



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

3 StR 144/11

vom

7. Juli 2011

in der Strafsache

gegen

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

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 7. Juli 2011,
an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Becker,

die Richter am Bundesgerichtshof
Pfister,
von Lienen,
Mayer,
Richterin am Bundesgerichtshof
Dr. Menges
als beisitzende Richter,

Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof
- in der Verhandlung - ,
Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof
- bei der Verkündung -
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt ,
Rechtsanwalt
als Verteidiger des Angeklagten,

Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Wuppertal vom 13. September 2010 mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben, soweit eine Entscheidung über die Anordnung des Verfalls und des erweiterten Verfalls unterblieben ist.

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.

Von Rechts wegen

Gründe:

I.

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten - unter Freispruch im Übrigen - wegen Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in neun Fällen, davon in acht Fällen in Tateinheit mit Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und in einem Fall mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt und die Einziehung verschiedener Gegenstände angeordnet. Gegen dieses Urteil haben sowohl der Angeklagte als auch die Staats-

anwaltschaft Revision eingelegt. Das Rechtsmittel des Angeklagten hat der Senat mit Beschluss vom 7. Juli 2011 gemäß § 349 Abs. 2 StPO verworfen. Mit ihrer zu Ungunsten des Angeklagten eingelegten, auf die Nichtanordnung des erweiterten Verfalls beschränkten und vom Generalbundesanwalt vertretenen Revision rügt die Staatsanwaltschaft die Verletzung materiellen Rechts. Das Rechtsmittel ist begründet.

II.

- 2 1. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft steht das Urteil nicht nur zur Überprüfung des Senats, soweit das Landgericht von einer Entscheidung über die Anordnung des erweiterten Verfalls abgesehen hat, sondern auch, soweit eine Entscheidung über die Anordnung des Verfalls unterblieben ist. Die Beschränkung der Revision auf das Unterbleiben einer Entscheidung (nur) über den erweiterten Verfall ist unwirksam.

- 3 Trifft der Tatrichter keine Entscheidung über den Verfall und den erweiterten Verfall, so kommt die isolierte Anfechtung allein der Nichtanordnung des erweiterten Verfalls nicht in Betracht, wenn nach den Feststellungen offen bleibt, in welchem Umfang vom Angeklagten erzielte Erlöse aus den angeklagten und abgeurteilten (BGH, Beschluss vom 28. März 1979 - 2 StR 700/78, BGHSt 28, 369) oder aus anderen rechtswidrigen Taten stammen (andere Ausgangslage bei BGH, Urteil vom 3. September 2009 - 5 StR 207/09, NStZ-RR 2009, 384; Urteil vom 4. August 2010 - 5 StR 184/10, NStZ-RR 2010, 385). Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich - wie hier - der Revisionsbegründung entnehmen lässt, dass das Unterbleiben einer Verfallsanordnung auch bezogen auf die abgeurteilten Taten angegriffen werden soll.

4 2. Die Revision der Staatsanwaltschaft hat in der Sache Erfolg. Nach den Feststellungen des Landgerichts bestehen Anhaltspunkte dafür, dass der Angeklagte aus dem Handelstreiben mit Betäubungsmitteln sowohl in den abgeurteilten als auch in anderen Fällen - im Spätsommer / Herbst 2007 und im Januar 2009 - erhebliche Einnahmen erzielte. Das Landgericht hätte sich deshalb sowohl mit den Voraussetzungen des Verfalls nach § 73 StGB als auch mit denen des erweiterten Verfalls nach § 73d StGB, § 30 Abs. 1 Nr. 4, § 33 Abs. 1 Nr. 2 BtMG - gegebenenfalls in Verbindung mit § 73a StGB - auseinandersetzen müssen. Dass die anderen rechtswidrigen Taten vor den abgeurteilten Taten begangen wurden, steht einer Anordnung nach § 73d StGB nicht entgegen (vgl. BGH, Urteil vom 4. August 2010 - 5 StR 184/10, NStZ-RR 2010, 385). Der Erörterungsmangel führt zur Aufhebung des Urteils im tenorierten Umfang.

5 3. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf folgendes hin:

6 Gemäß § 73d StGB können Gegenstände eines an der rechtswidrigen Tat Beteiligten bei der gebotenen verfassungskonformen Auslegung der Vorschrift für verfallen erklärt werden, wenn das Tatgericht 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. BGH, Beschluss vom 22. November 1994 - 4 StR 516/94, BGHSt 40, 371, 373; Urteil vom 9. Mai 2001 - 3 StR 541/00, NStZ 2001, 531; Urteil vom 4. August 2010 - 5 StR 184/10, NStZ-RR 2010, 385).

