



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

2 StR 294/02

vom  
2. Oktober 2002  
in der Strafsache  
gegen

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

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 2. Oktober 2002 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Fulda vom 19. April 2002 mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben,
  - a) soweit der Angeklagte in den Fällen II, 2 und 3 verurteilt wurde,
  - b) im gesamten danach verbleibenden Rechtsfolgenausspruch.
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 verworfen.

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten "wegen unerlaubten gewerbsmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen sowie wegen des unerlaubten gewerbsmäßigen Handeltreibens" zu der Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt sowie den "Verfall" von fünf Mobiltelefonen und 28.590 DM angeordnet. Der Angeklagte rügt mit seiner Re-

vision die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Das Rechtsmittel hat in dem aus der Beschlußformel ersichtlichen Umfang Erfolg. Im übrigen ist es offensichtlich unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).

1. Die Verurteilung des Angeklagten wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in den Fällen II, 2 und 3 hat keinen Bestand. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen läßt sich nicht abschließend beurteilen, ob der Fall II, 3 angeklagt ist oder ob dieses Betäubungsmittelgeschäft möglicherweise mit dem Fall II, 2 tateinheitlich zusammentrifft. Da hierzu ergänzende doppelrelevante Feststellungen zum Tatgeschehen erforderlich sind, können sie nicht vom Senat im Freibeweisverfahren, sondern nur durch einen neuen Tatrichter im Strengbeweisverfahren getroffen werden (vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO 45. Aufl. § 244 Rdn. 8; Herdegen in KK 4. Aufl. § 244 Rdn. 8; jew. m.w.N.).

Die als Fall II, 3 festgestellte Tat ist - für sich genommen - nicht Gegenstand der Anklage, eine Nachtragsanklage wurde bisher nicht erhoben. In Ziffer 3 der Anklage wird dem Angeklagten zur Last gelegt:

"An einem nicht näher feststellbaren Tag Ende November oder Anfang Dezember 1999 erhielt der Angeschuldigte von dem gesondert verfolgten D. 50 Ecstasy-Tabletten, rund 5 g Kokain anlässlich eines Treffens gegen 20.00 Uhr in der Nähe des Bahnhofes in F. beim D. Laden des Angeschuldigten. Den Kaufpreis für das gelieferte Betäubungsmittel, das als Probe für ein in Aussicht genommenes größeres Rauschgiftgeschäft diente, zahlte der Angeschuldigte entweder sofort oder später in nicht bekannter Höhe."

In dem angefochtenen Urteil wird als Fall II, 3 festgestellt:

"An einem weiteren nicht näher festzustellenden Tag Ende Dezember 1999 bzw. im Januar 2000 führte der Zeuge D. von Venlo aus 2,5 kg Haschisch sehr guter Qualität, 2000 Ecstasy-Tabletten sowie 205 g Ko-

kain nach Deutschland ein. Die Übergabe der 2,5 kg Haschisch, der 2000 Ecstasy-Tabletten sowie der 200 g Kokain zu einem Grammpreis von mindestens 70.000,- (richtig wohl: 70) DM, sowie weitere 5 g Kokain als Geschenk für den Angeklagten zum Eigenverbrauch, erfolgte wiederum an der Tankstelle. Der Angeklagte erschien zu diesem Treffen ohne den "S. ". Der nicht näher bekannte Gesamtpreis in der Größenordnung von 20.000,- bis 30.000,- DM wurde bis auf eine Summe von 10.000,- DM bar bezahlt. Die Restsumme von 10.000,- DM blieb der Angeklagte dem Zeugen D. in der Folgezeit schuldig."

