



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

4 StR 437/08

vom
21. Oktober 2008
in der Strafsache
gegen

wegen bandenmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in
nicht geringer Menge

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 21. Oktober 2008 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Arnberg vom 6. Juni 2008 im Rechtsfolgenausspruch mit den Feststellungen aufgehoben.
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 weiter gehende Revision wird verworfen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen bandenmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwölf Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von neun Jahren verurteilt. Daneben hat es das sichergestellte Bargeld in Höhe von 35.720 Euro für verfallen erklärt und den Verfall von Wertersatz in Höhe von 450.000 Euro angeordnet.
- 2 Mit seiner Revision rügt der Angeklagte die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Soweit sich der Beschwerdeführer mit zwei Aufklärungsrügen und mit der Sachrüge gegen den Schuldspruch wendet, ist sein Rechtsmittel unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. Dagegen hält der Rechtsfolgenausspruch insgesamt rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

3 1. Das Landgericht hat die Einzelstrafen dem Strafraumen des § 30 a Abs. 1 BtMG entnommen; das Vorliegen eines minder schweren Falles im Sinne des § 30 a Abs. 3 BtMG hat es verneint. Bei der Strafraumenwahl hat es jedoch nicht erörtert, ob die Voraussetzungen des Strafmilderungsgrundes des § 31 Nr. 1 BtMG vorliegen. Die Revision beanstandet dies zu Recht.

4 Das Landgericht hat sowohl bei der Strafraumenwahl als auch bei der Bemessung der Einzelstrafen zu Gunsten des Angeklagten "in erheblichem Umfang berücksichtigt, dass dieser die ihm zur Last gelegten einzelnen Taten umfassend eingeräumt hat". Zu dem Geständnis des Angeklagten hat es ausgeführt:

"Er hat als erstes Mitglied der Bande umfassende Aussagen zu der Struktur und dem Zusammenwirken der jeweiligen Tatbeteiligten gemacht. Das kann zur Folge haben, dass der Angeklagte in den Verfahren gegen die dortigen Beteiligten möglicherweise als Zeuge geladen wird. Bei den Taten 1. bis 3. und 4. bis 6. hat die Kammer zudem berücksichtigt, dass der Angeklagte als erster Beteiligter detaillierte Angaben zu dem Cannabisanbau gemacht und der Tatnachweis durch sein Geständnis erheblich erleichtert worden ist".

5 Der Senat kann anhand der Urteilsgründe nicht überprüfen, ob das Landgericht zutreffend von der Anwendung des in den Urteilsgründen nicht erwähnten § 31 BtMG abgesehen hat, der gegebenenfalls die Annahme eines minder schweren Falles im Sinne des § 30 a Abs. 3 BtMG oder jedenfalls eine Milderung des Strafraumens des § 30 a Abs. 1 BtMG gemäß § 49 Abs. 2 StGB ermöglicht hätte. Da die Urteilsausführungen zu dem Geständnis des Angeklagten es zumindest als möglich erscheinen lassen, dass die Voraussetzungen des § 31 Nr. 1 BtMG gegeben sind, war eine ausdrückliche Erörterung dieser Frage

geboten (vgl. BGH NStZ-RR 2002, 251; BGHR BtMG § 31 Nr. 1 Aufdeckung 21).

6 Die neu zur Entscheidung berufene Strafkammer wird zu beachten haben, dass bei der Prüfung eines Aufklärungserfolges im Sinne des § 31 Nr. 1 BtMG auf den Zeitpunkt der erneuten Hauptverhandlung abzustellen ist (vgl. BGHR BtMG § 31 Nr. 1 Aufdeckung 21).

7 2. Auch die Anordnungen des Verfalls des sichergestellten Bargeldes und des Verfalls des Wertersatzes halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

8 a) Die auf § 73 Abs. 1 StGB gestützte Anordnung des Verfalls des in der Wohnung des Angeklagten sichergestellten Bargeldes in Höhe von 1.720 Euro sowie des in seinem Bankschließfach sichergestellten Bargeldes in Höhe von 34.000 Euro hat schon deshalb keinen Bestand, weil die Annahme des Landgerichts, diese Bargeldbeträge seien dem Angeklagten "unmittelbar aus der Tatbestandsverwirklichung zugeflossen", durch die Feststellungen nicht belegt ist. Der Verfall nach § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB erfordert, dass Bargeld, das der Täter für die Tat oder aus ihr erlangt hat, noch als solches bei dem Täter vorhanden ist (vgl. BGH NStZ 2003, 198, 199). Dass der Angeklagte das bei ihm sichergestellte Bargeld als solches für eine der abgeurteilten Taten oder aus einer dieser Taten erlangt hat, lässt sich den Urteilsgründen nicht entnehmen.

9 b) Die Anordnung des Verfalls des Wertersatzes hat ebenfalls keinen Bestand.

