



5 StR 365/07

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

vom 10. Januar 2008
in der Strafsache
gegen

1.

2.

3.

4.

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

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 10. Januar 2008 beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten M. K. wird das Urteil des Landgerichts Berlin vom 26. September 2006, soweit es ihn betrifft, gemäß § 349 Abs. 4 StPO im Ausspruch über den Verfall von Wertersatz aufgehoben.
2. Die weitergehende Revision des Angeklagten M. K. und die Revisionen der Angeklagten T. , E. und Vaske werden nach § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet verworfen, hinsichtlich des Angeklagten T. mit der Maßgabe, dass er des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und des bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge schuldig ist.

Die Angeklagten T. , E. und V. haben die Kosten ihres jeweiligen Rechtsmittels zu tragen.

3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision des Angeklagten M. K. , an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

G r ü n d e

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten M. K. wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge

in fünf Fällen unter Einbeziehung der Einzelstrafen aus einer anderweitigen Verurteilung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von neun Jahren und zehn Monaten verurteilt; zudem hat es gegen ihn den Verfall von Wertersatz in Höhe von 1,8 Mio. Euro angeordnet. Den Angeklagten T. hat das Landgericht wegen unerlaubten Handeltreibens (ausweislich der Urteilsgründe: in nicht geringer Menge) in zwei Fällen, davon in einem Fall bandenmäßig handelnd, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von neun Jahren und sechs Monaten verurteilt; daneben hat es gegen ihn den Verfall von Wertersatz von 100.000 Euro angeordnet. Gegen die Angeklagten E. und V. hat es jeweils wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge Freiheitsstrafen von sechs Jahren (E.) sowie sechs Jahren und sechs Monaten (V.) verhängt.

2 Die Angeklagten wenden sich gegen ihre Verurteilung mit jeweils auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützten Revisionen. Das Rechtsmittel des Angeklagten M. K. hat hinsichtlich des Ausspruchs über den Verfall von Wertersatz einen Teilerfolg. Im Übrigen sind die Revisionen der Angeklagten aus den Gründen der Antragsschrift des Generalbundesanwalts unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

3 1. Die Anordnung des Verfalls von Wertersatz gegen den Angeklagten M. K. in Höhe von 1,8 Mio. Euro kann keinen Bestand haben.

4 a) Allerdings beschwert es den Angeklagten M. K. nicht, dass das Landgericht bei der Bestimmung des aus den Taten Erlangten im Sinne von § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB unzutreffende Maßstäbe angelegt hat. Den Urteilsfeststellungen ist mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen, dass der Wert des Erlangten den vom Landgericht angenommenen Betrag von 1,8 Mio. Euro erheblich überschritten hat.

5 aa) Nach den Feststellungen des Landgerichts wurden die im Rahmen der verfahrensgegenständlichen Taten aus der Karibik nach London ver-

brachten Kokainmengen vom Angeklagten M. K. zusammen mit den Nichtrevidenten G. und B. in London verkauft (UA S. 17, 22, 23, 26). Anschließend wurden die in britischen Pfund erzielten Verkaufserlöse in DM, bei den späteren Taten in Euro getauscht und dann an die Tatteilnehmer entsprechend ihrem Anteil ausgezahlt (UA S. 17). Die Größe der Anteile bestimmte sich danach, wie viele Kokainpäckchen die einzelnen Beteiligten im Rahmen der arbeitsteilig durchgeführten Transporte auf eigene Rechnung nach London befördern ließen (UA S. 16). Das Landgericht hat den Verkaufserlös pro verkauftem Kilogramm Kokain mit 20.000 britischen Pfund geschätzt (§ 73b StGB). Es hat einen Umrechnungskurs zur Tatzeit pro britisches Pfund von 1,50 Euro angenommen. Hieraus hat es für den Angeklagten M. K., der „insgesamt mindestens 60 kg Kokain auf eigene Rechnung verkauft“ hat (UA S. 52), ohne die Anschaffungskosten für das Rauschgift in Abzug zu bringen, einen „Gewinn“ von 1,8 Mio. Euro errechnet. In dieser Höhe hat es gemäß § 73a StGB Verfall von Wertersatz angeordnet.