7 Der in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geprägte Satz, die Frage des erweiterten Verfalls werde erst relevant, wenn unter Ausschöpfung aller prozessual zulässigen Mittel ausgeschlossen sei, dass die Voraussetzun-

gen der §§ 73, 73a StGB erfüllt seien (BGH, Beschluss vom 2. Oktober 2002 - 2 StR 294/02, NStZ-RR 2003, 75, 76; Beschluss vom 7. Januar 2003 - 3 StR 421/02, NStZ 2003, 422, 423; Fischer, StGB, 58. Aufl., § 73d Rn. 9 mwN), steht der Anordnung des erweiterten Verfalls (von Wertersatz) nicht (mehr) entgegen, wenn nach Ausschöpfung aller Beweismittel zwar zur Überzeugung des Gerichts feststeht, dass der Angeklagte Erlöse aus rechtswidrigen Taten erzielt hat, jedoch nicht geklärt werden kann, ob sie aus den abgeurteilten oder anderen Taten stammen. Er findet seinen Grund in der Rechtslage aus der Zeit vor der Änderung des § 73d Abs. 1 Satz 3 StGB durch das am 1. Januar 2007 in Kraft getretene Gesetz zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten vom 24. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2350), mit dem die entsprechende Anwendung des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB auf den erweiterten Verfall gemäß einer Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, Beschluss vom 14. Januar 2004 - 2 BvR 564/95, BVerfGE 110, 1, 30 f.; vgl. dazu BT-Drucks. 16/700, S. 20) angeordnet wurde. Vor dieser Änderung trug er dem Anliegen Rechnung, aus der Unanwendbarkeit des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB im Anwendungsbereich des § 73d StGB resultierende Wertungswidersprüche auszuräumen (BGH, Beschluss vom 2. Oktober 2002 - 2 StR 294/02, NStZ-RR 2003, 75, 76; Lackner in Lackner/Kühl, StGB, 24. Aufl., § 73d Rn. 11; außerdem Rönna, Vermögensabschöpfung in der Praxis, 2003, Rn. 578 a.E.).

- 8 Da seit dem 1. Januar 2007 sowohl § 73d Abs. 1 Satz 3 StGB als auch § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB die Möglichkeit einer Beeinträchtigung von Ersatzansprüchen Tatverletzter berücksichtigen, muss vor der Anwendung des § 73d StGB nicht mehr ausgeschlossen werden, dass der Gegenstand aus der Anknüpfungstat stammt (vgl. Wolters/Horn in SK-StGB, § 73d Rn. 5b [Stand: September 2007]). Vielmehr erfasst § 73d StGB - wenn auch gegenüber § 73 StGB

subsidiär - zugleich aus der oder für die abgeurteilte Tat erlangte Gegenstände. Die Wendung, nur solche Gegenstände unterlägen dem erweiterten Verfall, die für oder aus "anderen" (als den abgeurteilten) rechtswidrigen Taten erlangt worden seien (BGH, Urteil vom 11. Dezember 2008 - 4 StR 386/08, BGHR StGB § 73a Anwendungsbereich 2 Rn. 5; Beschluss vom 20. April 2010 - 4 StR 119/10, NStZ-RR 2010, 255), erschöpft den Gehalt des § 73d StGB daher nicht.

9 Sollte sich das Landgericht nach Ausschöpfung sämtlicher prozessual zulässigen Mittel von der deliktischen Herkunft erlangter Vermögenswerte überzeugen, sich zugleich aber außerstande sehen, das Erlangte eindeutig den abgeurteilten oder anderen rechtswidrigen Taten zuzurechnen, ist demgemäß der erweiterte Verfall - gegebenenfalls von Wertersatz - anzuordnen. Denn das in der Rechtsprechung entwickelte Rangverhältnis der §§ 73, 73d StGB dient nicht dem Zweck, dem an einer rechtswidrigen Tat Beteiligten das aus der Tat Erlangte nur deshalb zu erhalten, weil eine endgültige Zuordnung zu einer bestimmten (anderen) rechtswidrigen Tat misslingt. Es liefe dem Gesetzeszweck der §§ 73, 73d StGB, das heißt einer Verhinderung gewinnorientierter Straftaten (BGH, Urteil vom 16. Mai 2006 - 1 StR 46/06, BGHSt 51, 65 Rn. 12; vgl. schon BT-Drucks. 11/6623, S. 4; BVerfG, Beschluss vom 14. Januar 2004 - 2 BvR 564/95, BVerfGE 110, 1, 19), zuwider, wenn der an einer rechtswidrigen (Katalog-)Tat Beteiligte das Erlangte nur deshalb behalten dürfte, weil zwar die Herkunft aus einer rechtswidrigen Tat sicher festgestellt, die Herkunft aus der abgeurteilten Tat aber nicht mit Sicherheit verneint werden kann.

10 Von der Anordnung ausgenommen sind lediglich Gegenstände, die nicht ausschließbar aus Taten stammen, die von der Anklage umfasst waren, derentwegen der Angeklagte indessen rechtskräftig freigesprochen wurde (vgl.

BGH, Beschluss vom 7. Januar 2003 - 3 StR 421/02, NStZ 2003, 422, 423).
Denn insoweit ist die Verhängung von Rechtsfolgen im subjektiven Verfahren
ohne Wiederaufnahme nicht mehr möglich.

Becker

Pfister

von Lienen

Mayer

Menges