



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

4 StR 233/02

vom

10. Oktober 2002

in der Strafsache

gegen

1.

2.

wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 10. Oktober 2002, an der teilgenommen haben:

Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof
Dr. Tepperwien,

Richter am Bundesgerichtshof
Maatz,
Athing,
Dr. Ernemann,
Richterin am Bundesgerichtshof
Sost-Scheible
als beisitzende Richter,

Staatsanwalt
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt
als Verteidiger für den Angeklagten H. ,

Rechtsanwalt
als Verteidiger für den Angeklagten W. ,

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Frankenthal vom 15. Februar 2002, soweit es den Angeklagten H. betrifft, im Ausspruch über den Verfall mit den Feststellungen aufgehoben. In diesem Umfang wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
2. Die Revision der Staatsanwaltschaft gegen das vorbezeichnete Urteil, soweit es den Angeklagten W. betrifft, wird verworfen. Insoweit trägt die Staatskasse die Kosten des Rechtsmittels und die hierdurch dem Angeklagten erwachsenen notwendigen Auslagen.
3. Die Revision des Angeklagten H. gegen das vorbezeichnete Urteil wird verworfen.

Der Angeklagte trägt die Kosten seines Rechtsmittels.

Von Rechts wegen

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten H. wegen unerlaubten Handel-treibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 36 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt und bei diesem Angeklagten einen Betrag in Höhe von 30.000 € für verfallen erklärt; gegen den Angeklagten W. hat das Landgericht wegen unerlaubten Handel-treibens mit Betäu-bungsmitteln in nicht geringer Menge in acht Fällen unter Freisprechung im übrigen auf eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und acht Monaten er-kannt und bei ihm einen Betrag in Höhe von 13.000 € für verfallen erklärt. Ge-gen dieses Urteil wenden sich der Angeklagte H. und die Staatsanwaltschaft mit ihren Revisionen, mit denen sie die Verletzung sachlichen Rechts rügen. Der Angeklagte H. stellt das angefochtene Urteil insgesamt zur Überprüfung durch das Revisionsgericht. Die Staatsanwaltschaft beanstandet mit ihren zu Ungunsten beider Angeklagten eingelegten Rechtsmittel die Höhe der Verfalls-beträge. Die Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft haben den aus der Urteils-formel ersichtlichen Teilerfolg; die Revision des Angeklagten H. ist unbe-gründet.

I.

Revision der Staatsanwaltschaft

1. Verfallanordnung betreffend den Angeklagten H.

Die Erwägungen, mit denen das Landgericht den den Angeklagten H. betreffenden Verfallsbetrag auf 30.000 € beschränkt und nach § 73 c

Abs. 1 StGB von einem weiter gehenden Verfall abgesehen hat, halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Zutreffend ist das Landgericht allerdings zunächst davon ausgegangen, daß aufgrund des nach § 73 Abs. 1 StGB geltenden Bruttoprinzips der gesamte Verkaufserlös aus den Betäubungsmittelgeschäften für verfallen zu erklären ist (vgl. BGH NStZ 1994, 123). Von dem hiernach errechneten Gesamtbetrag in Höhe von 164.200 DM (entsprechend 83.954 €) hat das Landgericht sodann – rechtsfehlerfrei (vgl. BGHR StGB § 73 c Wert 2) – uneinbringliche Außenstände in Höhe von 10.000 DM sowie weitere 25.000 DM für den Wert der Gegenstände, auf die der Angeklagte (ohne Berücksichtigung des Pkw) verzichtet hat, abgezogen und ist, da die Gewinne aus den Drogengeschäften verbraucht sind und der Angeklagte über keine weiteren Geldmittel verfügt, mithin der Verfall des Verkaufserlöses unmöglich geworden ist, für die Anordnung des Wertersatzverfalls nach § 73 a StGB von einem maßgeblichen Betrag von 129.200 DM (entsprechend 66.059 €) ausgegangen. Dies weist für sich keinen Rechtsfehler auf (vgl. BGHR StGB § 73 c Wert 2); die Beschwerdeführerin erhebt insoweit auch keine Einwendungen.

