



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

3 StR 541/00

vom

9. Mai 2001

in der Strafsache

gegen

wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 9. Mai 2001,
an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Kutzer,

die Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Miebach,
Winkler,
Pfister,
von Lienen
als beisitzende Richter,

Bundesanwalt
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt ,
Rechtsanwalt
als Verteidiger,

Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Osnabrück vom 10. April 2000 im Ausspruch über den Verfall mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben, soweit ein 194.400 DM übersteigender Betrag für verfallen erklärt worden ist.

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.

2. Die weitergehende Revision des Angeklagten wird verworfen.

Von Rechts wegen

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 14 Fällen und wegen des Ausübens der tatsächlichen Gewalt über eine Schußwaffe ohne die erforderliche Erlaubnis zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten verurteilt und ihn im übrigen freigesprochen. Außerdem hat es Rauschgift, ein Kleinkalibergewehr sowie Munition eingezogen und den Verfall von 250.000 DM (194.400 DM Verfall von Wertersatz und 55.600 DM erweiterter Verfall) angeordnet. Mit seiner Revision erhebt der Angeklagte eine Verfahrensrüge und beanstandet die Verletzung materiellen Rechts. Die Staats-

anwaltschaft wendet sich mit ihrer auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützten Revision nur gegen den Ausspruch über den erweiterten Verfall. Das wirksam auf die Höhe der Verfallsanordnung beschränkte (vgl. BGHR StGB § 73 b Schätzung 2; BGH NStZ-RR 1997, 270 f) Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft hat Erfolg, das Rechtsmittel des Angeklagten nur im Ausspruch über den erweiterten Verfall.

1. Die Strafkammer hat folgende Feststellungen getroffen:

Im Zeitraum Ende 1994 bis Februar/März 1996 verkaufte der Angeklagte in sechs Fällen insgesamt mindestens 15 Kilogramm Haschisch an den gesondert verfolgten Zeugen G. (Fälle III. 1. - 6.). In einem weiteren Fall (Fall III. 7.) wurden im Juli 1995 ca. 25 Kilogramm Haschisch, die der Angeklagte bei seinem niederländischen Lieferanten zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestellt hatte, kurz nach der Einreise des Rauschgiftkuriers in die Bundesrepublik Deutschland von der Polizei sichergestellt. In weiteren vier Fällen verkaufte der Angeklagte in der Zeit zwischen Mai 1997 bis Juni 1998 an den Zeugen H. jeweils mindestens vier Kilogramm Haschisch (Fälle III. 8. - 11.). Weiterhin hielt der Angeklagte im September 1998 sechs Kilogramm Haschisch und um Weihnachten 1998 20 Kilogramm Haschisch in einem Erdbunker vorrätig, die er zum größten Teil gewinnbringend weiterverkaufte (Fälle III. 12. und 13.). Am 16. Januar 1999 verwahrte er in zwei Erdbunkern zum Weiterverkauf bestimmte 4.362,99 Gramm Haschisch, das sichergestellt wurde (Fall III. 14.). Das Haschisch hatte einen durchschnittlichen Wirkstoffgehalt von mindestens 6 % THC. Außerdem verfügte der Angeklagte am 29. Januar 1999 über ein Kleinkalibergewehr mit 185 Schuß Munition.

2. Die auf die Revision des Angeklagten erfolgte Überprüfung des Urteils hat zum Schuldspruch, zum Strafausspruch, zur Einziehungsanordnung

und zur Entscheidung über den Verfall von Wertersatz in Höhe von 194.400 DM keinen Rechtsfehler zu seinem Nachteil ergeben.

