



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

3 StR 62/10

vom  
6. Mai 2010  
in der Strafsache  
gegen

wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Beschwerdeführers und des Generalbundesanwalts - zu 2. auf dessen Antrag - am 6. Mai 2010 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO einstimmig beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Oldenburg vom 15. Oktober 2009 im Ausspruch über den Verfall mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.

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.

2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

#### Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in fünf Fällen zur Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt. Ferner hat es gegen ihn den Verfall von 31.000 € angeordnet und ausgesprochen, dass "auf diesen Betrag ... die am 19.03.2009 sichergestellten und durch Anordnung der Staatsanwaltschaft vom 22.06.2009 gepfändeten 8.920 € sowie der Erlös aus der Verwertung des sichergestellten Pkw VW Fox ... anzurechnen" sind. Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Angeklagten, die er auf mehrere Verfahrensrügen und die allgemeine Sachrüge stützt. Das Rechtsmittel hat auf die Sachrüge zum Ausspruch über den Verfall Erfolg; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

2           1. Zu der Verfahrensrüge, es habe bei dem Urteil ein Richter mitgewirkt, dessen Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit mit Unrecht verworfen worden ist (§ 338 Nr. 3 StPO), weist der Senat ergänzend zur Antragschrift des Generalbundesanwalts hinsichtlich der Beanstandung, die Anklageschrift sei von dem abgelehnten Vorsitzenden der Strafkammer deshalb nicht wirksam an den Wahlverteidiger zugestellt worden, weil sich dessen schriftliche Vollmacht zu diesem Zeitpunkt nicht bei den Akten befunden hatte, auf seinen Beschluss vom 15. Januar 2008 - 3 StR 450/07 - hin.

3           2. Der Ausspruch des Landgerichts über die Anordnung des Verfalls hat keinen Bestand. Die Strafkammer hat im Fall II. 1. der Urteilsgründe zu Unrecht das Vorliegen der Anordnungsvoraussetzungen angenommen und ferner eine Anrechnung auf den Verfallsbetrag angeordnet, für die es keine gesetzliche Grundlage gibt.

4           Das Landgericht hat den ausgesprochenen Verfallsbetrag im Wesentlichen - und insoweit rechtsfehlerfrei - unter Anwendung des Bruttoprinzips aus den festgestellten, vom Angeklagten in den Fällen II. 2. bis 5. der Urteilsgründe vereinnahmten Verkaufserlösen errechnet (insgesamt 29.165 €). Im Fall II. 1. der Urteilsgründe hat es demgegenüber den Verfall eines Geldbetrages in Höhe von (weiteren) 2.000 € damit begründet, dass der an diesem Drogengeschäft beteiligte Mitangeklagte K. einen solchen Geldbetrag aus seinem Vermögen für den Angeklagten und in dessen Auftrag an einen Unbekannten in Albanien gezahlt hat. Dadurch sei der Angeklagte in dieser Höhe "von dem Zahlungsverlangen des Verkäufers frei" geworden und habe "den Betrag somit erhalten". Dies kann die Anordnung von Wertersatzverfall in dieser Höhe nicht rechtfertigen.

5 Die Anordnung von Verfall nach § 73 Abs. 1, § 73 a Abs. 1 StGB setzt voraus, dass der an einer rechtswidrigen Tat (als Täter oder Teilnehmer) Beteiligte für die Tat oder aus dieser etwas erlangt hat. Der Begriff "etwas" umfasst die Gesamtheit des materiell Erlangten (sog. Bruttoprinzip). Aus der Tat sind alle Vermögenswerte erlangt, die dem Tatbeteiligten unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestandes zufließen (vgl. Fischer, StGB 57. Aufl. § 73 Rdn. 7 ff.). Daran gemessen ist das Landgericht zu Unrecht davon ausgegangen, dass der Angeklagte im Fall II. 1. der Urteilsgründe 2.000 € im Sinne der Verfallsvorschriften erlangt hat. Da weder der Angeklagte oder sein Tatgenosse noch der Lieferant über die entsprechenden Erlaubnisse verfügten, verstieß das Drogengeschäft gegen ein gesetzliches Verbot (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG), die daran Beteiligten machten sich strafbar (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG). Der Kaufvertrag war daher nichtig (§ 134 BGB; vgl. Weber, BtMG 3. Aufl. § 29 Rdn. 15 m. w. N.). Somit hatte der Drogenlieferant durch Abschluss des Betäubungsmittelgeschäfts weder einen Kaufpreisanspruch (§ 433 Abs. 2 BGB) über 2.000 € noch andere zivilrechtliche Ansprüche in dieser Höhe erworben, von denen der Angeklagte durch die festgestellte Zahlung hätte frei werden können. Im Übrigen hätte der Angeklagte durch die Zahlung des Tatbeteiligten an den Drogenlieferanten, deren rechtlichen und tatsächlichen Hintergrund das Landgericht nicht festgestellt hat, selbst bei zivilrechtlicher Wirksamkeit des Geschäfts nach den getroffenen Feststellungen die 2.000 € nicht unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestandes des § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG erlangt.

6 Ferner ist die Verfallsanordnung auch insoweit rechtsfehlerhaft, als das Landgericht ausgesprochen hat, dass auf den Verfallsbetrag 8.920 € Bargeld sowie der Erlös aus der Verwertung des sichergestellten Pkw anzurechnen seien. Die Anordnung einer solchen Anrechnung ist rechtlich nicht möglich. Wie sich aus den Urteilsgründen eindeutig ergibt, hat das Landgericht vom Verfall

dieser Vermögensbestandteile nach der Härtevorschrift des § 73 c Abs. 1 StGB aus Gründen der Verhältnismäßigkeit abgesehen. Dies hat indes nicht die Anordnung einer Anrechnung zur Folge; vielmehr hätte das Landgericht diese Werte von dem nach dem Bruttoprinzip Erlangten in Abzug bringen und den Verfall des danach verbleibenden Betrages anordnen müssen. Allerdings leidet die Verfallsanordnung insoweit zusätzlich unter dem rechtlichen Mangel, dass der sich aus einer Verwertung des Pkw ergebende Erlös nicht feststeht.

7                   Wegen dieser Rechtsfehler bedarf die Anordnung des Verfalls neuer Verhandlung und Entscheidung. Der Senat weist den neuen Tatrichter darauf hin, dass die Annahme einer unbilligen Härte im Sinne von § 73 c Abs. 1 Satz 1 StGB nur bei Vorliegen besonderer Umstände in Betracht kommt (vgl. BGH NStZ 2010, 86; Fischer aaO § 73 c Rdn. 3).

Becker

Pfister

Sost-Scheible

RiBGH Mayer befindet sich  
im Urlaub und ist daher  
gehindert zu unterschreiben.

Hubert

Becker