



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

1 StR 275/18

vom
25. Oktober 2018
in der Strafsache
gegen

1.

2.

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

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung der Beschwerdeführer und des Generalbundesanwalts – zu 2. auf dessen Antrag – am 25. Oktober 2018 gemäß § 349 Abs. 2 und 4, § 354 Abs. 1 analog StPO beschlossen:

1. Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 29. Dezember 2017,

a) soweit es den Angeklagten K. betrifft, mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben,

aa) im Fall C.6. der Urteilsgründe;

bb) im Ausspruch über

(1) die zweite Gesamtstrafe (Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren);

(2) die Einziehung,

(a) soweit gegen die Angeklagten als Gesamtschuldner die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 69.300 € angeordnet wurde (Ziff. 8. des Tenors);

(b) soweit die erweiterte Einziehung von Taterträgen in Höhe von 16.200 € angeordnet wurde (Ziff. 5. des Tenors);

b) soweit es den Angeklagten M. betrifft,

aa) mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben,

(1) im Fall C.6. der Urteilsgründe;

(2) im Ausspruch über

(a) die Gesamtstrafe;

(b) die Einziehung, soweit gegen die Angeklagten als Gesamtschuldner die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 69.300 € angeordnet wurde (Ziff. 8. des Tenors);

bb) im Ausspruch über die Einziehung des Wertes von Taterträgen dahin geändert, dass – soweit seine alleinige Haftung angeordnet wurde (Ziff. 7. des Tenors) – gegen ihn die Einziehung von Wertersatz in Höhe von 88.695 € angeordnet wird.

2. Die weitergehenden Revisionen der Angeklagten werden als unbegründet verworfen.

3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten K. wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in sechs Fällen, Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in vier Fällen sowie Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen unter Einbeziehung einer anderen Strafe zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von neun Jahren und sechs Monaten und darüber hinaus wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln und Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Erwerb von Betäubungsmitteln zu einer weiteren Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt.

- 2 Den Angeklagten M. hat es wegen Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen sowie wegen Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in fünf Fällen jeweils in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge sowie wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in zehn Fällen und Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zehn Jahren und sechs Monaten verurteilt. Im Übrigen hat das Landgericht die Angeklagten jeweils freigesprochen. Es hat zudem die Unterbringung der beiden Angeklagten in einer Entziehungsanstalt angeordnet und verschiedene Einziehungsentscheidungen getroffen.

- 3 Hiergegen wenden sich die Angeklagten mit ihren auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützten Revisionen; der Angeklagte M. rügt daneben auch die Verletzung formellen Rechts. Mit der Sachrüge haben die Rechtsmittel den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg

(§ 349 Abs. 4 StPO); im Übrigen sind sie unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

I.

4 Das Landgericht hat – soweit hier von Bedeutung – folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

5 1. Im Jahr 2016 betrieben die Angeklagten – zunächst im Wesentlichen unabhängig voneinander, später auch gemeinschaftlich – Handel mit aus Tschechien stammendem Methamphetamin. Unter anderem erwarb der Angeklagte M. am 27. oder 28. Oktober 2016 in Absprache mit dem Angeklagten K. mit von diesem bereitgestellten Mitteln in Tschechien ein Kilogramm Methamphetamin zu einem Grammpreis von 18 bis 20 € und brachte es über die tschechisch-deutsche Grenze. Der Angeklagte K.

holte ihn mitsamt den erworbenen Betäubungsmitteln – nicht abschließbar erst nach dem Grenzübertritt – in Grenznähe ab. 950 Gramm der eingeführten Menge verkauften die Angeklagten gemeinsam gewinnbringend an diverse Abnehmer, während sie 50 Gramm selbst konsumierten (Fall C.6. der Urteilsgründe).

6 Der Angeklagte K. hat sich zu dieser Tat – wie auch im Übrigen – nicht erklärt. Dagegen hat der Angeklagte M. das Tatgeschehen im Grundsatz eingeräumt, sich jedoch abweichend von den Feststellungen dahin eingelassen, nicht ein Kilogramm, sondern nur 250 Gramm Methamphetamin aus Tschechien nach Deutschland gebracht zu haben.