Hierbei handelt es sich nach Tatzeit, Tatort sowie Menge und Art der Betäubungsmittel nicht um die angeklagte Tat. Dies wird, wie der Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift im einzelnen zutreffend darlegt, ergänzend durch den Inhalt der Akten bestätigt. Die Tat ist auch nicht Teil des als Fall II, 4 festgestellten gewerbsmäßigen Handeltreibens mit 32 g Haschisch am 16. November 2000. Konkreter Anhaltspunkt dafür, daß es sich bei dem am 16. November 2000 bei dem Angeklagten aufgefundenen 32 g Haschisch um einen Restbestand aus dem Einkauf vom Januar 2000 handeln könnte, sind entgegen der Ansicht der Verteidigung nicht erkennbar. Hiergegen spricht auch die mit einer längeren Lagerung verbundene Qualitätsminderung.

Es ist jedoch nach den bisherigen Feststellungen nicht ausgeschlossen, daß die Fälle II, 2 und 3 tateinheitlich verwirklicht wurden. Im Fall II, 2 kaufte der Angeklagte von dem aus den Niederlanden angereisten D. 2,5 kg Haschisch für 15.000 DM. Hiervon wurden 12.000 DM sofort bar bezahlt. "Die Restzahlung erfolgte an einem nicht näher feststellbaren Tag." Da der Verkäufer D. für die Betäubungsmittelgeschäfte jeweils aus den Niederlanden angereist ist, kann die Restzahlung bei der Abwicklung des als Fall II, 3 festgestellten Folgegeschäfts zusammen mit der Teilzahlung für die neue Lieferung geleistet worden sein, denn es liegt nicht nahe, daß der Verkäufer bereits zuvor lediglich zur Entgegennahme der verbliebenen Restzahlung von

3.000 DM gesondert aus den Niederlanden angereist ist. Da auch die erforderlichen Zahlungsvorgänge Bestandteil des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln sind (vgl. u.a. BGHSt 43, 158, 161 m.w.N.), besteht die Möglichkeit, daß beide Rauschgiftgeschäfte durch die Zahlung des (Rest-)Kaufpreises in einem Handlungsteil zusammentreffen und deshalb im Sinne von § 52 StGB tateinheitlich verwirklicht wurden (vgl. BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 3 Konkurrenzen 5; BtMG § 29 Strafzumessung 29). Die gegen diese rechtliche Beurteilung vorgebrachten Bedenken (vgl. BGH NStZ 1999, 411) teilt der Senat nicht.

Der neue Tatrichter wird daher zu prüfen haben, ob die Fälle II, 2 und 3 durch eine teilweise gemeinsame Kaufpreiszahlung tateinheitlich verbunden sind. Andernfalls fehlt es für die Verurteilung des Angeklagten wegen der Tat II, 3 an der Verfahrensvoraussetzung einer Anklage. Die Staatsanwaltschaft ist jedoch nicht gehindert, insoweit fürsorglich eine Nachtragsanklage zu erheben.

2. Der weitergehende Rechtsfolgenausspruch kann ebenfalls nicht bestehen bleiben.

a) Bei der Strafzumessung im Fall II, 4 hat das Landgericht zu Unrecht "die erhöhte Gefährlichkeit der Droge Kokain" zu Lasten des Angeklagten berücksichtigt (UA S. 22, 23). Festgestellt ist in diesem Fall jedoch der Besitz von 32 g Haschisch zum Zwecke des Handeltreibens, das nach der zutreffenden Bemerkung der Strafkammer "auf der Schwere skala der Gefährlichkeit der Betäubungsmittel eher einen geringeren Platz einnimmt" (UA S. 21). Die Einzel Freiheitsstrafe von neun Monaten hat deshalb keinen Bestand.