10 Das Landgericht hat den Umfang des Erlangten gemäß § 73 b StGB "unter Berücksichtigung einer teilweisen Entreicherung gemäß § 73 c Abs. 1 Satz 2 1. Alt. StGB" auf 450.000 Euro geschätzt. Zu der Schätzungsgrundlage hat das Landgericht lediglich ausgeführt, dass der Angeklagte "aus den jeweiligen rechtswidrigen Taten erhebliche Bargelddbeträge und damit Vermögenswerte erlangt" habe. Da er über Vermögen verfüge, werde vermutet, dass "die Erlöse aus den Drogengeschäften" herrührten.

11 Dies begegnet schon deshalb durchgreifenden Bedenken, weil das Landgericht bei der Schätzung des Umfangs des vom Angeklagten im Sinne der §§ 73 Abs. 1 Satz 1, 73 a Satz 1 StGB Erlangten auf die Erlöse aus der Veräußerung des aus den jeweiligen Ernten gewonnenen Marihuanas abgestellt hat. Zwar unterliegen Erlöse aus Betäubungsmittelgeschäften dem Verfall, weil sie der Täter unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestandes selbst und damit aus der Tat im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB (vgl. BGHSt 50, 299, 309; BGHR StGB § 73 Erlangtes 4) erlangt hat. Für verfallen erklärt werden kann aber nur ein durch die Straftat tatsächlich erlangter Vermögenszuwachs (vgl. BGH NStZ-RR 2001, 82). Soweit in zwei der Plantagen erhebliche Marihuanamengen aus den Ernten sichergestellt worden sind, hätten die insoweit lediglich erzielbaren Erlöse nicht in den vom Landgericht mit 4.368.000 Euro angenommenen Gesamterlös eingerechnet werden dürfen. Soweit das aus den jeweiligen Ernten gewonnene Marihuana veräußert worden ist, ist den Feststellungen zudem nicht zu entnehmen, dass der Angeklagte selbst faktische Verfügungsgewalt an den jeweiligen Verkaufserlösen erlangt hat (vgl. dazu BGH NStZ-RR 2007, 121; BGH, Beschluss vom 6. Februar 2008 - 5 StR 442/07). Dies liegt hier schon deshalb fern, weil der Angeklagte nach den Feststellungen zwar als Bandenmitglied an der Errichtung und dem Betrieb der vier Indoor-Cannabis-Plantagen beteiligt war, nicht aber am Abtransport

und der Veräußerung des Marihuanas. Soweit andere Mitglieder der Bande die Verfügungsgewalt über die Erlöse aus der Veräußerung des Marihuanas erlangt haben, käme eine Zurechnung nach den Grundsätzen der Mittäterschaft gemäß § 25 Abs. 2 StGB mit der Folge einer gesamtschuldnerischen Haftung des Angeklagten nur dann in Betracht, wenn er sich mit den anderen Bandenmitgliedern darüber einig gewesen wäre, dass er zumindest Mitverfügungsgewalt über die jeweiligen Erlöse erlangen sollte (vgl. BGH NSTZ-RR 2007, 121 m.N.). Das war aber nach den bisherigen Feststellungen nicht der Fall. Vielmehr erhielt der Angeklagte als Entlohnung für seine Tätigkeiten in den Fällen 1. bis 3. monatlich Beträge in Höhe von 2.000 bis 3.000 Euro und in den Fällen 4. bis 6. Beträge in Höhe von 3.000 bis 4.000 Euro in bar. Für seine Tätigkeiten bei der Errichtung der Plantage in Rodgau-Jügesheim (Fälle 7. bis 9.) erhielt der Angeklagte ein Entgelt von 25.000 bis 30.000 Euro sowie ein weiteres Entgelt von 30.000 bis 40.000 Euro für die Ernte, die unter der Verantwortung des Angeklagten erfolgte und komplett durchgeführt werden konnte. Ferner erhielt der Angeklagte in den Fällen 10. bis 12. für jede der eingebrachten Ernten ein Entgelt von 20.000 Euro.

12 Die dem Angeklagten danach als Gegenleistung für seine Beteiligung an den jeweiligen Taten zugeflossenen Bargeldbeträge, die er im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB jeweils "für die Tat erlangt" (vgl. BGHSt 50, 299, 309; BGHR StGB § 73 Erlangtes 4) hat, unterliegen zwar ebenfalls dem Verfall, so dass gemäß § 73 a Abs. 1 Satz 1 StGB insoweit der Verfall des Wertersatzes anzuordnen ist. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen liegt der Umfang des vom Angeklagten für seine Beteiligung an den zwölf Taten Erlangten allerdings deutlich unter 450.000 Euro.

13 Die Sache bedarf daher auch hinsichtlich des Verfalls des Wertersatzes neuer Verhandlung und Entscheidung.

14 Im Hinblick darauf, dass in den Urteilsgründen als Rechtsgrundlage für die Verfallsanordnung auch die §§ 33 BtMG, 73 d StGB angeführt worden sind, weist der Senat vorsorglich darauf hin, dass die §§ 73 Abs. 1, 73 a Abs. 1 StGB dem erweiterten Verfall nach § 73 d StGB vorgehen (vgl. BGH StraFo 2004, 283; NStZ-RR 2006, 138, 139).

Maatz

Kuckein

Athing

Solin-Stojanović

Ernemann