7

Dass der Angeklagte M. entgegen seiner Einlassung nicht nur 250 Gramm, sondern ein Kilogramm Methamphetamin eingeführt hat, schließt die Strafkammer im Wesentlichen aus der in der Hauptverhandlung wegen Unerreichbarkeit des Zeugen verlesenen polizeilichen Aussage des

D. , wonach der Angeklagte M. ihm gegenüber erklärt habe, einen Betrag von 20.000 € zur Beschaffung von Methamphetamin zur Verfügung zu haben, und dieser auch sonst schon Methamphetamin im Kilogramm-bereich in Tschechien erworben und in die Bundesrepublik eingeführt habe. Diese Angaben des Zeugen D. sieht das Landgericht durch die Aussagen der Zeugen Ka. und A. gestützt, die ebenfalls erklärten, dass der Angeklagte M. auch in anderen Fällen (so im Fall C.1. der Urteilsgründe) ein Kilogramm Methamphetamin oder mehr von Tschechien nach Deutschland verbracht habe. Der Annahme, der Angeklagte M.

habe im Fall C.6. der Urteilsgründe nicht nur 250 Gramm, sondern ein Kilogramm Methamphetamin eingeführt, stehe insbesondere nicht entgegen, dass die Kammer im Fall C.4. der Urteilsgründe trotz der Aussage des Zeugen D. , der Angeklagte M. habe in diesem Fall ein Kilogramm Methamphetamin eingeführt, von einer Einfuhrmenge von nur 100 Gramm Methamphetamin ausgehe. Denn in diesem Fall sei mangels ausreichender Beweise für eine über 100 Gramm hinausgehende Einfuhrmenge die dementsprechende Einlassung des Angeklagten M. zugrunde zu legen.

Die polizeiliche Aussage des Zeugen T. , der Angeklagte M.

habe Ende Oktober/Anfang November 2016 ein halbes Kilogramm Methamphetamin aus Tschechien holen wollen, stehe der Annahme einer Einfuhr von einem Kilogramm Methamphetamin ebenfalls nicht entgegen, weil der Zeuge diese Mengenangabe in der Hauptverhandlung nicht bestätigt, sondern eine Erinnerungslücke geltend gemacht habe. Im Übrigen sei anzunehmen, dass die

Mengenangabe des Zeugen T. gegenüber der Polizei auf einer bloßen Schätzung beruhe.

8 2. Gegen den Angeklagten K. hat das Landgericht unter anderem die Einziehung von im Dezember 2016 in bar sichergestellten 16.200 € angeordnet (§§ 73, 73a StGB). Zur Begründung hat es ausgeführt, da beide Angeklagte ohne geregeltes Einkommen gewesen seien, sei davon auszugehen, dass das Geld aus Methamphetaminverkäufen oder aus sonstigen Straftaten, etwa dem Verkauf gestohlener Fahrräder oder Motorroller, stamme. Da sich der Angeklagte M. mit der Einziehung sämtlicher sichergestellter Gegenstände einverstanden erklärt hat, hat das Landgericht gegen diesen keine entsprechende Anordnung getroffen.

9 Die Strafkammer hat zudem gegen die Angeklagten als Gesamtschuldner die Einziehung des Wertes von Taterträgen aus der Tat gemäß Fall C.6. der Urteilsgründe in Höhe von 69.300 € (950 Gramm Methamphetamin zu einem mittleren Verkaufspreis von 90 € pro Gramm abzüglich des sichergestellten Geldbetrages von 16.200 €) angeordnet.

II.

10 Die Verfahrensrügen bleiben aus den in der Antragsschrift des Generalbundesanwalts vom 25. Mai 2018 genannten Gründen ohne Erfolg.

III.

11 Die auf die Sachrügen gebotene Überprüfung des Urteils führt zur Aufhebung der Verurteilung der Angeklagten in Fall C.6. der Urteilsgründe und den daran anknüpfenden Rechtsfolgenentscheidungen. Zudem erweisen sich die Einziehungsentscheidungen auch im Übrigen als zumindest teilweise rechtsfehlerhaft.

12 1. Die Verurteilung der Angeklagten wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Erwerb von Betäubungsmitteln (K.) bzw. Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (M.) in Fall C.6. der Urteilsgründe hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand.

13 a) Das Revisionsgericht muss die Überzeugung des Tatgerichts vom Vorliegen eines Sachverhalts grundsätzlich hinnehmen. Zu prüfen ist aber, ob die tatrichterliche Überzeugung in den Feststellungen und in den sie tragenden Beweiserwägungen eine ausreichende Grundlage findet. Deshalb müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, dass die Beweiswürdigung auf einer tragfähigen, verstandesmäßig einsehbaren Tatsachengrundlage beruht und die vom Tatgericht gezogenen Schlussfolgerungen nicht nur eine Vermutung darstellen (st. Rspr.; vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 18. Juli 2018 – 5 StR 547/17 Rn. 18 mwN; Beschluss vom 16. Juni 2015 – 2 StR 29/15, StV 2015, 740 Rn. 26).