Die verfahrensrechtliche Beanstandung, das Landgericht habe bei der Würdigung der den Angeklagten entlastenden Aussage des Zeugen W. seine Überzeugung nicht aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung geschöpft (§ 261 StPO), ist aus den Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts unbegründet. Entgegen der Meinung der Verteidigung zieht die Strafkammer den Schluß, auf die Aussage dieses Zeugen könne nichts gestützt werden (UA S. 68), nicht vorrangig aus dem persönlichen Eindruck (vgl. BGHSt 45, 354), den der als einziges Mitglied des erkennenden Gerichts bei der kommissarischen Vernehmung anwesende Strafkammervorsitzende außerhalb der Hauptverhandlung gewonnen hatte, sondern - unabhängig vom persönlichen Eindruck des Strafkammervorsitzenden - aus ihrer auf Grund einer rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung gewonnenen Überzeugung, der Zeuge habe hinsichtlich des Haschischgeschäfts vom 18. Juli 1995, insbesondere des dem Kurier Wi. erteilten Auftrags, das Rauschgift in einem Erdbunker des Angeklagten in der Nähe von Haselünne zu deponieren, bewußt die Unwahrheit gesagt.

Von dem insgesamt für verfallen erklärten Betrag von 250.000 DM hat das Landgericht einen Teilbetrag in Höhe von 194.400 DM ohne Rechtsfehler als Verfall von Wertersatz angeordnet (§§ 73 Abs. 1 Satz 1, 73 a StGB), der sich aus dem Verkauf von 54 kg Haschisch zu dem rechtsfehlerfrei festgestellten durchschnittlichen Verkaufspreis von 3.600 DM/kg errechnet. Dabei ist es zutreffend vom Bruttoprinzip ausgegangen (vgl. BGH NStZ 94, 123 f.).

3. Die Anordnung des erweiterten Verfalls von weiteren 55.600 DM gemäß § 73 d Abs. 1 und 2, §§ 73 a, 73 b StGB hält sachlich-rechtlicher Überprüfung nicht stand.

Die Strafkammer hält die Voraussetzungen dieser Vorschriften deshalb für gegeben, weil der Angeklagte nach ihrer Überzeugung aus Haschischgeschäften auch mit anderen Abnehmern als den Hauptbelastungszeugen G.

und H. zusätzlich etwa ein Drittel des für verfallen erklärten Wertersatzes von 194.400 DM erlangt hat (UA S. 116 f.). Dabei hat es auch berücksichtigt, daß der Angeklagte, der seit 1982 keiner geregelten Arbeit nachging, sondern mit antiken Möbeln, Oldtimern, Emailleschildern sowie mit Wein und Sekt handelte, Eigentümer eines von seinem Vater bezahlten, lastenfreien Anwesens, einer Münzsammlung im Wert von ca. 11.195 DM und zweier älterer Personenkraftwagen war und über Sparguthaben in der Gesamthöhe von ca. 274.250 DM verfügte. Mit diesen Erwägungen sind die Voraussetzungen für den erweiterten Verfall nicht festgestellt.

Bei den vom Angeklagten begangenen Straftaten des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge kommt ein erweiterter Verfall in Betracht, weil § 33 Abs. 1 Nr. 2 BtMG auf § 73 d StGB verweist. Gemäß § 73 Abs. 2 Satz 2, § 73 d Abs. 1 StGB unterliegen dem erweiterten Verfall aber nur Gegenstände des an der rechtswidrigen Tat Beteiligten, d.h. solche Sachen oder Rechte, die diesem zum Zeitpunkt der Verfallsanordnung gehören oder zustehen (vgl. Schmidt in LK 11. Aufl. § 73 d Rdn. 27, 29 m.w.Nachw.; Eser in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 73 d Rdn. 11) oder - wegen eines zivilrechtlich unwirksamen Erwerbsaktes (vgl. BGHSt 31, 145) - nur deshalb nicht gehören oder zustehen, weil er sie für eine rechtswidrige Tat oder aus ihr erlangt hat, sowie die Surrogate solcher Gegenstände. Ist Geld