b) Dagegen kann die Entscheidung, mit der das Landgericht gestützt auf die Ermessensvorschrift des § 73 c Abs. 1 Satz 2 1. Alt. StGB lediglich einen Betrag in Höhe von 30.000 € als Wertersatz für verfallen erklärt hat, nicht bestehen bleiben.

aa) Allerdings hat der Senat keine grundlegenden Bedenken dagegen, daß das Landgericht im Rahmen der Ermessensentscheidung "nicht vollständig außer Betracht" gelassen hat, "daß die errechnete Höhe des Verfallsbetrages

letztlich auch auf die umfassende Aufklärungs- und Geständnisbereitschaft des Angeklagten zurückgeht, indem er seinen Tatbeitrag vollständig aufgedeckt und letztlich auch Taten eingeräumt hat, die ihm ohne sein Zutun nicht hätten nachgewiesen werden können" (UA 23). Da, wie das Landgericht zu Recht ausführt, "im Hinblick auf das anzuwendende Bruttoprinzip jede gestandene Einzeltat direkten Bezug zu der jeweiligen Höhe des Verfallsbetrages gewinnt" (UA 23), könnte der generelle Ausschluß der Berücksichtigung dieses Umstandes im Rahmen der Ermessensentscheidung in maßgeblicher Weise einer Geständnisbereitschaft von Betäubungsmittelstraftätern und damit einer im öffentlichen Interesse liegenden effektiven Aufklärung einschlägiger Straftaten entgegenwirken (vgl. auch BGHSt 38, 23, 26). Ebenso durfte das Landgericht darauf abstellen, die Resozialisierung des Angeklagten nicht durch zu hohe finanzielle Belastungen zu gefährden (BGHR StGB § 73 c Härte 4 und 6; BGH NStZ 2001, 42).

bb) Die Verfallanordnung hält gleichwohl rechtlicher Prüfung nicht stand, weil die Grundlagen für die Ermessensentscheidung nicht genügend dargetan sind.

Zu Recht hat das Landgericht allerdings die Anwendungsvoraussetzungen des § 73 c Abs. 1 Satz 2 1. Alt. StGB angenommen. Diese Vorschrift eröffnet dem Tatrichter die Möglichkeit, nach pflichtgemäßem Ermessen ganz oder teilweise vom Verfall abzusehen, wenn und soweit „der Wert des Erlangten zur Zeit der Anordnung in dem Vermögen des Betroffenen nicht mehr vorhanden ist“. Das ist hier der Fall. Denn die Feststellungen belegen, daß der Angeklagte außer den Gegenständen, auf die er verzichtet hat, und dem bei der Bemessung des Verfallsbetrages berücksichtigten Schätzwert des Pkw von 30.000,-

DM „über keine weiteren Geldmittel oder Vermögen verfügt“ und „etwaige weitere Gewinne aus den Drogengeschäften ... verbraucht“ sind (UA 22). Ohne Erfolg wendet sich die Beschwerdeführerin insbesondere dagegen, daß das Landgericht den von dem Angeklagten im Wege der Erbschaft nach dem Tod seiner Großmutter 1997 erlangten – nach den Feststellungen hälftigen – Miteigentumsanteil an dem von ihm und seiner Mutter bewohnten Anwesen mit der Erwägung außer Ansatz gelassen hat, dieser Eigentumsanteil des Angeklagten stehe "in keinem Zusammenhang mit seinen hier zu behandelnden Taten und stell(e) dementsprechend nicht dem Gesetzeswortlaut folgend 'etwas aus der Tat Erlangtes' dar" (UA 23).

Zwar kommt es grundsätzlich nicht darauf an, ob das vorhandene Vermögen einen konkreten oder unmittelbaren Bezug zu den Straftaten hat; ebensowenig 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 (BGHR StGB § 73 c Wert 2 = wistra 2000, 298). Deshalb scheidet nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Ermessensentscheidung nach § 73 c Abs. 1 Satz 2 StGB aus, solange und soweit der Angeklagte über Vermögen verfügt, das wertmäßig nicht hinter dem „verfallbaren“ Betrag zurückbleibt (BGHR aaO). Diese Rechtsprechung ist aber nicht dahin zu verstehen, daß auf den „Wert“ des vorhandenen Vermögens als solchen abzustellen sei, ohne daß seine Herkunft noch von Bedeutung wäre. Wie der Bundesgerichtshof in der zitierten Entscheidung dazu näher ausgeführt hat, liegt es in diesen Fällen nur „nahe“ (vgl. auch Tröndle/Fischer StGB 50. Aufl. § 73 c Rdn. 4: in der Regel), daß der Wert des Erlangten im Vermögen des Angeklagten noch vorhanden