14 b) Ausgehend hiervon hat das Landgericht seine Überzeugung, dass der Angeklagte M. am 27. oder 28. Oktober 2016 aufgrund gemeinsamen Tatentschlusses mit dem Angeklagten K. mit von diesem zur Verfügung gestellten Mitteln in Tschechien ein Kilogramm Methamphetamin erwarb, dieses anschließend von Tschechien nach Deutschland verbrachte und

es sodann mit dem Angeklagten K. gewinnbringend veräußerte, nicht tragfähig begründet.

15 Angaben zu der konkreten Tat konnten nur die Zeugen D. und T. machen. Die Bekundungen des Zeugen D. bezogen sich allerdings nur auf das Planungsstadium und verhielten sich nicht dazu, inwieweit der Angeklagte M. sein Vorhaben tatsächlich in die Tat umsetzte. So schilderte der Zeuge zur konkreten Tat lediglich, dass der Angeklagte M. ihm berichtet habe, 20.000 € investieren zu können, woraus sich – so die Folgerung des Landgerichts – bei dem vom Angeklagten angegebenen Grammpreis eine Menge von einem Kilogramm Methamphetamin ergebe. Der Angeklagte M.

 habe ihm zudem erzählt, schon im August/September 2016 ein Kilogramm Methamphetamin aus Tschechien importiert zu haben, und auch sonst mit dem An- und Verkauf von Methamphetamin im Kilobereich geprahlt.

16 Die Angaben des Zeugen D. zu der vom Angeklagten M. vorgesehenen Einkaufsmenge stehen schon nicht im Einklang mit der Aussage des Zeugen T. , der Besonderheiten der Beschaffungsfahrt im Fall C.6. der Urteilsgründe schildern konnte und in seiner polizeilichen Vernehmung angegeben hatte, der Angeklagte M. habe ein halbes Kilogramm aus Tschechien holen wollen.

17 Die nur das Planungsstadium betreffenden Angaben des Zeugen D. reichen aber auch ungeachtet dessen – auch in Zusammenschau mit den übrigen von der Strafkammer herangezogenen Indizien – nicht aus, um die Einfuhr von einem Kilogramm Methamphetamin durch den Angeklagten M. zu belegen. Insbesondere hat das Landgericht nicht nachvollziehbar ausgeführt, warum der Aussage des Zeugen D. und den auch nach weiteren Zeugenaussagen für den Angeklagten M. üblichen Einfuhrmengen

im Fall C.6. der Urteilsgründe ein höheres Gewicht zukommen sollte als im Fall C.4. der Urteilsgründe, in dem das Landgericht die Aussage des Zeugen D. und das auch insoweit gültige Indiz der üblichen Einfuhrmenge nicht hat ausreichen lassen, um die Einlassung des Angeklagten M. als widerlegt anzusehen. Zudem hat sich die Strafkammer auch nicht damit auseinandergesetzt, ob der Angeklagte M. seine ursprünglichen Pläne hinsichtlich der Einfuhrmenge nach dem Gespräch mit dem Zeugen D. geändert und tatsächlich weniger Methamphetamin als für 20.000 € erhältlich eingeführt haben könnte.

- 18 c) Auf der Grundlage der Einlassung des Angeklagten M. wäre zwar eine Betäubungsmittelmenge von 250 Gramm Methamphetamin (Einfuhr) bzw. – unter Berücksichtigung des festgestellten Eigenkonsumanteils der Angeklagten von 50 Gramm – 200 Gramm (Handeltreiben) zugrunde zu legen, so dass bei einer Wirkstoffmenge von 60 % die Grenze zur nicht geringen Menge jeweils nicht unterschritten wäre und die Schuldsprüche von der Einlassung des Angeklagten getragen wären. Das Landgericht ist dieser Einlassung aber gerade nicht gefolgt, weshalb die getroffenen Feststellungen keine taugliche Grundlage für die Schuldsprüche zu Fall C.6. der Urteilsgründe sind. Da der Tatumfang somit ungeklärt ist, hebt der Senat die Schuldsprüche auf (vgl. KK/Gericke, StPO, 7. Aufl., § 353 Rn. 17) und sieht davon ab, die getroffenen Feststellungen auch nur teilweise bestehen zu lassen (§ 353 Abs. 2 StPO). Dies gibt dem neuen Tatgericht die Möglichkeit, eine Entscheidung ohne Bindung an rechtskräftige Feststellungen zu treffen (vgl. BGH, Urteil vom 1. Dezember 2016 – 3 StR 331/16 Rn. 34; Beschluss vom 20. Juni 1996 – 4 StR 680/95, NStZ-RR 1997, 72, 73; KK/Gericke, StPO, 7. Aufl., § 353 Rn. 13; L-R/Franke, StPO, 26. Aufl., § 353 Rn. 11 jeweils mwN).

