



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

1 StR 42/17

vom  
22. März 2017  
in der Strafsache  
gegen

wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht  
geringer Menge

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 22. März 2017 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Karlsruhe vom 5. Oktober 2016
  - a) im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte des bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge schuldig ist,
  - b) im Ausspruch über die Anordnung des Verfalls (des Wertersatzes) aufgehoben.
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 als unbegründet verworfen.

Gründe:

1. Das Landgericht hat den Angeklagten wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge „in 26 tateinheitlichen Fällen“ zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren und sechs Monaten verurteilt, seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angeordnet und bestimmt, dass 21 Monate der erkannten Freiheitsstrafe vor der Maßregel zu vollziehen sind. Darüber hinaus hat es einen „Verfall“ in Höhe von 73.500 Euro angeord-

net. Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten erzielt den aus der Beschlussformel ersichtlichen Erfolg; im Übrigen ist sein Rechtsmittel unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

- 2           1. Das Landgericht hat in den Urteilsgründen das Tun des Angeklagten unter dem Gesichtspunkt der Bewertungseinheit ohne Rechtsfehler als eine Tat im Rechtssinne bewertet. Entsprechend dem Antrag des Generalbundesanwalts ist daher der Schuldspruch dahin zu ändern, dass die Verurteilung „in 26 tateinheitlichen Fällen“ entfällt. § 265 StPO steht der Schuldspruchänderung durch den Senat nicht entgegen, weil der insoweit geständige Angeklagte sich nicht wirksamer als geschehen hätte verteidigen können.
  
- 3           2. Der Strafausspruch, die Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt und der angeordnete Vorwegvollzug eines Teils der Freiheitsstrafe vor der Maßregel weisen keine Rechtsfehler auf. Die Anordnung des Verfalls des Wertersatzes hält hingegen rechtlicher Überprüfung nicht stand.
  
- 4           a) Die Anwendung des § 73c StGB ist zwar Sache des Tatgerichts. Auslegung und Anwendung bzw. Nichtanwendung der Vorschrift unterliegen aber der Überprüfung auf Rechtsfehler hin durch das Revisionsgericht (vgl. BGH, Beschlüsse vom 3. Februar 2016 – 1 StR 606/15, NStZ-RR 2017, 14 und vom 13. Februar 2014 – 1 StR 336/13, BGHR StGB § 73c Härte 16 Rn. 14, jeweils mwN). In Bezug auf die Ermessensvorschrift des § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB prüft dementsprechend das Revisionsgericht (lediglich), ob das Tatgericht das ihm eingeräumte Ermessen rechtsfehlerfrei ausgeübt hat. Dazu gehört, dass es von zutreffenden Maßstäben für die Merkmale der Ermessensvorschrift ausgegangen ist und diese ohne Ermessensfehler auf den festgestellten Sachverhalt angewendet hat.

- 5            b) Gemessen an diesen Maßstäben enthält das angefochtene Urteil einen Rechtsfehler bei der Handhabung des § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB. Nach dieser Vorschrift kann eine Verfallsanordnung des Wertersatzes unterbleiben, soweit das Erlangte oder dessen Wert zum Zeitpunkt der tatrichterlichen Entscheidung im Vermögen des Täters nicht mehr vorhanden ist. Die zu treffende Ermessensentscheidung eröffnet dem Tatgericht auch die Möglichkeit zu prüfen, ob auch nur ein Teilbetrag des ursprünglich Erlangten dem Verfall des Wertersatzes unterliegen soll. An einer solchen Prüfung durch das Landgericht fehlt es vorliegend.
- 6            c) Nach den Feststellungen des Landgerichts hat der seit Mitte 2015 arbeitslose und von Sozialleistungen lebende Angeklagte bei den Verkaufsvorgängen insgesamt einen Erlös von 73.500 Euro aus seinen Betäubungsmittelgeschäften erzielt. Die erworbenen Betäubungsmittelmengen habe er überwiegend gewinnbringend weiterveräußert, zum Teil aber selbst konsumiert. Da er den jeweils erzielten Verkaufserlös zum Erwerb weiterer Betäubungsmittel eingesetzt habe, habe er jedoch nur einen „Bruchteil des Verfallsbetrages wirtschaftlich erlangt“. Der Angeklagte verfüge über kein nennenswertes Vermögen. Im Rahmen der eröffneten Ermessensentscheidung sei nicht von einer Verfallsanordnung abzusehen, wobei einerseits zu berücksichtigen sei, dass der Verfallsbetrag, den der Angeklagte nur geringfügig wirtschaftlich erlangt habe, von erheblicher Größenordnung sei und ihn als Betäubungsmittelabhängigen in Zukunft erheblich finanziell belasten werde, andererseits zu sehen sei, dass der Angeklagte den Gewinn in Form von Betäubungsmitteln zum Eigenkonsum „verprasst“ habe, über eine ausreichende Schulausbildung verfüge und keine körperlichen Einschränkungen für einen Zugang zum Arbeitsmarkt aufweise sowie durch zukünftige Berufsausbildung und Erwerbstätigkeit in der Lage sein werde, die Verfallsschuld zu tilgen, so dass seine Resozialisierung

„nach dem Vollzug“ nicht gefährdet erscheine. Auch eine unbillige Härte im Sinne des § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB läge nicht vor.

7 d) Gerade die vom Landgericht angeführten Umstände für das Nichtabsehen von einem Verfall des Wertersatzes hinsichtlich des gesamten Verkaufserlöses erforderten jedoch unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit eine nähere Erörterung, ob nicht lediglich ein Teilbetrag des im Sinne von § 73c Abs.1 Satz 2 StGB Erlangten dem Wertersatzverfall unterliegen soll. Die Begründung des Landgerichts zeigt nicht auf, dass dies ihm bei der Rechtsanwendung erkennbar bewusst war, so dass die Verfallsanordnung ein Defizit bei der Ermessensentscheidung aufweist.

8 3. Der Rechtsfehler führt zur Aufhebung der Verfallsanordnung. Da lediglich ein Wertungsfehler vorliegt, können die getroffenen Feststellungen aufrechterhalten bleiben. Das neue Tatgericht kann jedoch weitergehende Feststellungen treffen, die zu den bisherigen nicht in Widerspruch stehen.

Raum

Bellay

Radtko

Fischer

Bär