- 6 bb) Diese Ausführungen enthalten Unklarheiten. Ihnen ist nicht eindeutig zu entnehmen, worin das Landgericht jeweils das „aus der Tat Erlangte“ im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB gesehen hat. Der Umstand, dass das Landgericht die nach dem Umtausch der Verkaufserlöse in DM bzw. Euro dem Angeklagten M. K. zugeflossenen Beträge als Wertersatz im Sinne des § 73a StGB angesehen hat, deutet darauf hin, dass das Landgericht lediglich den Teil der Verkaufserlöse, der dem Angeklagten zustand, als „Erlangtes“ angesehen hat. Hierfür spricht auch, dass die Strafkammer außer Betracht gelassen hat, dass der Angeklagte im Fall 5 der Urteilsgründe lediglich 100.000 DM erhielt (UA S. 22), obwohl 10 kg für seine Rechnung transportiert worden waren. Hinzu kommt, dass das Landgericht bei der Verfallsanordnung nicht berücksichtigt hat, dass im Fall 8 der Urteilsgründe aufgrund eines Überfalls auf die Wechselstube „die der Gruppierung gehörenden Gelder“ in Höhe von mindestens 370.000 britischen Pfund „verloren gingen“ (UA S. 26). Demgegenüber deuten zwei weitere Umstände darauf hin,

dass das Landgericht lediglich die dem Angeklagten M. K. tatsächlich zugeflossenen, bereits umgetauschten Geldbeträge als „Erlangtes“ im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB angesehen hat. Zum einen bezeichnet es den „Gewinn“ als Verfallsgegenstand (UA S. 52). Zum anderen legt es der Umrechnung des Verkaufserlöses nicht den Umrechnungskurs zum Zeitpunkt der tatrichterlichen Entscheidung zugrunde (vgl. BGHSt 4, 305), sondern schätzt den Umrechnungskurs zum Umtauschzeitpunkt.

7 cc) Gleichwohl beschwert es den Angeklagten M. K. trotz dieser Unklarheiten nicht, dass das Landgericht den Wert des Verfallsgegenstandes mit 1,8 Mio. Euro bestimmt hat. Denn die rechtsfehlerfrei getroffenen Urteilsfeststellungen belegen, dass der tatsächliche Wert des vom Angeklagten durch die Taten „Erlangten“ im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB erheblich über diesem Betrag liegt. Das „Erlangte“ besteht hier nicht nur in dem Verkaufserlös für das auf Rechnung des Angeklagten verkaufte Kokain, sondern im Gesamterlös des im Rahmen der mittäterschaftlich begangenen Taten an die Erwerber verkauften Rauschgifts.

8 Bei einem Betäubungsmittelgeschäft ist ein Vermögensvorteil erlangt, wenn der Tatbeteiligte die faktische Verfügungsgewalt über den Erlös erworben hat (vgl. BGH NStZ-RR 2007, 121 m.w.N.; vgl. zum Problem der Gesamtschuld kritisch Schmidt, Gewinnabschöpfung im Straf- und Bußgeldverfahren 2006 Rdn. 260 f.). Dies trifft hier hinsichtlich des Angeklagten M. K. für die gesamten unter seiner Beteiligung erzielten Verkaufserlöse zu. Es spielt daher für die Bestimmung des Erlangten keine Rolle, welchem Tatbeteiligten welcher Anteil an den Erlösen letztlich verbleiben sollte. Die Mitverfügungsgewalt ist für den Angeklagten M. K. durch die festgestellten Umstände zu den jeweils gemeinsam mit den Nichtrevidenten G. und B. vereinnahmten Erlösen bei Durchführung der Verkäufe des in London eingetroffenen Kokains noch hinreichend klar belegt. Ein Vertretungsfall im Sinne des § 73 Abs. 3 StGB (vgl. BVerfG StV 2004, 409, 411; BGH, Beschluss vom 13. November 1996 – 3 StR 482/96) liegt bei der

hier vorliegenden gemeinschaftlichen arbeitsteiligen Veräußerung des Rauschgifts nicht vor.