- 19 Die Aufhebung der Schuldsprüche zieht die Aufhebung der Einzelstrafen für beide Angeklagte im Fall C.6. der Urteilsgründe nach sich. Dies entzieht auch den Aussprüchen über die gegen den Angeklagten K. verhängten zweiten Gesamtstrafe und die gegen den Angeklagten M. verhängten Gesamtstrafe die Grundlage.
- 20 2. Die durch die Strafkammer getroffenen Einziehungsentscheidungen erweisen sich ebenfalls teilweise als rechtsfehlerhaft.
- 21 a) Angesichts der Aufhebung der Verurteilung der Angeklagten wegen der Tat C.6. der Urteilsgründe war zunächst die daran anknüpfende Anordnung der Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 69.300 €, für welche die Angeklagten gesamtschuldnerisch haften, aufzuheben.
- 22 b) Der Aufhebung unterliegt zudem die von der Strafkammer in Höhe von 16.200 € gegen den Angeklagten K. angeordnete, auf § 73a StGB gestützte Einziehung des Wertes von Taterträgen.
- 23 aa) Die Strafkammer hat insoweit lediglich festgestellt, dass der genannte Bargeldbetrag im Dezember 2016 auf dem von der Ehefrau des Angeklagten K. angemieteten und von diesem genutzten Grundstück – Einzelheiten zum Auffindeort lassen sich dem Urteil nicht entnehmen – sichergestellt wurde. Zur weiteren Begründung der Einziehungsentscheidung hat das Landgericht ausgeführt, dass nach Beschaffung von einem Kilogramm Methamphetamin Ende Oktober 2016 ausweislich der überwachten Telekommunikation erhebliche Betäubungsmittelverkaufsaktivitäten stattgefunden hätten. Da beide Angeklagte ohne geregeltes Einkommen gewesen seien, sei davon auszugehen, dass der sichergestellte Geldbetrag aus Methamphetaminverkäufen oder aus sonstigen Straftaten, wie etwa dem Verkauf gestohlener Fahrräder oder Motorroller stamme.

- 24 bb) Die Strafkammer hat hierbei schon nicht bedacht, dass die erweiterte Einziehung von Taterträgen nach § 73a Abs. 1 StGB gegenüber einer Einziehung von Taterträgen nach § 73 Abs. 1 StGB subsidiär ist. Eine erweiterte Einziehung von Taterträgen beim Täter kommt daher erst dann in Betracht, wenn nach Ausschöpfung aller zulässigen Beweismittel ausgeschlossen werden kann, dass die Voraussetzungen des § 73 StGB erfüllt sind (st. Rspr.; vgl. zuletzt BGH, Beschlüsse vom 21. August 2018 – 2 StR 231/18, NStZ-RR 2018, 380, 381 f. und vom 4. April 2018 – 3 StR 63/18 Rn. 6 jeweils mwN). Von der Anordnung sind zudem Gegenstände ausgenommen, die nicht ausschließbar aus Taten stammen, die von der Anklage umfasst waren, derentwegen der Angeklagte aber freigesprochen wurde (BGH, Beschluss vom 21. August 2018 – 2 StR 231/18 aaO; Urteil vom 7. Juli 2011 – 3 StR 144/11 Rn. 10 [insoweit nicht abgedruckt in BGHR StGB § 73d Anwendungsbereich 3] mwN).
- 25 Die Strafkammer hätte sich hiernach zunächst mit der Frage auseinander setzen müssen, ob der sichergestellte Geldbetrag Verkaufserträgen aus den Taten C.2., 3. oder 6. der Urteilsgründe oder solchen aus den Taten C.1., 4. oder 5. der Urteilsgründe, wegen derer sie den Angeklagten K. freigesprochen hat, zuzuordnen ist.
- 26 cc) Die erweiterte Einziehung von Taterträgen gemäß § 73a Abs. 1 StGB setzt zudem voraus, dass das Tatgericht aufgrund erschöpfender Beweiserhebung und -würdigung die volle Überzeugung gewonnen hat, dass der Angeklagte die Gegenstände aus rechtswidrigen Taten erlangt hat. Einer Feststellung der konkreten Taten bedarf es jedoch nicht (st. Rspr.; zuletzt etwa BGH, Beschlüsse vom 21. August 2018 – 2 StR 231/18, NStZ-RR 2018, 380, 381 und vom 4. April 2018 – 3 StR 63/18 Rn. 6, NStZ-RR 2018, 337 [nur redaktioneller Leitsatz] jeweils mwN). Der bloße Verdacht der illegalen Herkunft eines Gegenstandes reicht für dessen Einziehung nach § 73a Abs. 1 StGB nicht aus