erlangt, sind Gegenstand des Verfalls nicht nur die Geldbeträge als solche, sondern auch die Gegenstände, die der Tatbeteiligte mit dem Geld erworben hat (vgl. Schmidt aaO § 73 Rdn. 46). Die Gegenstände können bei einer verfassungskonformen Auslegung der Vorschrift nur dann für verfallen erklärt werden, wenn der Tatrichter nach Beweiserhebung und Beweiswürdigung davon überzeugt ist, daß die von der Verfallsanordnung erfaßten Gegenstände für rechtswidrige Taten oder aus ihnen unmittelbar erlangt worden sind, ohne daß diese im Einzelnen festgestellt werden müssen (vgl. BGHSt 40, 371, 373; BGH NStZ-RR 1998, 297). Befinden sich Sachen oder Rechte, die dem erweiterten Verfall unterlegen hätten und die bei Begehung der Anknüpfungstat noch vorhanden waren (vgl. Schmidt, aaO § 73 d Rdn. 53 m.w.Nachw.; Eser, aaO § 73 d Rdn. 17; Lackner/Kühl, StGB 23. Aufl. § 73 d Rdn. 5), nicht mehr im Vermögen des Tatbeteiligten, kann der Verfall eines dem Wert des ursprünglich dem Verfall unterliegenden Gegenstandes entsprechenden Geldbetrags angeordnet werden (§ 73 d Abs. 2 i.V.m. § 73 a Satz 1 StGB), wobei insoweit eine Schätzung zulässig ist (§ 73 d Abs. 2 i.V.m. § 73 b StGB).

Wie die Verteidigung mit Recht beanstandet, hat das Landgericht keinen bestimmten, für eine rechtswidrige Tat oder aus ihr erlangten Vermögensgegenstand des Angeklagten oder dessen Surrogat konkretisiert, der dem erweiterten Verfall unterlegen wäre und für den der Verfall von Wertersatz in Betracht kommen könnte, weil er in seinem Vermögen nicht mehr vorhanden ist. Die Urteilsgründe erschöpfen sich vielmehr darin, anhand der Betäubungsmittelgeschäfte, die Gegenstand der Verurteilung sind, nachzuweisen, daß der Angeklagte noch andere Abnehmer als die Zeugen G. und H. hatte, und dann - ohne eine tragfähige Grundlage - eine im Gesetz nicht vorgesehene, unsubstantiierte Schätzung mit ca. einem Drittel des Verkaufspreises der nachgewiesenen Haschischgeschäfte vorzunehmen.

4. Der Senat hebt nur die Entscheidung über den erweiterten Verfall mit den zugehörigen Feststellungen auf, läßt den Rechtsfolgenausspruch aber im übrigen bestehen. Da der erweiterte Verfall nur einen unrechtmäßig erlangten Vermögenszuwachs abschöpfen will, ist die mit ihm verbundene Vermögenseinbuße kein Strafmilderungsgrund (vgl. BGHR StGB § 73 d Strafzumessung 1; BGH NStZ 2000, 137). Im Umfang der Aufhebung bedarf die Sache neuer Verhandlung und Entscheidung.

Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat darauf hin, daß die Grundlagen für eine Entscheidung über den erweiterten Verfall zweckmäßigerweise gewonnen werden (vgl. BGH NStZ 1995, 125 unter 2.; Schmidt, aaO § 73 d Rdn. 44 f.), indem von den Vermögenswerten des Angeklagten die darin enthaltenen legal eingenommenen Geldbeträge - wie die Zuwendungen des Vaters, die Leistungen der Berufsgenossenschaft und die Gewinne aus den Handelsgeschäften - sowie der Nettogewinn, der in dem rechtsfehlerfrei für verfallen erklärten Betrag von 194.400 DM enthalten ist, abgezogen werden und die verbleibende Differenz unter Berücksichtigung der erforderlichen Ausgaben zur Bestreitung des Lebensunterhalts daraufhin untersucht wird, ob es sich um plausible Einkünfte aus legalen Einkommensquellen handeln kann oder nicht. Für die Überzeugungsbildung der Strafkammer können dabei auch

Hinweise auf weitere, von der Verurteilung nicht erfaßte Betäubungsmittelgeschäfte (vgl. BGH, Beschl. vom 10. Februar 1998 - 4 StR 4/98) sowie die Zeitpunkte, zu denen die einzelnen Vermögensgegenstände erworben wurden, von Bedeutung sein.

Kutzer

Miebach

Winkler

Pfister

von Lienen