



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

4 StR 153/08

vom

2. Oktober 2008

in der Strafsache

gegen

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

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 2. Oktober 2008, an der teilgenommen haben:

Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof
Dr. Tepperwien,

Richter am Bundesgerichtshof
Athing,
Richterin am Bundesgerichtshof
Solin-Stojanović,
Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Ernemann,
Dr. Mutzbauer,

Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt
als Verteidiger,

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil der Strafkammer des Landgerichts Münster bei dem Amtsgericht Bocholt vom 11. September 2007, soweit es den Angeklagten M. betrifft, im Ausspruch über den Verfall eines Geldbetrages mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.
2. Die Sache wird im Umfang der Aufhebung 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 wegen unerlaubten Handeltriebens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in einer Vielzahl von Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt. Zugleich hat es gegen ihn den Verfall eines Geldbetrages von 10.000 € angeordnet. Mit ihrer zu Ungunsten des Angeklagten eingelegten und wirksam (vgl. BGH NStZ-RR 1997, 270; Meyer-Goßner StPO 51. Aufl. § 318 Rdn. 22) auf den Ausspruch über den Wertersatzverfall beschränkten Revision rügt die Staatsanwaltschaft die Verletzung materiellen Rechts. Das Rechtsmittel ist begründet.

II.

- 2 1. Nach den Feststellungen erwarb der Angeklagte im Zeitraum Juli 2004 bis April 2006 in insgesamt 39 Fällen in den Niederlanden von diversen Lieferanten jeweils 300 g Kokain zu Grammpreisen von 35 oder 37 €, führte das Rauschgift sodann gemeinsam mit dem früheren Mitangeklagten L. in die Bundesrepublik Deutschland ein und veräußerte die Betäubungsmittel schließlich zu einem Grammpreis von 50 bis 60 € an verschiedene Abnehmer. Mit L. war pro Fahrt eine Entlohnung von 450 € vereinbart, die er sich vom Angeklagten größtenteils in Kokain auszahlen ließ.
- 3 2. Das Landgericht hat ungeachtet der missverständlichen Tenorierung ersichtlich - wie auch die Liste der angewendeten Vorschriften zeigt - gegen den Angeklagten in Anwendung der §§ 73, 73 a StGB den Verfall von Wertersatz angeordnet. Dies lässt im Ansatz Rechtsfehler nicht erkennen, da die vom Angeklagten unmittelbar aus den Drogengeschäften erlangten Geldscheine (§ 73 Abs. 1 Satz 1 StGB) sich nicht mehr in dessen Besitz befinden, so dass ihr Verfall aus tatsächlichen Gründen nicht mehr möglich im Sinne von § 73 a Satz 1 StGB ist. Zur Bemessung der Höhe des Verfallsbetrages hat die Strafkammer ausgeführt:
- 4 Der Angeklagte habe das Kokain gewinnbringend an seine Endabnehmer für einen Preis von zumindest 50 € je Gramm weiter veräußert, so dass er aus den Verkäufen der insgesamt 11,7 kg Kokain einen Gesamterlös von mindestens 585.000 € „erzielt haben dürfte“. Gleichwohl werde „unter Anwendung der Vorschrift der §§ 73 c Abs. 1 Satz 2 1. Alt., 73 c Abs. 1 Satz 1 StGB“ lediglich ein Geldbetrag von 10.000 € für verfallen erklärt. Der Angeklagte verfüge derzeit nur noch über einen Pkw im Wert von 8.814,57 €, eine Unfallversiche-

nung mit einem Rückkaufwert von 3.511,86 € und eine Lebensversicherung mit einem Rückkaufwert von 8.341,31 €, mithin über Vermögen im Gesamtwert von 20.673,74 €. Weitere Geldmittel oder Vermögen besitze er nachweisbar nicht. Sie - die Strafkammer - erachte lediglich die Anordnung eines Wertersatzverfalls von 10.000 € „als darstellbar“. Die Lebensversicherung sei 1994 abgeschlossen und ab November 2001 beitragsfrei gestellt worden. Damit stehe fest, dass dieser Vermögenswert ohne jeden denkbaren Zusammenhang mit den abgeurteilten Straftaten erworben worden sei. Bezüglich des dem Angeklagten darüber hinaus noch verbleibenden Restbetrages sei von den Voraussetzungen des § 73 c Abs. 1 Satz 1 StGB auszugehen. In Anbetracht des ohnehin geringen Restvermögens sowie der Unterhaltsverpflichtungen des Angeklagten gegenüber seinen beiden Kindern erscheine eine weiter gehende Anordnung eines Wertersatzverfalls über den Betrag von 10.000 € hinaus als unbillige Härte.

