



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

2 StR 441/15

vom

3. März 2016

in der Strafsache

gegen

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

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Beschwerdeführers und des Generalbundesanwalts - zu Ziffer 1 c), 2 und 3 auf dessen Antrag - am 3. März 2016 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten M. R. wird das Urteil des Landgerichts Aachen vom 21. Mai 2015, soweit es diesen Angeklagten betrifft, mit den Feststellungen aufgehoben
  - a) in den Fällen II.3 und 4 der Urteilsgründe
  - b) im Gesamtstrafenausspruch
  - c) im Ausspruch über den Verfall.
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 weitergehende Revision wird als unbegründet verworfen.

Gründe:

1. Das Landgericht hat den Angeklagten unter Freisprechung im Übrigen wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in sieben Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. Darüber hinaus hat es gegen ihn als Gesamtschuldner mit seinem eben-

falls verurteilten Bruder D. R. den Verfall von Wertersatz in Höhe von 20.000 Euro angeordnet. Die auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten hat den aus dem Beschlusstenor ersichtlichen Erfolg. Im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

I.

2 Nach den Feststellungen kamen der Angeklagte und sein nicht revidierender Bruder im Herbst 2012 überein, sich durch den Handel mit Betäubungsmitteln eine dauerhafte Einnahmequelle zu verschaffen. Während sein Bruder D. R. vornehmlich für die Beschaffung der Betäubungsmittel zuständig war und die Preisverhandlungen mit den Abnehmern führte, lieferte der Angeklagte - zum Teil gemeinsam mit seinem Bruder - die Betäubungsmittel an die Abnehmer aus und ließ sich im Zuge dessen gelegentlich auch das vereinbarte Geld aushändigen. So entwickelte sich zwischen dem Abnehmer Re. und den Brüdern R. eine Geschäftsbeziehung dergestalt, dass dieser telefonisch eine bestimmte Menge an Drogen bestellte, die er dann entweder persönlich abholte oder sich von den Angeklagten bzw. einem Kurier bringen ließ. Im Zeitraum Herbst 2012 bis April 2014 kam es zu mindestens sieben Drogenkäufen Re. 's bei den Angeklagten, wobei es sich um Einzelmengen zwischen ein und zehn Kilogramm Amphetamin, in einem Fall zusätzlich um ein Kilogramm Marihuana handelte (Fälle 1-7 der Urteilsgründe).

3 Am 9. Juli 2014 kam es zu einem letzten Drogenkauf von 7,8 kg des Abnehmers Re. bei D. R. (Fall 8 der Urteilsgründe).

II.

4           1. Die Verurteilung des Angeklagten M.       R.       wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in den Fällen 3 und 4 der Urteilsgründe hat keinen Bestand.

5           Während in den Fällen 1, 2, 5, 6 und 7 jeweils eine konkrete Beteiligung des Angeklagten entweder bei Lieferung der Betäubungsmittel oder Abholung des Kaufgelds festgestellt ist, fehlt es in den Fällen drei und vier an entsprechenden Feststellungen. Der Senat kann deshalb nicht ausschließen, dass es sich insoweit - wie offensichtlich auch in dem dem Angeklagten nicht zur Last gelegten Fall 8 der Urteilsgründe - um Betäubungsmittelgeschäfte nur seines Bruders D.       R.       handelte. Die Aufhebung der Verurteilung in diesen beiden Fällen entzieht auch dem Gesamtstrafenausspruch die Grundlage.

6           2. Auch der Ausspruch über den Verfall von Wertersatz hält sachlich-rechtlicher Prüfung nicht stand. Der Generalbundesanwalt hat dazu ausgeführt:

"Die Strafkammer hat mit Blick auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der Angeklagten in Anwendung der Härtevorschrift des § 73c Abs. 1 StGB den Verfall von Wertersatz in Höhe von 20.000 € angeordnet. Abgesehen davon, dass das Landgericht bei Anwendung der Härtevorschrift des § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB für jeden der Tatbeteiligten individuelle Feststellungen zu treffen und diese zu gewichten hatte (BGHR StGB § 73c Härte 17; Fischer StGB 62. Auflage § 73c Rn. 3), hat es übersehen, dass wegen des systematischen Verhältnisses der beiden Anwendungsfälle des § 73c Abs. 1 StGB - unbillige Härte § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB - Wegfall der Bereicherung § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB - zunächst das Vorliegen der Voraussetzungen des § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB zu prüfen ist (BGH StV 2013, 630). Nach dieser Vorschrift kann eine Verfallsanordnung unterbleiben, soweit das Erlangte oder dessen Wert zum Zeitpunkt der tatrichterlichen Entscheidung im Vermögen des Betroffenen nicht mehr vorhanden sind (BGHSt 33, 37, 39). Es ist deshalb zunächst festzustellen, was der Angeklagte 'aus der Tat' erlangt hat, sodann ist diesem Betrag der Wert sei-

nes noch vorhandenen Vermögens gegenüber zu stellen (BGH NStZ 2010, 86f.). Wenn hiernach auch ein Gegenwert des Erlangten im Vermögen des Angeklagten nicht mehr vorhanden ist, kann der Tatrichter von einer Verfallsanordnung absehen. Tatrichterliche Feststellungen dazu, was der Angeklagte aus den Taten erlangt hat bzw. zum Wert des vorhandenen Vermögens des Angeklagten fehlen. Allein aus dem Umstand, dass der Angeklagte nach seiner Erkrankung fortan 300 € monatlich aus öffentlichen Kassen erhält (UA S. 13) lässt sich nicht ohne weiteres sicher herleiten, dass der Wert des Erlangten im Vermögen des Betroffenen nicht mehr vorhanden ist. Da in diesem Fall nicht auszuschließen ist, dass aufgrund einer zureichenden Beurteilungsgrundlage auf einen geringeren Verfallsbetrag erkannt worden wäre, kann die getroffene Anordnung schon deshalb keinen Bestand haben."

7

Dem schließt sich der Senat an.

Appl

Krehl

Eschelbach

Ott

Bartel