



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

1 StR 479/00

vom
22. November 2000
in der Strafsache
gegen

wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer
Menge u.a.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 22. November 2000 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 5. Juli 2000 mit den Feststellungen aufgehoben, soweit eine Entscheidung über die Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt unterblieben ist.
2. 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.
3. Die weitergehende Revision des Angeklagten wird verworfen.

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in fünf Fällen, jeweils in Tateinheit mit Erwerb von Betäubungsmitteln, zu vier Jahren Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt. Zudem hat es gemäß §§ 73, 73a StGB im Hinblick auf die vom Angeklagten durch diese Straftaten (Kokainverkäufe) erlangten Bruttoerlöse einen Wertersatzverfall in Höhe von 70.000 DM angeordnet. Das auf den Rechtsfolgenanspruch beschränkte Rechtsmittel des Angeklagten führt zur Aufhebung des Urteils, soweit eine Entscheidung hinsichtlich einer Maßregelanordnung unterblieben ist.

1. Die Strafkammer hat nicht geprüft, ob der Angeklagte gemäß § 64 StGB in einer Entziehungsanstalt unterzubringen ist. Diese Erörterung drängte sich hier auf: Nach den Feststellungen war der Angeklagte, der seit Jahren Haschisch, Ecstasy und Kokain konsumierte, abhängig. Der Betäubungsmittelhandel diente u.a. der Finanzierung des eigenen Drogenkonsums. Daß beim Angeklagten eine hinreichend konkrete Aussicht eines Behandlungserfolgs nicht besteht, kann den Urteilsgründen nicht entnommen werden. Vielmehr hat sich der Angeklagte in der Untersuchungshaft selbst an einen Drogenberater gewandt und einer stationären Therapie zugestimmt. Das Landgericht hätte daher darlegen müssen, warum es gleichwohl von der Unterbringung, deren Anordnung beim Vorliegen der Voraussetzungen zwingend ist, abgesehen hat. Die Sache bedarf somit insoweit neuer tatrichterlicher Prüfung unter Hinzuziehung eines Sachverständigen (§ 246a StPO).

Der Strafausspruch kann bestehen bleiben, da angesichts der großen Rauschgiftmengen auszuschließen ist, daß der Tatrichter bei Anordnung der Unterbringung eine niedrigere Strafe verhängt hätte.

Auf die Verfahrensrügen, die ausschließlich die nicht erfolgte Maßregelanordnung betreffen, kommt es daher nicht mehr an.

2. Im übrigen hat die Nachprüfung des Urteils keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben.

Die Revision beanstandet ohne Erfolg, daß die Anordnung des Verfalls bei der Strafzumessung unberücksichtigt geblieben ist, obwohl dem Bruttoerlös die vom Angeklagten gezahlten Einkaufspreise gegenüberstünden und der Reingewinn daher lediglich etwa 20.000 DM betrage. Daß dieser mit dem Brutto-Wertersatzverfall verbundene Nachteil bei der Strafzumessung nicht

berücksichtigt wurde, stellt keinen Rechtsfehler dar, da die Verfallanordnung gemäß §§ 73, 73a StGB nicht zu einer Strafmilderung führen muß (BGH NStZ 1995, 491; BGH NStZ-RR 1996, 129, 130; BGH Urteil vom 5. Dezember 1996 - 5 StR 542/96; BGH NJW 1998, 1723, 1728; BGH NStZ 2000, 137; LK-Schmidt 11. Aufl. § 73 Rdn. 7 und 11 ff.). Die hiergegen von der Revision und Teilen der Literatur (vgl. Lackner/Kühl StGB 23. Aufl. § 73 Rdn. 4b f. m.w.N.) vorgebrachten Bedenken, wonach zumindest bei über den Nettogewinn des Täters hinausgehenden Vermögensverlusten wegen des strafähnlichen Charakters der Verfallanordnung eine Strafmilderung vorzunehmen sei, greifen nicht durch.