ist. Doch ist das nicht mehr als eine widerlegbare Vermutung, die in Fällen greifen kann, in denen etwa im Zusammenhang mit Grundeigentum das aus Straftaten erlangte Geld zur Entschuldung des noch vorhandenen Grundstücks verwendet wurde (vgl. BGHSt 38, 23, 25; BGHR aaO). So verhält es sich jedoch – wie der Generalbundesanwalt zu Recht meint – nicht, wenn, wie hier, zweifelsfrei feststeht, daß der fragliche Vermögenswert ohne jeden denkbaren Zusammenhang mit den abgeurteilten Straftaten (hier mehrere Jahre vor deren Begehung und zudem im Wege der Erbfolge) erworben wurde. Ist der „Wert des Erlangten“, d.h. der Wert des dem Täter anfangs zugeflossenen Vermögensvorteils (Schmidt in LK 11. Aufl. § 73 c Rdn. 10) verbraucht, so ist der „Wert“ nicht deshalb im Vermögen „vorhanden“, weil der Täter über weiteres Vermögen verfügt. Eine andere Auslegung des § 73 c Abs. 1 Satz 2 StGB stünde auch im Widerspruch zum Wortlaut der Vorschrift, der gerade nicht auf den „Wert“ des Vermögens, sondern auf den „Wert des Erlangten“ in dem Vermögen abstellt.

Eine effektive Gewinnabschöpfung über die Verfallvorschriften wird dadurch nicht in Frage gestellt. 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 StGB nicht hindert, seine Bedeutung im Rahmen der nach billigem Ermessen zu treffenden Entscheidung (BGHSt aaO). Ob überhaupt und bejahendenfalls in welchem Umfang von der Anordnung des an sich verfallbaren Betrages abzu- sehen gerechtfertigt oder geboten sein kann, läßt sich sachgerecht nur unter Berücksichtigung der Auswirkungen dieser Maßnahme auf den Angeklagten entscheiden. Dazu gehören in erster Linie die wirtschaftlichen Folgen, wobei ein Absehen von der Verfallanordnung umso weniger in Betracht kommen wird,

je weniger den Angeklagten die Anordnung gemessen an seinem Vermögen belastet.

cc) Deshalb hätte das Landgericht hier zunächst den Nettowert des Wohngrundstücks feststellen und davon ausgehend den Wert des Miteigentumsanteils des Angeklagten als vorhandenes Vermögen berücksichtigen müssen. Da es daran fehlt, kann die auf den Betrag von 30.000 € beschränkte Verfallanordnung schon deshalb keinen Bestand haben. Daran ändert nichts, daß das Landgericht seine Entscheidung - ersichtlich hilfsweise - auch auf § 73 c Abs. 1 Satz 1 StGB gestützt hat. Lediglich mittelbare Auswirkungen der Maßnahme auf Dritte, etwa mit dem Täter zusammenlebende Familienangehörige wie hier die Mutter des Angeklagten, finden dabei schon nach dem Wortlaut des § 73 c StGB nur insoweit Berücksichtigung, als sie sich „für den Betroffenen“ selbst als Härte darstellen. Auch darüber kann erst befunden werden, wenn der Wert des vorhandenen Vermögens feststeht.

c) Unter diesen Umständen kommt es nicht mehr darauf an, daß der Ausspruch über die Verfallanordnung auch deshalb nicht bestehen bleiben kann, weil das Landgericht nicht erkennbar gemacht hat, auf welcher konkreten Berechnungsgrundlage es zu dem festgesetzten Verfallsbetrag gelangt ist. Daß "die Kammer unter Berücksichtigung des Schätzwertes des Pkw Audi A 8 sowie unter nochmaliger Berücksichtigung des Resozialisierungsgedankens einen Verfallsbetrag in Höhe von 30.000 € für angemessen erachtet" hat (UA 25), genügt den Anforderungen an die Darlegung nicht (vgl. BGH NStZ-RR 2000, 365).

