthielt keinen durchgreifenden Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten.
2. Auch die **Verfahrensrüge der vorschriftswidrigen Besetzung des Gerichts, § 21 g GVG mit der Folge § 338 Nr. 1 StPO**, war unbegründet.

Die Verteidigung hatte in der Hauptverhandlung vor der Vernehmung des ersten Angeklagten zur Sache den Einwand erhoben, dass der interne Geschäftsverteilungsplan der 12. Strafkammer des Landgerichts Darmstadt für das Jahr 2004 keine Regelung enthielt, welcher Beisitzer in Fällen der Besetzung mit zwei Berufsrichtern (§ 76 Abs. 2 1. Alt. GVG) in der Hauptverhandlung mitzuwirken habe.

Darüber hinaus wurde mit der Revision vorgetragen, dass die Vertretungsregelung im Fall der Überlastung eines Beisitzers zu unbestimmt seien.

Der interne Geschäftsverteilungsplan der 12. Strafkammer des Landgerichts Darmstadt lautete wie folgt:

"... 2. Die Mitwirkung der beiden Beisitzer innerhalb und außerhalb der Hauptverhandlung als Berichterstatter in den bei der 12. Strafkammer anhängigen Strafsachen wird wie folgt festgelegt:

a) Richter Happel ist Berichterstatter in den Verfahren, in denen die letzte Zahl des Aktenzeichens ungerade ist.

b) Richterin Sachs ist Berichterstatterin in den Verfahren, in denen die letzte Zahl des Aktenzeichens gerade ist. ..."

Eine ausdrückliche Regelung, dass in den Fällen, in denen die Strafkammer - wie hier - gemäß § 76 Abs. 2 GVG die Verhandlung mit zwei Berufsrichtern beschließt, außer dem Vorsitzenden der Berichterstatter an der Hauptverhandlung teilnimmt, enthielt der Geschäftsverteilungsplan nicht; einer solchen bedurfte es auch nicht.

„Es versteht sich von selbst, dass bei einer Verhandlung mit zwei Berufsrichtern neben dem Vorsitzenden der Berichterstatter an der Hauptverhandlung teilnimmt. Der Berichterstatter bereitet die Verhandlung anhand der Akten vor und schreibt nach der Verhandlung das Urteil. Eine Regelung, wonach von mehreren Berufsrichtern einer Strafkammer einer zum Berichterstatter bestellt würde, bei einer Zweierbesetzung nach § 76 Abs. 2 GVG aber ein anderer (außer dem Vorsitzenden) an der Hauptverhandlung teilnähme, wäre widersinnig. Die Mitwirkung des Berichterstatters bei Besetzungsreduzierung in der Hauptverhandlung lässt sich zwanglos auch der Formulierung unter Ziffer 2 des kammerinternen Geschäftsverteilungsplans entnehmen. Darin wird die Mitwirkung der beiden Beisitzer innerhalb und außerhalb der Hauptverhandlung als Berichterstatter festgelegt. Aus dieser Formulierung folgt ohne weiteres, dass der Berichterstatter immer an der Hauptverhandlung teilnimmt.“

Soweit der Angeklagte mit der Revision weitere Mängel des kammerinternen Geschäftsverteilungsplans geltend machte, war diese Beanstandung präkludiert. Nach **§ 222 b Abs. 1 Satz 3 StPO** sind alle Beanstandungen in der Hauptverhandlung gleichzeitig vorzubringen.¹

II.

Die Revision der Staatsanwaltschaft hatte teilweise Erfolg. Der Strafausspruch hielt rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Kammer hatte dem Angeklagten zugute gehalten, dass er 14 Monate in Untersuchungshaft verbracht hat und durch die Einziehung seiner Mobiltelefone und des Pkw Golf einen wirtschaftlichen Verlust erlitt.

1. Die Revision machte zu Recht geltend, dass die **Verbüßung von Untersuchungshaft grundsätzlich nicht zu einer Strafmilderung führt.**² Zwar sind überdurchschnittliche Belastungen, die dem Täter durch das Verfahren als solches entstehen, bei der Strafzumessung zu seinen Gunsten durchaus zu berücksichtigen. Dass der Täter in der zur Verhandlung anstehenden Sache Untersuchungshaft erlitten hat, ist bei der Verhängung einer Freiheitsstrafe aber regelmäßig ohne Bedeutung, denn die **Untersuchungshaft wird nach § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB grundsätzlich auf die zu vollstreckende Strafe angerechnet.**

Untersuchungshaft kann deshalb allenfalls dann mildernde Wirkung zu kommen, wenn keine ohnehin zu verbüßende Freiheitsstrafe verhängt wird oder wenn besondere Umstände hinzutreten. Der Vollzug von (anrechenbarer) Untersuchungshaft stellt an sich keinen Nachteil für den Angeklagten dar. Aber auch wenn eine Freiheitsstrafe (nur) deshalb zur Bewährung ausgesetzt werden kann, weil der Angeklagte durch den Vollzug der Untersuchungshaft hinreichend beeindruckt ist, verbietet sich eine zusätzliche mildernde Berücksichtigung bei der Bemessung der Strafhöhe.