Der Senat verkennt nicht, daß es beim Verfall des Wertersatzes zu Härten kommen kann. Dies hat der Gesetzgeber bedacht und in § 73c StGB einen Härteausgleich vorgesehen; in Ausnahmefällen (vgl. BGH NStZ 1995, 495 und 2000, 481) kann demnach ganz oder teilweise von der Verfallanordnung abgesehen werden. Die Strafkammer hat sich mit dieser Härtevorschrift auseinandergesetzt, dabei bedacht, daß es sich um nicht mehr im Vermögen des Angeklagten vorhandene Bruttoerlöse handelt, und im Hinblick auf die dem Angeklagten zumutbare Einschränkung bei der Lebensführung das Vorliegen einer unbilligen Härte verneint.

Lag die Anwendbarkeit der Härtevorschrift nahe und hat der Tatrichter mit rechtsfehlerfreien Ausführungen ihr Eingreifen verneint, so muß er die Verfallanordnung auch nicht mehr im Rahmen der Strafzumessung erörtern und berücksichtigen.

Dem steht nicht entgegen, daß die Einziehung als Nebenstrafe im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen ist (vgl. BGH StV 1987, 389). Anders als etwa bei der Einziehung eines mit legalen Einkünften finanzierten

Tatfahrzeuges gemäß § 74 StGB betrifft der Verfall des Rauschgifterlöses einen unrechtmäßig erlangten Vermögensbestandteil. Hinzu kommt, daß der Angeklagte aufgrund der Nichtigkeit der Kaufpreisübereignung gemäß § 134 BGB (BGH NJW 1983, 636; Palandt/Heinrichs BGB 59. Aufl. § 134 Rdn. 13) kein Eigentum an dem für das Kokain erhaltenen Geld erworben hat (was nach §§ 73 Abs. 4, 73a StGB dem Verfall des Wertersatzes nicht entgegensteht). Die Abschöpfung betrifft mithin Vermögensbestandteile, hinsichtlich der ein rechtlich schützenswertes Vertrauen, sie behalten zu dürfen, beim Angeklagten nie bestanden hat. Außerdem hätte auch das seinerseits vom Angeklagten aufgewandte Kaufgeld, wenn er bereits beim Einkauf des Kokains festgenommen worden wäre, eingezogen werden können (vgl. BGH NStZ 1995, 491).

Anders als die der Einziehung unterliegenden Gegenstände sind die dem Verfall unterliegenden Vermögensbestandteile auch häufig zuvor nicht sichergestellt worden, so daß im Zeitpunkt der Urteilsverkündung - wie hier - noch nicht feststeht, ob der Staat den Zahlungsanspruch überhaupt durchsetzen kann (eine Ersatzfreiheitsstrafe droht dem Täter insoweit nicht). Die strafmildernde Berücksichtigung des Verfalls bei Tätern, die später nicht zahlen, wäre ebenso ungerechtfertigt wie die Beschränkung auf im Zeitpunkt der Hauptverhandlung wohlhabende Angeklagte.

Die Auffassung des Bundesgerichtshofs steht auch mit dem Gesetzeszweck im Einklang. Die vor dem 7. März 1992 gültigen Regelungen über den Verfall waren wegen ihrer Kompliziertheit heftiger Kritik ausgesetzt (vgl. Schäfer, Praxis der Strafzumessung 2. Aufl. Rdn. 166). So unterlag ursprünglich nur der Nettogewinn des Täters dem Verfall, was den Tatrichter dazu zwang, sämtliche gewinnmindernden Unkosten des Straftäters (Reisekosten, Hotelkosten, Einkaufspreis, Kurierlohn, Schmiergelder usw.) festzustellen und abzuziehen.

Dem trug der Gesetzgeber durch die Neufassung dieser Vorschriften und die Einführung der Bruttogewinnabschöpfung Rechnung. Der Rechtsgedanke des § 817 Satz 2 BGB, wonach das in ein verbotenes Geschäft Investierte unwiederbringlich verloren ist, sollte nach dem Willen des Gesetzgebers auch beim Verfall Anwendung finden (LK-Schmidt 11. Aufl. § 73 Rdn. 5 f. mit Nachw.). Dieser Vereinfachungsbestrebung würde es entgegenstehen, wenn der Tatrichter nunmehr bei der Strafzumessung die dem Rauschgifthändler im Rahmen seiner kriminellen und daher im Verborgenen abgewickelten Geschäfte entstandenen (zunächst verschleierte und später dann häufig unüberprüfbar aufgeblähten) Unkosten feststellen und berücksichtigen müsste.

Schäfer

Nack

Schluckebier

Kolz

Schaal