



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

4 StR 102/09

vom
12. Mai 2009
in der Strafsache
gegen

wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer
Menge

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 12. Mai 2009 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Rostock vom 19. September 2008 - auch hinsichtlich des früheren Mitangeklagten D. - mit den Feststellungen aufgehoben, soweit gegenüber dem Angeklagten und dem früheren Mitangeklagten als Gesamtschuldner der Verfall des Wertersatzes in Höhe von 80.000 € (achtzigtausend Euro) angeordnet worden 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 weiter gehende Revision wird verworfen.

Gründe:

1. Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 40 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt und ihn im Übrigen freigesprochen. Ferner hat es gegen ihn und den nicht revidierenden Mitangeklagten D. als Gesamtschuldner den Verfall des Wertersatzes in Höhe von 80.000 € angeordnet. Die mit der Verletzung formellen und materiellen Rechts begründete Revision des Angeklagten führt hinsichtlich der Anordnung des Verfalls von Wertersatz zur Aufhebung und Zurückverweisung, im Übrigen ist sie aus den Gründen

der Antragsschrift des Generalbundesanwalts unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

2 Nach den Feststellungen erwarben der Angeklagte und der Mitangeklagte D. im Zeitraum vom 1. Dezember 2006 bis zum 20. November 2007 aufgrund eines gemeinsamen Tatplans in mindestens 40 Fällen von einem Unbekannten zu einem nicht feststellbaren Kaufpreis jeweils mindestens 1 kg Marihuana mit einem Mindest-THC-Gehalt von 2 Gewichtsprozent zum gewinnbringenden Weiterverkauf. Sie veräußerten das Rauschgift zu einem Mindestpreis von 4000 € pro Kilogramm.

3 1. Zur Begründung der Anordnung des Wertersatzverfalls hat das Landgericht ausgeführt, der Angeklagte und der Mitangeklagte D. hätten aus dem gemeinschaftlichen unerlaubten Handeltreiben mit 40 kg Marihuana unter Berücksichtigung eines Sicherheitsabschlags von 500 € pro Kilogramm mindestens 4000 € pro Kilogramm erlangt. Damit würden der Angeklagte und sein Mitäter für einen Gesamtbetrag in Höhe von 160.000 € gesamtschuldnerisch haften. Dies stelle schon angesichts des Lebensalters der Täter eine unbillige Härte dar, der mit einer gesamtschuldnerischen Haftungsbegrenzung auf 80.000 € angemessen Rechnung getragen werde.

4 2. Diese Ausführungen tragen die Anordnung des Wertersatzverfalls nicht.

5 a) "Erlangt" im Sinne von §§ 73 Abs. 1 Satz 1, 73 a Satz 1 StGB ist ein Vermögensvorteil nur dann, wenn der Täter oder Teilnehmer die faktische Verfügungsgewalt über den Gegenstand erworben hat (BGH NStZ 2003, 198, 199; Senatsbeschluss vom 1. März 2007 – 4 StR 544/06). Bei mehreren Tatbeteilig-

ten am unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln kommt eine Zurechnung nach den Grundsätzen der Mittäterschaft gemäß § 25 Abs. 2 StGB mit der Folge einer gesamtschuldnerischen Haftung nur in Betracht, wenn sich die Beteiligten darüber einig waren, dass dem jeweiligen Mittäter zumindest Mitverfügungsgewalt über die Rauschgifterlöse zukommen sollte und er diese auch tatsächlich hatte (BGH aaO; vgl. auch BGH NStZ-RR 2007, 121). Die bloße Annahme mittäterschaftlichen Handelns vermag die fehlenden Darlegungen des tatsächlichen Geschehens hierzu nicht zu ersetzen (BGH, Urteil vom 26. März 2009 – 3 StR 579/08).

- 6 b) Im vorliegenden Fall hat das Landgericht die Menge der von den Angeklagten im Tatzeitraum mit Gewinn veräußerten Betäubungsmittel sowie die Höhe der mit den Geschäften erzielten Erlöse unter Berücksichtigung eines Sicherheitsabschlags durch Schätzung gemäß § 73 b StGB festgestellt. Ob und in welcher Höhe jeder der Tatbeteiligten für sich oder beide gemeinschaftlich Verfügungsgewalt über die Rauschgifterlöse haben sollten bzw. tatsächlich ausüben, wird damit nicht belegt. Tragfähige Anhaltspunkte für Mitverfügungsgewalt ergeben sich auch nicht aus den über Vernehmungsbeamte der Polizei eingeführten Aussagen des gesondert verfolgten Mittäters B. , des Zeugen Z. sowie einer gesperrten Vertrauensperson der Polizei, soweit deren Angaben in den Urteilsgründen mitgeteilt werden. Diese Beweismittel rechtfertigen zwar ebenso wie die in der Hauptverhandlung verlesenen und im Urteil auszugsweise wiedergegebenen Wortprotokolle von Telefonüberwachungsmaßnahmen die Annahme von mittäterschaftlichem Zusammenwirken zwischen dem Angeklagten und dem Mitangeklagten D. beim unerlaubten Handeltreiben mit Marihuana im zweistelligen Kilogramm Bereich. Auch nur stillschweigende Absprachen über Einzelheiten einer Verteilung der Verkaufserlöse ergeben sich daraus aber nicht. Die vom Landgericht angenommene Mitverfügungsgewalt am Gesamter-

lös versteht sich angesichts der in den Urteilsgründen als "überragend" bewerteten Stellung des Mitangeklagten D. als "Großdealer" im Verhältnis zu den übrigen Tatbeteiligten und damit auch zum Angeklagten nicht von selbst, zumal D. neben gemeinsamen Beschaffungsfahrten mit dem Angeklagten solche auch allein durchführte und dabei größere Mengen Rauschgift zum gewinnbringenden Weiterverkauf erwarb.

- 7 c) Gemäß § 357 Satz 1 StPO ist die Aufhebung der Verfallsanordnung auch auf den früheren Mitangeklagten D. zu erstrecken (vgl. BGHR StGB § 73 Gewinn 2).

Maatz

Athing

Frau Richter am BGH
Solin-Stojanović ist
urlaubsbedingt verhindert
zu unterschreiben

Maatz

Ernemann

Franke