



5 StR 425/08

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

vom 26. November 2008
in der Strafsache
gegen

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

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 26. November 2008, an der teilgenommen haben:

Richter Dr. Brause als Vorsitzender,

Richter Dr. Raum,

Richter Schaal,

Richterin Dr. Schneider,

Richter Dölp

als beisitzende Richter,

Staatsanwalt beim Bundesgerichtshof

als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt

als Verteidiger,

Justizhauptsekretärin

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Berlin vom 28. Februar 2008 aufgehoben, soweit das Landgericht davon abgesehen hat, gegen den Angeklagten den Verfall eines Geldbetrages anzuordnen.

In diesem Umfang wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Jugendkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

– Von Rechts wegen –

Gründe

1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen bandenmäßigen Handel-treibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit un-erlaubter Abgabe von Betäubungsmitteln mit Todesfolge und mit Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte sowie wegen Bedrohung zu einer Gesamtfrei-heitsstrafe von sechs Jahren verurteilt; von einer Verfallsanordnung hat das Landgericht abgesehen. Die allein hiergegen gerichtete, wirksam beschränk-te Revision der Staatsanwaltschaft, die mit der Sachrüge geführt und vom Generalbundesanwalt vertreten wird, hat Erfolg.

I.

2 1. Nach den Feststellungen des Landgerichts beteiligte sich der Ange-klagte als Bandenmitglied in der Zeit von Mitte Juni 2006 bis zu seiner Fest-

nahme am 7. November 2006 am Verkauf von Heroin, aus einer fortlaufend aufgefüllten Gesamtmenge in „Kügelchen“ portioniert, vor allem an mehreren S-Bahnhöfen in Berlin. Die Tageseinnahmen der Bande stiegen während der Verkaufstätigkeit des Angeklagten, der die Aufgabe des Hauptverkäufers übernahm, auf bis zu 7.000 Euro. Der dem Angeklagten verbleibende Anteil an den Verkaufserlösen belief sich seinen eigenen Angaben zufolge auf 50 Euro pro Tag zuzüglich etwa 10 Euro für Verpflegung.

- 3 2. Das Landgericht hat von einer Verfallsanordnung abgesehen, da es keine genaueren Feststellungen zu den vom Angeklagten vorgenommenen Einzelverkäufen treffen konnte.

II.

- 4 Zu Recht beanstandet die Revision, dass das Landgericht von einer Verfallsanordnung abgesehen hat.

- 5 1. Nach § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB hat das Gericht zwingend den Verfall anzuordnen, wenn der Täter eine rechtswidrige Tat begangen und für sie oder aus ihr etwas erlangt hat. Aus der Tat sind alle Vermögenswerte erlangt, die dem Täter unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestandes selbst in irgendeiner Phase des Tatablaus zufließen (BGHR StGB § 73 Erlangtes 4 m.w.N.), bei den hier gegenständlichen Rauschgifterlösen der gesamte Verkaufserlös (BGHR StGB § 73b Schätzung 2). Anstelle nicht mehr vorhandenen Geldes tritt gemäß § 73a StGB der Verfall des Wertersatzes. Wenn, wie im vorliegenden Fall, konkrete Feststellungen hinsichtlich des vom Angeklagten vereinnahmten Verkaufserlöses nicht getroffen werden können, ist er nach § 73b StGB zu schätzen. Dies bedeutet, dass sich das Tatgericht, ausgehend von einer aufgrund des gesamten Ergebnisses der Beweisaufnahme sicheren Schätzungsgrundlage, mit einer Wertannahme begnügen kann (BGHR StGB § 73b Schätzung 2).

6 2. Das Absehen von einer Verfallsanordnung ist rechtsfehlerhaft. Das Landgericht hat verkannt, dass die von ihm getroffenen Feststellungen eine ausreichende Schätzungsgrundlage für die Anordnung des Verfalls von Wertersatz bieten. Dass der Angeklagte im Zeitraum von Juni bis November 2006 Hauptverkäufer der Bande war, beruht auf einer ausreichend tragfähigen Beweiswürdigung. Danach liegt es nahe, dass der Angeklagte den Großteil der im Tatzeitraum von der Bande vereinnahmten Verkaufserlöse von höchstens 1 Mio. Euro (144 Tage multipliziert mit 7.000 Euro) entgegennahm. Die angefochtene Entscheidung ist daher insoweit aufzuheben.

7 3. Allerdings erscheinen für den zweiten Rechtsgang belastbare Feststellungen zum Umfang der Einzelverkäufe durch den Angeklagten und dazu, ob er an den Barerlösen, die die anderen Bandenmitglieder vereinnahmten, zumindest Mitverfügungsgewalt hatte (vgl. dazu BGH NStZ 2008, 565, 566 m.w.N.), fernliegend. Sollte das neue Tatgericht von der geschätzten Höchstsumme der Gesamteinnahmen ausgehen, müsste es freilich erhebliche Sicherheitsabschläge vornehmen. Der Aufhebung von Feststellungen (vgl. § 353 Abs. 2 StPO) bedarf es bei der ausreichenden Schätzungsgrundlage nicht.

8 Der Senat kann nicht zur Höhe des Wertersatzes in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO durchentscheiden (vgl. dazu BGHR StGB § 73b Schätzung 2). Denn die bisherigen Feststellungen lassen eine revisionsgerichtliche Prüfung nicht zu, ob oder gegebenenfalls in welchem Umfang zugunsten des Angeklagten von der Anwendung der Härtevorschrift des § 73c StGB Gebrauch zu machen ist. Die dafür maßgeblichen Umstände, insbesondere inwieweit der Angeklagte noch um die von ihm verein-

nahmen Bareträge bereichert ist (§ 73c Abs. 1 Satz 2 erste Variante StGB), wird das neue Tatgericht aufzuklären haben. Die Feststellungen dazu dürfen den nunmehr bestandskräftigen nicht widersprechen.

Brause

Raum

Schaal

Schneider

Dölp