- 5 3. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.
- 6 a) Soweit das Landgericht von der Anordnung des Verfalls des Wertersatzes nach § 73 c Abs. 1 Satz 1 StGB abgesehen hat, fehlt es hierfür an einer tragfähigen Begründung. Zwar ist die Anwendung der Härtevorschrift des § 73 c StGB in erster Linie Sache des Tatrichters. Die Gewichtung der für das Vorliegen einer unbilligen Härte maßgeblichen Umstände unterliegt daher grundsätzlich nicht der Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Mit der Revision kann jedoch beanstandet werden, dass das Tatbestandsmerkmal der „unbilligen Härte“ rechtsfehlerhaft interpretiert worden ist (vgl. BGH wistra 2003, 424, 425).
- 7 aa) Die Annahme einer „unbilligen Härte“ im Sinne des § 73 c Abs. 1 Satz 1 StGB setzt nach ständiger Rechtsprechung eine Situation voraus, nach

der die Anordnung des Verfalls das Übermaßverbot verletzen würde, also schlechthin „ungerecht“ wäre (vgl. BGH NStZ 1995, 495; wistra 2003, 424, 425; Fischer StGB 55. Aufl. § 73 c Rn. 3). Die Auswirkungen müssen im konkreten Einzelfall außer Verhältnis zu dem vom Gesetzgeber mit der Maßnahme angestrebten Zweck stehen; es müssen besondere Umstände vorliegen, auf Grund derer mit der Vollstreckung des Verfalls eine außerhalb des Verfallszwecks liegende zusätzliche Härte verbunden wäre, die dem Betroffenen auch unter Berücksichtigung des Zwecks des Verfalls nicht zugemutet werden kann (W. Schmidt in LK 12. Aufl. § 73 c Rn. 7).

- 8 bb) Derartige Umstände hat das Landgericht nicht dargetan. Der Gesichtspunkt, dass dem Angeklagten nur ein „geringes Restvermögen“ verbleibe, stellt kein taugliches Kriterium dar. Aus § 73 c Abs. 1 Satz 2 StGB folgt, dass die - auch vollständige - Entreicherung des Täters als solche keine Härte darstellt, die (zwingend) zum Ausschluss der Verfallsanordnung nach § 73 c Abs. 1 Satz 1 StGB führt (vgl. BGH NStZ 2000, 589, 590; wistra 2003, 424, 425). Denn diese Bestimmung stellt die Anordnung des Verfalls auch in den Fällen in das Ermessen des Gerichts, in denen der Wert des Erlangten zur Gänze nicht mehr im Vermögen des Betroffenen vorhanden ist, d.h. auch in Fällen vollständiger Vermögenslosigkeit. Erst recht kann nicht von einer unbilligen Härte gesprochen werden, wenn dem Betroffenen - wie hier - ein Restvermögen von immerhin mehr als 10.000 € verbliebe. Ebenso wenig ist der nicht weiter spezifizierte Hinweis auf die Unterhaltspflichten des Angeklagten gegenüber seinen Kindern geeignet, die Annahme eines Härtefalls im Sinne des § 73 c Abs. 1 Satz 1 zu rechtfertigen (vgl. auch W. Schmidt in LK aaO). Ansprüche von Unterhaltsberechtigten werden regelmäßig durch Verfallsanordnungen betroffen. Darüber hinaus gehende besondere Umstände, die insoweit eine unzumutbare Härte begründen könnten, sind nicht festgestellt.

9 b) Auch die Voraussetzungen des § 73 c Abs. 1 Satz 2 1. Alt. StGB sind nicht rechtsfehlerfrei dargelegt.

10 aa) Allerdings beanstandet die Revision zu Unrecht, dass das Landgericht den Wert der Lebensversicherung des Angeklagten bei der Berechnung des Wertes des ihm verbliebenen Vermögens außer Ansatz gelassen hat.

11 (1) Zwar kommt es grundsätzlich nicht darauf an, ob das vorhandene Vermögen einen konkreten oder unmittelbaren Bezug zu den Straftaten hat; ebenso wenig hängt die Anordnung des Verfalls davon ab, ob der Angeklagte die vorhandenen Vermögenswerte unmittelbar mit Drogengeldern erworben hat oder ob er mit Drogengeldern andere Aufwendungen bestritten und erst mit den so eingesparten Mitteln das noch vorhandene Vermögen gebildet hat (st. Rspr.; vgl. BGHR StGB § 73 c Wert 2 = wistra 2000, 298; Fischer aaO § 73 c Rn. 4 m.w.N.). Daher scheidet eine Ermessensentscheidung nach § 73 c Abs. 1 Satz 2 1. Alt. StGB regelmäßig aus, solange und soweit der Angeklagte über Vermögen verfügt, das wertmäßig nicht hinter dem „verfallbaren“ Betrag zurückbleibt (BGH aaO).

12 (2) Dies gilt indes nicht uneingeschränkt. Steht zweifelsfrei fest, dass der fragliche Vermögenswert ohne jeden denkbaren Zusammenhang mit den abgeurteilten Straftaten erworben wurde, ist eine Ermessensentscheidung nach § 73 c Abs. 1 Satz 2 1. Alt. StGB insoweit nicht ausgeschlossen (vgl. Senat BGHSt 48, 40, 42 f. mit zust. Anm. Rönnau NStZ 2003, 367; BGH NStZ-RR 2005, 104 [3. Strafsenat]; Joecks in Müko-StGB § 73 c Rn. 17 f.; Wolters/Horn in SK-StGB § 73 c Rn. 6; a.A. [nicht tragend] BGHSt 51, 65, 70 Tz. 23 [1. Strafsenat] mit abl. Anm. Dannecker NStZ 2006, 683). So liegt es hier. Das Landgericht hat zutreffend einen möglichen Zusammenhang zwischen dem Erwerb des durch

die 1994 abgeschlossene und im November 2001 beitragsfrei gestellte Lebensversicherung verkörperten Vermögenswerts und den vom Angeklagten Jahre später im Zeitraum Juli 2004 bis April 2006 erlangten Drogenerlösen abgeschlossen.