d) Über die Festsetzung des Verfallsbetrages gegen den Angeklagten H. ist deshalb neu zu befinden. Soweit dabei das Landgericht den Betrag "unter Berücksichtigung des Schätzwertes des Pkw Audi A 8" bemessen, von einer Einziehung des Pkw selbst aber abgesehen hat, mag - wie die Beschwerdeführerin meint - letztere Entscheidung rechtsfehlerhaft sein, weil der Pkw Tatmittel war, als solches gemäß § 74 Abs. 1 StGB der Einziehung unterlag und die Eintragung der Mutter des Angeklagten als Halterin im Kfz-Brief nichts darüber aussagt, daß ihm nicht auch das Eigentum an dem Fahrzeug zusteht (vgl. BGHR BGB § 932 Abs. 2 Erwerb, gutgläubiger 1, 3, 6, 7). Doch hat sich dies weder zugunsten noch zulasten des Angeklagten auf die Bemessung des Verfallsbetrages ausgewirkt, weil das Landgericht den Schätzwert des Pkw zutreffend dem vorhandenen Wert des Erlangten zugerechnet hat.

2. Verfallanordnung betreffend den Angeklagten W.

Die Anordnung, mit der das Landgericht gegen den Angeklagten W. einen Betrag in Höhe von 13.000 € als Wertersatz für verfallen erklärt hat, hält im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand. Die Bemessung des Verfallsbetrages deckt keinen den Angeklagten begünstigenden Rechtsfehler auf. In soweit verweist der Senat auf die Ausführungen in der Antragsschrift des Generalbundesanwalts vom 3. Juli 2002.

Die Erwägungen des Landgerichts weisen allerdings - was der Senat nach § 301 StPO zu beachten hat - einen Rechtsfehler zu Lasten des Angeklagten W. insofern aus, als das Landgericht bei der Feststellung des Bruttoerlöses auch den Wert der weiteren von dem Angeklagten H. im Keller bei dem Angeklagten W. eingelagerten Haschisch-Mengen "(im Gesamtwert

von insgesamt 26.400 DM)" berücksichtigt hat. Insoweit hatte der Angeklagte nicht einen Erlös, sondern lediglich die Betäubungsmittel selbst erlangt. Diese unterliegen als Beziehungsgegenstände aber nicht dem Verfall, sondern nur der Einziehung nach § 33 Abs. 2 BtMG (BGHR BtMG § 33 Beziehungsgegenstand 1). Damit scheidet auch die ersatzweise Anordnung des Wertersatzverfalls nach § 73 a StGB aus, die nur anstelle des Verfalls in Betracht kommt (vgl. BGHSt 33, 233; BGH StV 2002, 260; BGHR StGB § 73 a Anwendungsbereich 1). Auch wenn danach das Landgericht seiner Entscheidung einen zu hohen Ausgangsbetrag zugrundegelegt hat (66.400 DM anstatt 40.000 DM), schließt der Senat jedoch aus, daß dies die Festsetzung des Verfallbetrages im Ergebnis zu Ungunsten des Angeklagten W. beeinflußt hat. Denn das Landgericht hat gerade nicht den von ihm errechneten Bruttoerlös „abgeschöpft“ und ist mit dem Betrag von 13.000 € auch noch wesentlich unterhalb der an sich anzusetzenden 40.000 DM geblieben, indem es sich - was den Angeklagten nicht beschwert - in erster Linie von "Resozialisierungsgründen" hat leiten lassen, damit der Angeklagte "nach Verbüßung seiner Freiheitsstrafe ... nicht mit einer immensen Verfallsschuld belastet ist".

II.