9 b) Die Verfallsanordnung gegen den Angeklagten M. K. kann aber deswegen keinen Bestand haben, weil das Landgericht die Voraussetzungen der Härtevorschrift des § 73c StGB nicht erörtert hat. Hierauf konnte vorliegend nicht verzichtet werden, da sich aus den Urteilsgründen gewichtige Anhaltspunkte dafür ergeben, dass sich die vom Landgericht als Verfallsbetrag zugrundegelegte Summe von 1,8 Mio. Euro zum Zeitpunkt der Entscheidung wertmäßig nicht mehr im Vermögen des Angeklagten M.

 K. befunden hat (§ 73c Abs. 1 Satz 2 1. Alternative StGB): Die den anderen Tatbeteiligten zustehenden Erlösanteile waren – was bei § 73c StGB anders als bei der Bestimmung des Erlangten erheblich ist – ersichtlich an diese ausgekehrt worden; im Fall 5 der Urteilsgründe erhielt der Angeklagte M. K. zur eigenen Verwendung letztlich nur 100.000 DM (UA S. 22); im Fall 8 der Urteilsgründe gingen „der Gruppierung“ vom Veräußerungserlös wegen eines Überfalls auf die Wechselstube 370.000 britische Pfund verloren und standen einer Auskehrung an die Tatbeteiligten nicht mehr zur Verfügung.

10 Einer Aufhebung der Feststellungen zur Höhe des Erlangten im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB bedarf es nicht, da der Rechtsfehler bei der Ermittlung des Erlangten den Angeklagten nicht beschwert. Es bedarf aber neuer tatrichterlicher Prüfung, ob – ausgehend von einem vom Angeklagten erlangten Erlös von 1,8 Mio. Euro – eine Verfallsanordnung in dieser Höhe für den Angeklagten M. K. eine unbillige Härte im Sinne des § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB bedeuten würde oder ob in Ausübung des durch § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB eingeräumten Ermessens von einem Verfall ganz oder teilweise abgesehen werden soll. Dabei wird der neue Tatrichter insbesondere zu prüfen haben, ob der Angeklagte entreichert ist oder ob das Erlangte noch in seinem Vermögen vorhanden ist (vgl. BGH NStZ-RR 2002, 7).

11 2. Eine Erstreckung der Aufhebung des angefochtenen Urteils auf die Verfallsanordnungen gegen die Nichtrevidenten B. , G. und Ba. gemäß § 357 StPO ist nicht geboten. Zwar ist die Vorschrift des § 357 StPO grundsätzlich auch auf identische sachlichrechtliche Fehler bei Verfallsentscheidungen anzuwenden (vgl. BGHR StGB § 73 Gewinn 2; BGH, Beschlüsse vom 22. Dezember 2004 – 2 StR 498/04 –, vom 13. Februar 2004 – 3 StR 501/03 – und vom 9. Juli 2002 – 5 StR 30/02). Dies gilt jedoch nicht, soweit der Rechtsfehler lediglich in der Nichterörterung der Härtevorschrift des § 73c StGB besteht. Die Frage, ob wegen einer unbilligen Härte (§ 73c Abs. 1 Satz 1 StGB) oder aufgrund einer Ermessensentscheidung (§ 73c Abs. 1 Satz 2 StGB) von einer Verfallsentscheidung abzusehen ist, beruht auf individuellen Erwägungen (vgl. zu § 64 StGB: BGHR StPO § 357 Erstreckung 4; BGH NStZ-RR 1999, 15), deren Beantwortung ganz wesentlich von den persönlichen Verhältnissen des jeweils Betroffenen abhängt.

12 Damit folgt der Senat nicht dem Antrag des Generalbundesanwalts, gemäß § 357 StPO auch die Verfallsanordnungen der Nichtrevidenten B. , G. und Ba. aufzuheben. Auch insoweit entscheidet er durch Beschluss. § 349 Abs. 5 StPO steht dem nicht entgegen (vgl. BGHR StPO § 349 Abs. 5 Entscheidung 1).

 3. Die Schuldspruchkorrektur hinsichtlich des Angeklagten T. entspricht der zutreffenden rechtlichen Würdigung in den Urteilsgründen. Das

Verschlechterungsverbot des § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO steht der Schuld-spruchänderung nicht entgegen (vgl. Kuckein in KK-StPO, 5. Aufl. § 358 Rdn. 18).

Basdorf Gerhardt Raum
Brause Jäger