Soweit der Bundesgerichtshof den Vollzug von Untersuchungshaft als strafmildernden Gesichtspunkt gebilligt hat, ist dies im Zusammenhang mit anderen Umständen geschehen, etwa einer überlangen Verfahrensdauer, besonderen persönlichen Verhältnissen, einer den Angeklagten besonders belastenden Ungewissheit oder der Tatsache, dass der noch nie inhaftierte Angeklagte durch die Untersuchungshaft besonders zu beeindrucken war. Weitere mit dem Vollzug der Untersuchungshaft verbundene besondere Nachteile für einen Angeklagten können beispielsweise das Auftreten einer Haftpsychose sein, bei einem Ausländer ohne familiäre Bindung in Deutschland oder bei fehlenden Kenntnissen der deutschen oder einer sonst verbreiteten Sprache ein daraus folgender Mangel sozialer Kontakte, oder Haftbedingungen, die über die üblicherweise mit Untersuchungshaft verbundenen Beeinträchtigungen hinaus besondere Erschwernisse enthalten. Will der Tatrichter wegen besonderer Nachteile für den Angeklagten den Vollzug der

¹ BGHSt 44, 328, 336.

² Tröndle/Fischer, StGB 53. Aufl. § 46 Rdn. 72; BGH NStZ 2005, 212; NStZ-RR 2005, 168, 169; wistra 2001, 105; a. A. zur Berücksichtigung der Untersuchungshaft bei der Strafrahmenwahl BGH StV 1993, 245.

Untersuchungshaft mildernd bei der Strafzumessung berücksichtigen, müssen diese Nachteile in den Urteilsgründen dargelegt werden. Daran fehlte es vorliegend. Der Senat konnte nicht ausschließen, dass die insgesamt milden Strafen auf der fehlerhaften Wertung der Untersuchungshaft beruhen.

2. Soweit die Staatsanwaltschaft vortrug, der Pkw VW Golf sei fehlerhaft nicht gemäß **§ 73 a StGB** für verfallen erklärt worden, was bei der Strafzumessung nicht mildernd zu berücksichtigen gewesen wäre, konnte der Senat letztlich die Rechtsfrage, ob der Verfall der Einziehung vorgeht, wenn die Voraussetzungen beider Rechtsinstitute vorliegen, offenlassen.

Der Generalbundesanwalt hatte für den konkreten Fall zutreffend dargelegt, dass sich ausreichende Anhaltspunkte für die Behauptung, der Pkw sei mit Gewinnen aus Betäubungsmitteldelikten erworben worden, aus den Urteilsgründen nicht ergäben. Gegen einen Erwerb mit Gewinnen aus den abgeurteilten Taten sprach, dass der Antrag auf Kraftfahrtversicherung für das Fahrzeug vom 3. November 2003 datierte, der erste dem Angeklagten zur Last gelegte Haschischtransport aber am 20. November 2003 stattfand. Auch die Voraussetzungen des erweiterten Verfalls, § 73 d StGB, waren im Urteil nicht belegt. Zwar war der Angeklagte seit dem Jahr 2000 fast durchgehend arbeitslos; es wurde aber nicht festgestellt, wann er das Fahrzeug zu welchem Kaufpreis angeschafft hatte.

3. Die weitergehende Revision der Staatsanwaltschaft war zu verwerfen, weil die Urteilsgründe hinsichtlich der Anordnung der Einziehung und des Verfalls keinen Rechtsfehler erkennen ließen.

Merke insbesondere:

Verbüßung von Untersuchungshaft führt grundsätzlich nicht zu einer Strafmilderung, denn Untersuchungshaft wird nach § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB regelmäßig auf die zu vollstreckende Strafe angerechnet. Untersuchungshaft kann deshalb allenfalls dann strafmildernde Wirkung zukommen, wenn keine zu verbüßende Freiheitsstrafe verhängt wird oder wenn besondere Umstände hinzutreten. Will der Tatrichter den Vollzug der Untersuchungshaft mildernd bei der Strafzumessung berücksichtigen, müssen besondere Nachteile für den Angeklagten in den Urteilsgründen dargelegt werden. In Betracht kommen v.a. Haftbedingungen, die über die üblicherweise mit Untersuchungshaft verbundenen Beeinträchtigungen hinaus besondere Erschwernisse enthalten.

Anhang:

Kurzübersicht über klausurrelevante Grundlagen bzgl. Verfall und Einziehung

A. Verfall

Er dient der Gewinnabschöpfung und damit dem Ausgleich unrechtmäßiger Vermögensverschiebung. Dieser Zweck bestimmt seine Rechtsnatur, die seit jeher aber umstritten ist. Nach der h.M. handelt es sich beim Verfall um eine Maßnahme eigener Art (Tröndle/Fischer, § 73, Rn. 2) und nicht um eine Nebenstrafe, weshalb seine Anordnung bei der Strafzumessung nicht berücksichtigt werden muss (NStZ 2001, 312).