Revision des Angeklagten H._____

Die Überprüfung des Urteils aufgrund der allgemeinen Sachrüge hat weder zum Schuld- noch zum Strafausspruch einen den Angeklagten beschwerenden Rechtsfehler ergeben. Näherer Ausführungen bedarf nur folgendes:

Die Annahme von Tatmehrheit in den Fällen II A 34 bis 36 der Urteilsgründe durch das Landgericht ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Der Angeklagte H. hatte die durch drei selbständige Erwerbsgeschäfte bezogenen Haschischmengen im Keller bei dem Mitangeklagten W. „gebunkert“, um Lieferengpässe zu vermeiden. Lediglich eine „Teilmenge von 418,8 g Haschisch“ ist davon „offensichtlich“ in den Verkauf gelangt; der Großteil, nämlich 12.581,2 g, wurde dagegen sichergestellt. Der in dem „Keller-Depot“ verwirklichte gleichzeitige Besitz der aus den drei Liefervorgängen stammenden BtM-Mengen ist als solcher – und zwar unbeschadet der unter den Strafsenaten des Bundesgerichtshofs noch nicht abschließend geklärten Konkurrenzfrage zur sog. „Silotheorie“ (vgl. nur BGHR BtMG § 29 Bewertungseinheit 3, 9, 10) – nicht geeignet, mehrere selbständige Taten des Handeltreibens zu einer Bewertungseinheit zu verbinden (vgl. BGH NStZ 2000, 431). Anders verhält es sich nur, wenn aus einem einheitlichen, aus mehreren Einkäufen gebildeten Depot gleichzeitig aus mehreren Vorräten verkauft wird (BGHR aaO Bewertungseinheit 18). Die bloße Möglichkeit, daß es sich so verhält, genügt dafür jedoch nicht (std. Rspr.; BGHR aaO Bewertungseinheit 5, 20).

Auch der Strafausspruch hält der rechtlichen Prüfung stand. Das Landgericht hat die Einzelstrafen jeweils dem gemäß § 31 BtMG i.V.m. § 49 Abs. 2 StGB gemilderten Strafraumen des § 29 a Abs. 1 BtMG entnommen; das Vorliegen minder schwerer Fälle des § 29 a Abs. 2 StGB hat es verneint. Dabei hat das Landgericht sowohl bei der Strafraumenwahl als auch bei der Strafbemessung im engeren Sinne maßgeblich zu Lasten des Angeklagten gewertet, daß er "nicht etwa als letztes Glied der Kette für Endverbraucher und damit an einen von ihm überschaubaren Empfängerkreis abgab, sondern er vielmehr auf höherem Niveau auf Zwischenhändlerebene tätig wurde und damit keinen Ein-

fluß darauf hatte, in wessen Hände das Rauschgift letztlich gelangte". Dies be-
anstandet die Revision im Ergebnis vergeblich. Daß das Landgericht die Tätig-
keit des Angeklagten "auf der Zwischenhändlerebene" - zumal im Vergleich mit
dem Angeklagten W. , bei dem dies nicht der Fall war - als strafscharfend
gewertet hat, weil in dieser Einbindung in das hierarchisch gegliederte Ver-
triebssystem ein gesteigertes Maß an krimineller Energie zum Ausdruck
kommt, begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Hinsichtlich der Erwägung, der
Angeklagte habe "damit keinen Einfluß darauf (gehabt), in wessen Hände das
Rauschgift letztlich gelangte", weist der Beschwerdeführer zwar zutreffend dar-
auf hin, daß es eher zum Regelbild des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln
in nicht geringer Menge gehört, daß der Betäubungsmittelhändler entweder
nicht weiß, wer der Endverbraucher ist, oder er sich darüber zumindest keine
Gedanken macht. Doch versteht der Senat diese Erwägung hier nur als weitere
Umschreibung der Gefährlichkeit der Tätigkeit auf der „Zwischenhändlerebene“
und damit des Schuldgehalts der Taten dieses Angeklagten.

Tepperwien

Maatz

Athing

Ernemann

Sost-Scheible

Nachschlagewerk:

ja

BGHSt:

ja

Veröffentlichung: _____ ja

StGB § 73 c Abs. 1

Die Anwendbarkeit der Ermessensvorschrift des § 73 c Abs. 1 Satz 2 1. Alt. StGB wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Betroffene zum Zeitpunkt der Verfallsanordnung noch über Vermögen verfügt, das wertmäßig dem Verfallsbetrag zumindest entspricht, aber in keinem denkbaren Zusammenhang zu den verfallsbegründenden Straftaten steht (im Anschluß an BGHSt 38, 23).

BGH, Urteil vom 10. Oktober 2002 - 4 StR 233/02 - LG Frankenthal