b) Im Fall II, 1 - wie auch in den Fällen II, 2 und 3 - hat das Landgericht den Angeklagten nach der Urteilsformel wegen gewerbsmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verurteilt. In der rechtli-

chen Würdigung in den Urteilsgründen nimmt das Landgericht an, § 29 Abs. 3 BtMG und § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG seien tateinheitlich verwirklicht. Die Annahme von Tateinheit ist rechtsfehlerhaft, weil § 29 Abs. 3 BtMG lediglich eine Strafzumessungsregel enthält und das Vergehen nach § 29 BtMG in dem Verbrechen nach § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG aufgeht. Für Tateinheit ist daher kein Raum. Die Strafzumessungsregel kann allerdings auch beim Vorliegen des Verbrechenstatbestands nach § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG Bedeutung haben (vgl. hierzu BGH NStZ 1994, 39; Beschl. vom 9. Oktober 2002 - 1 StR 137/02). Der Senat kann hier aber gleichwohl nicht ausschließen, daß sich die fehlerhafte Annahme von Tateinheit zum Nachteil des Angeklagten auf die Bemessung der Einzelfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten ausgewirkt hat. Zudem soll dem neuen Tatrichter durch Aufhebung auch dieser Einzelstrafe eine ausgewogene Bemessung des gesamten Rechtsfolgenausspruchs ermöglicht werden.

c) Der Wegfall der Einzelstrafen hat die Aufhebung der Gesamtfreiheitsstrafe zur Folge.

d) Der Verfall der sichergestellten Funktelefone hat keinen Bestand. Die "Annahme ... der Angeklagte habe diese Handys benutzt, um hiermit rechtswidrige Taten zu begehen" (UA S. 24) erfüllt die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 73 d Abs. 1 Satz 1 StGB nicht, weil die Mobiltelefone nach den Feststellungen des Landgerichts nicht "für" oder "aus" rechtswidrigen Taten erlangt wurden (vgl. Eser in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 73 Rdn. 8 f.; § 73 d Rdn. 14). Der neue Tatrichter wird zu prüfen haben, ob und inwieweit die Voraussetzungen von Einziehung oder Verfall nach anderen Vorschriften gegeben sind.

e) Der auf § 33 BtMG i. V. m. § 73 d StGB gestützte erweiterte Verfall der sichergestellten 28.590 DM Bargeld ist ebenfalls aufzuheben. Zum einen belegt die pauschale Begründung nicht die von der verfassungskonform einengenden Auslegung dieser Vorschrift geforderte uneingeschränkte Überzeugung

des Landgerichts von der deliktischen Herkunft des sichergestellten Geldes (vgl. BGHSt 40, 371). Zum anderen kommt dann, wenn die direkte Herkunft des Geldes aus den vom Schuldspruch erfaßten Betäubungsmittelgeschäften nicht festgestellt werden kann, nicht nur der unmittelbare Verfall nach § 73 StGB in Betracht, sondern auch der Verfall von Wertersatz nach § 73 a StGB, der nach dem geltenden Bruttoprinzip bis zur Höhe des gesamten Verkaufserlöses angeordnet werden kann. Da nicht anzunehmen ist, daß der Angeklagte die in den Fällen II, 1 und 2 für mindestens 30.000 DM erworbenen Betäubungsmittelmengen mit Verlust verkauft hat, kann der Verfall des sichergestellten Geldes neben einem Schuldspruch wegen dieser Taten schon nach den Vorschriften der §§ 73, 73 a, 73 c StGB gerechtfertigt sein. Sind die Voraussetzungen für die Anordnung des Verfalls oder des Verfalls von Wertersatz gegeben, ist für die Anordnung eines erweiterten Verfalls nach § 73 d StGB kein Raum. Vor der Anwendung des § 73 d muß unter Ausschöpfung aller prozessual zulässigen Mittel ausgeschlossen werden, daß die Voraussetzungen der §§ 73, 73 a StGB erfüllt sind (vgl. Eser a.a.O. § 73 d Rdn. 4; Lackner/Kühl, StGB 24. Aufl. § 73 d Rdn. 11 f.; Tröndle/Fischer, StGB 50. Aufl. § 73 d Rdn. 6 a; jew. m.w.N.).

Bode

Detter

Athing

Rothfuß

Elf