13 (3) Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin wird dadurch eine effektive Vermögensabschöpfung über die Verfallsvorschriften nicht in Frage gestellt (vgl. bereits BGHSt 48, 40, 43). Denn vorhandenes Vermögen behält, auch wenn es in keiner denkbaren Beziehung zum - nicht mehr vorhandenen - Wert des Erlangten steht und deshalb die Anwendbarkeit des § 73 c Abs. 1 Satz 2 1. Alt. StGB nicht hindert, seine Bedeutung im Rahmen der nach billigem Ermessen zu treffenden Entscheidung. Bestehen etwa Anhaltspunkte dafür, dass der Angeklagte bewusst unbemakeltes Vermögen geschont und seine Lebensführung und sonstige Ausgaben mit dem aus den Straftaten Erlangten bestritten hat, wird dies regelmäßig dazu führen, dass von der Möglichkeit des § 73 c Abs. 1 Satz 2 1. Alt. StGB kein Gebrauch zu machen ist.

14 bb) Die Urteilsausführungen lassen jedoch besorgen, dass das Landgericht bei der Verfallsentscheidung nicht im Blick gehabt hat, dass es sich bei § 73 c Abs. 1 Satz 2 1. Alt. StGB um eine Ermessensvorschrift handelt.

15 Das Landgericht hat, soweit es von einem Verfall des Wertersatzes nach § 73 c Abs. 1 Satz 2 1. Alt. StGB abgesehen hat, dies allein damit begründet, dass der durch die Lebensversicherung verkörperte Vermögenswert ohne jeden denkbaren Zusammenhang mit den abgeurteilten Straftaten erworben worden ist. Dies betrifft jedoch lediglich die Eingangsvoraussetzung der Norm, nicht aber die in einem zweiten Schritt vorzunehmende Ermessensentscheidung.

16 cc) Jedenfalls bilden die getroffenen Feststellungen keine tragfähige Grundlage für eine Ermessensentscheidung nach § 73 c Abs. 1 Satz 2 1. Alt. StGB.

17 Maßgebend für die Ermessensentscheidung nach § 73 c Abs. 1 Satz 2 1. Alt. StGB ist neben der Gesamthöhe des Erlangten und den wirtschaftlichen Verhältnissen des Betroffenen insbesondere der Grund, aus welchem das Erlangte bzw. dessen Wert sich nicht mehr im Vermögen des Angeklagten befindet (vgl. BGH NStZ 2005, 455; NStZ-RR 2005, 104, 105; Joecks in Müko-StGB § 73 c Rn. 20 f.; W. Schmidt in LK aaO § 73 c Rn. 12). Hierbei können etwa das „Verprassen“ der erlangten Mittel oder ihre Verwendung für Luxus und zum Vergnügen gegen die Anwendung der Härtevorschrift sprechen; andererseits kann ihr Verbrauch in einer Notlage oder zum notwendigen Lebensunterhalt des Betroffenen und seiner Familie als Argument für eine positive Ermessensentscheidung dienen (BGHSt 38, 23, 25; BGH NStZ-RR 2005, 104, 105). Hierzu verhält sich das Urteil indes nicht. Der Senat vermag daher nicht zu überprüfen, ob das Landgericht diesen Gesichtspunkt - wie geboten - berücksichtigt hat und ob es insoweit von einem rechtlich zutreffenden Maßstab ausgegangen ist.

18 4. Die aufgezeigten Mängel führen zur Aufhebung der Verfallsentscheidung mit den zugehörigen Feststellungen. Bei der Bemessung des Wertes des vom Angeklagten aus den Drogenverkäufen Erlangten hat das Landgericht im Übrigen nicht berücksichtigt, dass nach den getroffenen Feststellungen der frühere Mitangeklagte L. sich seine Entlohnung von 450 € pro Fahrt vom Angeklagten „größtenteils“ in Kokain auszahlen ließ. Zwar hat der Angeklagte durch die Weitergabe des Kokains „an Zahlung Statt“ Aufwendungen in Form entsprechender Geldzahlungen erspart und damit aus den Taten auch etwas im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB erlangt (vgl. W. Schmidt in LK aaO § 73 Rn.

22; Fischer aaO § 73 Rn. 9). Der Wert des dergestalt Erlangten kann jedoch nicht ohne weiteres nach den von den Abnehmern des Angeklagten für das Kokain gezahlten Grammpreisen bemessen werden. Insoweit wird der neue Tatrichter gegebenenfalls im Wege der Schätzung (§ 73 b StGB) neue Feststellungen zu treffen haben.

Tepperwien

Athing

Solin-Stojanović

Ernemann

Mutzbauer