(BT-Drucks. 18/9525, S. 57). Umstände, die eine Anordnung rechtfertigen, können in der Anlasstat selbst oder in den persönlichen Verhältnissen des Täters, insbesondere seinen Einkommensverhältnissen, liegen (BGH, Beschluss vom 21. August 2018 – 2 StR 231/18, NStZ-RR 2018, 380, 381). Begründen allerdings bestimmte Tatsachen die nicht nur theoretische Möglichkeit, dass Vermögensgegenstände des Täters aus anderen Quellen als aus rechtswidrigen Taten stammen, und verbleiben deshalb vernünftige Zweifel an ihrer deliktischen Herkunft, steht dies der Anordnung der erweiterten Einziehung entgegen (BGH aaO).

27 Den Anforderungen, die bei der Anordnung der erweiterten Einziehung danach an die Feststellung der deliktischen Herkunft des sichergestellten Geldbetrages zu stellen sind, wird das angefochtene Urteil nicht gerecht. Die Würdigung der Strafkammer bleibt insoweit lückenhaft.

28 Die knappen Feststellungen des Landgerichts zu den persönlichen Lebensverhältnissen der Angeklagten beschränken sich darauf, dass diese mit gebrauchten Rädern gehandelt bzw. sporadisch Motorräder repariert und kein geregeltes Einkommen gehabt hätten. Die Ausführungen zu einer als mögliche Herkunftsquelle des Geldbetrages in Betracht gezogenen Hehlerei bleiben dabei äußerst vage. Dazu heißt es lediglich im Vorspann des Urteils, dass wegen eines entsprechenden Anfangsverdachts Ermittlungen gegen die Angeklagten geführt worden seien und zahlreiche teils hochwertige Fahrräder und Motorroller, die teilweise als gestohlen gemeldet worden seien oder ausgefeilte Rahmennummern gehabt hätten, auf dem Grundstück aufgefunden worden seien. Inwiefern sich der Verdacht der Hehlerei im Ermittlungsverfahren erhärtet und welchen Stand dieses Verfahren erreicht hat, wird in dem Urteil nicht mitgeteilt. Das Landgericht hat zudem nicht in den Blick genommen, ob ein im Juni 2016 von der Ehefrau des Angeklagten K. aufgenommenen Bankkredit

über ca. 43.000 € als legale Quelle des sichergestellten Geldes in Betracht kommen könnte, was schon deshalb nicht völlig fern liegen dürfte, weil sich der aufgefundene Geldbetrag auf dem von dieser angemieteten Grundstück befand.

- 29 3. Schließlich war der Betrag von 89.010 €, auf den sich die allein gegen den Angeklagten M. angeordnete Einziehung bezieht (Ziff. 7. des Tenors), auf 88.695 € zu reduzieren, weil die Strafkammer statt der insoweit für die Ermittlung des Verkaufserlöses anzusetzenden Menge an im Rahmen der Tat C.5. der Urteilsgründe verkauften Betäubungsmitteln (20,5 Gramm) 24 Gramm zugrunde gelegt hat. Der danach einzuziehende Betrag war in analoger Anwendung von § 354 Abs. 1 StPO richtigzustellen (vgl. zuletzt BGH, Beschlüsse vom 8. November 2018 – 1 StR 527/18 mwN und vom 16. August 2018 – 4 StR 169/18). Der Senat hat der Neuberechnung allerdings – lediglich

insofern abweichend von dem diesbezüglichen Antrag des Generalbundesanwalts – den von der Strafkammer für die Einziehungsentscheidungen herangezogenen mittleren Verkaufspreis von 90 € pro Gramm zugrunde gelegt.

Raum

RinBGH Dr. Fischer
ist erkrankt und deshalb
an der Unterschriftsleistung
gehindert.

Bär

Raum

Hohoff

Pernice