



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

4 StR 198/11

vom  
24. Mai 2011  
in der Strafsache  
gegen

wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge u.a.

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 24. Mai 2011 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Essen vom 21. Dezember 2010 im Ausspruch über den Verfall des Wertersatzes mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.

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.

2. Die weiter gehende Revision wird verworfen.

#### Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen sowie wegen Anstiftung zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen zu der Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt. Ferner hat es den Verfall des Wertersatzes in Höhe von 59.315 € angeordnet. Die hiergegen gerichtete, auf die Verletzung formellen und sachlichen Rechts gestützte Revision des Angeklagten hat

lediglich insoweit Erfolg, als sie sich gegen die angeordnete Maßnahme wendet; im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

2           1. Die Anordnung des Verfalls des Wertersatzes gemäß § 73a Satz 1 StGB begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

3           a) Die Feststellungen belegen schon nicht, dass der Angeklagte durch den Verkauf des aus den Niederlanden eingeführten Marihuanas Erlöse in Höhe von 59.315 € erzielt hat.

4           Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Vermögenswert aus der Tat erlangt im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB (hier i.V.m. § 73a Satz 1 StGB), wenn er dem Täter oder Teilnehmer unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestands in irgendeiner Phase des Tatablaufs zugeflossen ist (BGH, Urteile vom 30. Mai 2008 - 1 StR 166/07, BGHSt 52, 227, 246, und vom 29. Juni 2010 - 1 StR 245/09), er an ihm also unmittelbar aus der Tat (tatsächliche, aber nicht notwendig rechtliche) Verfügungsmacht gewonnen und dadurch einen Vermögenszuwachs erzielt hat (vgl. BGH, Urteil vom 16. Mai 2006 - 1 StR 46/06, BGHSt 51, 65, 68, Beschluss vom 21. Oktober 2008 - 4 StR 437/08, NStZ 2010, 85, Urteil vom 4. Februar 2009 - 2 StR 504/08, JZ 2009, 1124 mit Anmerkung Rönnau m.w.N.). Bei mehreren Tätern oder Teilnehmern genügt insofern, dass sie zumindest eine faktische bzw. wirtschaftliche Mitverfügungsmacht über den Vermögensgegenstand erlangt haben (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 28. Oktober 2010 - 4 StR 215/10, NJW 2011, 624, 625, auch zur gesamtschuldnerischen Haftung, m.w.N.). Unerheblich ist dagegen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Täter oder Teilnehmer eine unmittelbar aus der Tat gewonnene (Mit-)Verfügungsmacht später

aufgegeben hat, ob also der aus der Tat zunächst erzielte Vermögenszuwachs durch Mittelabflüsse gemindert wurde (BGH, aaO).

5 Nach den Feststellungen des Landgerichts verkaufte der frühere Mitangeklagte N. den auf ihn entfallenden Anteil an den Drogen auf eigene Rechnung; es ist daher nicht ersichtlich, inwieweit der Angeklagte an den von N. erzielten Erlösen Mitverfügungsgewalt erlangt haben könnte. Ob den Feststellungen noch hinreichend entnommen werden kann, dass jedenfalls die von dem Angeklagten und dem gesondert verfolgten K. erzielten Erlöse insgesamt auch in die (Mit-)Verfügungsgewalt des Angeklagten gelangt sind, kann dahinstehen; aus dem Urteil ergibt sich schon nicht hinreichend genau, welcher Anteil an den eingeführten Drogen von N. (höchstens) übernommen worden ist.

6 b) Das Landgericht hat nicht geprüft, ob gemäß § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB von der Anordnung des Wertersatzverfalls zumindest teilweise abgesehen werden kann und zwar, soweit der Wert des Erlangten im Vermögen des Angeklagten nicht mehr vorhanden ist (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 10. Oktober 2002 - 4 StR 233/02, BGHSt 48, 40 f., Beschluss vom 3. Februar 2011 - 4 StR 586/10 m.N. und zum Verhältnis der Sätze 1 und 2 des § 73c Abs. 1 StGB zueinander BGH, Urteil vom 26. März 2009 - 3 StR 579/08, NStZ 2010, 86). Die Strafkammer hat lediglich erwogen, ob die Anordnung des Wertersatzverfalls eine unbillige Härte im Sinne von § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB wäre; dies hat sie mit dem Hinweis, dass das Übermaßverbot nicht verletzt sei, rechtsfehlerfrei verneint. Anders als der Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift vermag der Senat auch dem Gesamtzusammenhang dieser Ausführungen nicht zu entnehmen, dass das Landgericht auch eine Entreicherung im Sinne des § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB bejaht und darauf gestützt eine Ermessensentscheidung getroffen hat. Hierfür ergeben die Urteilsgründe keinen Anhalt.

- 7                    2. Für den Fall, dass sich der Angeklagte in der erneuten tatrichterlichen Hauptverhandlung nicht zum Verbleib des Erlösten äußern oder dieser sonst unklar bleiben sollte, verweist der Senat auf die Ausführungen des 1. Strafsenats in seinem Beschluss vom 17. Juni 2004 (1 StR 24/04, NStZ 2005, 232).

Ernemann

Cierniak

Franke

Mutzbauer

Quentin