Voraussetzungen

Der Verfall wird in **§§ 73 – 73e StGB** geregelt. Die maßgebliche Grundnorm bildet § 73 I StGB.

- Danach ist für die Anordnung eines Verfalls **Voraussetzung**, dass der Täter/Teilnehmer einer rechtswidrigen, aber nicht notwendig schuldhaften Tat aus dieser oder für diese etwas unmittelbar erlangt hat und auch zum Ztpkt. der gerichtlichen Entscheidung noch über diesen Vermögensvorteil verfügt.
- Gem. **§ 73 I 2 StGB** scheidet jedoch eine Anordnung des Verfalls aus, soweit dem Verletzten aus der Tat ein Anspruch erwachsen ist, dessen Erfüllung dem Täter/Teilnehmer den Wert des aus der Tat Erlangten entziehen würde.

Dabei kommt es nur auf die rechtliche Existenz des Anspruchs, nicht auch auf seine Geltendmachung an (T/F, § 73, Rn. 11; NStZ – RR 2006, 138 f.).

Ebenso scheidet eine Verfallsanordnung aus, wenn gem. **§ 73c StGB** eine „unbillige Härte“ vorliegt.

Eine **prozessuale Besonderheit** ist die Regelung der **§§ 111b ff. StPO**, welche die **Sicherstellung der dem Verfall unterliegenden Vermögenswerte** regeln. Liegen die Voraussetzungen für den Verfall vor, kommt die Beschlagnahme nach §§ 111b, 111c StPO in Betracht.

Bzgl. etwaiger Rechtsbehelfe vgl. Meyer-Goßner, StPO, § 111e Rn. 17 i.V.m § 98 Rn. 31, 32 – Antrag auf richterliche Entscheidung bzw. Beschwerde.

B. Einziehung

Die Einziehung stellt kein einheitliches Rechtsinstitut dar, sondern hat einen Doppelcharakter.

Soweit die Einziehung auf Grundlage der §§ 74 II Nr. 1, 74a, 74c StGB erfolgt, hat sie einen strafähnlichen Charakter und ist als Nebenstrafe Teil der Strafzumessung. In den Fällen des § 74 II Nr. 2 i.V.m. III StGB steht demgegenüber der Sicherungszweck im Vordergrund (T/F, § 74, Rn. 2).

Voraussetzungen

Die Einziehung wird in **§§ 74 ff. StGB** geregelt. Die Grundnorm bildet § 74 StGB.

- Als **Anlasstat** kommt gem. Abs. 1 lediglich eine vorsätzliche, auch nur versuchte, Straftat in Betracht. Abgesehen vom Fall des Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. Abs. 3 ist darunter eine volldeliktische, also rechtswidrig und schuldhaft begangene Tat zu verstehen (Sch/Sch, § 74, Rn. 2 f.).

Eine fahrlässige Straftat als Anlasstat ist nur i.R.d. des Abs. 4 i.V.m. Sondervorschriften möglich (Sch/Sch, § 74, Rn. 2).

- **Einziehbar** sind Gegenstände, die durch diese Tat hervorgebracht, zu ihrer Begehung gebraucht worden sind oder bestimmt waren (ausführlich hierzu T/F, § 74, Rn. 5 ff.).

Beim Gebrauch ist erforderlich, dass der Gegenstand gezielt die Verwirklichung des deliktischen Vorhabens fördert bzw. nach der Planung des Täters fördern soll (NStZ 2005, 503).

- Zulässig ist die Einziehung aber nur, wenn **gem. Abs. 2** der Gegenstand nach Nr. 1 zum Ztpkt. der Entscheidung einem schuldhaft handelnden Beteiligten der Anlasstat gehört oder zusteht oder nach Nr. 2 vom tatverstrickten Gegenstand nach seiner Art und den Umständen eine Gefahr für die Allgemeinheit ausgeht oder die Gefahr besteht, dass er der Begehung zukünftiger rechtswidriger Taten dienen wird.

Nr. 2 gilt unabhängig davon, ob der Gegenstand zum Ztpkt. der Tat oder Entscheidung einem Tatbeteiligten oder einem Dritten zusteht. Eine etwaige Entschädigungen eines Dritten richtet sich hier nach § 74f StGB. Weitere Fälle von Dritteinziehung sind in § 74a StGB geregelt. In diesen Fällen scheidet jedoch eine Entschädigung des Dritten nach § 74f II Nr. 1, 2 StGB aus (T/F, § 74, Rn. 14).

Eingeschränkt wird die Einziehung durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gem. **§ 74b StGB**, der sowohl bei strafähnlicher Einziehung, als auch in den Fällen der Sicherungseinziehung, wenn hier auch nicht ausdrücklich, gilt (T/F, § 74b, Rn. 2 f.).

Zu der Möglichkeit der Sicherstellung gem. **§§ 111b ff. StPO** wird auf die Ausführungen diesbezüglich zum Verfall Bezug genommen.