



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

1 StR 46/06

vom

16. Mai 2006

in der Strafsache

gegen

BGHSt: ja  
BGHR: ja  
Veröffentlichung: ja

---

StGB § 73 Abs. 1 Satz 1, § 73c Abs. 1 Satz 2

1. Bei der Härteklausel des § 73c Abs. 1 Satz 2, 1. Alt. StGB (Entreicherung) kommt es grundsätzlich nicht darauf an, ob das vorhandene Vermögen einen Bezug zu der rechtswidrigen Tat hat.
2. Zum Wert des Erlangten bei Tatbeteiligten in einer Handelskette.

BGH, Urteil vom 16. Mai 2006 - 1 StR 46/06 - LG Karlsruhe

wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge



Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 16. Mai 2006,  
an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof  
Nack

und die Richter am Bundesgerichtshof  
Dr. Wahl,  
Schluckebier,  
Dr. Kolz,  
Hebenstreit,

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 des Landgerichts Karlsruhe vom 23. September 2005 im Ausspruch über den Verfall von Wertersatz, soweit von einer 12.500,-- € übersteigenden Verfallsanordnung abgesehen wurde, aufgehoben.
2. Die weitergehende Revision wird verworfen.
3. 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.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in acht Fällen, davon in sieben Fällen in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, zu der Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und drei Monaten

verurteilt. Außerdem hat das Landgericht den Verfall von Wertersatz in Höhe von 12.500,-- € angeordnet.

- 2 Die zum Nachteil des Angeklagten eingelegte und auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützte Revision der Staatsanwaltschaft ist wirksam auf den Strafausspruch im Fall 8, auf den Ausspruch über die Gesamtstrafe sowie auf die Anordnung des Verfalls von Wertersatz in Höhe von - nur - 12.500,-- € (betreffend die Fälle 1 bis 7) beschränkt. Die Revision der Staatsanwaltschaft hat hinsichtlich der Verfallsanordnung Erfolg.

I.

- 3 Zur Strafzumessung im Fall 8:

- 4 In Erwartung eines hohen Gewinns stellte der Angeklagte am 19. November 2004 - zumindest in positiver Kenntnis dessen, dass es um den Handel mit Betäubungsmitteln geht, wenn er das Geschäft nicht sogar selbst initiiert und organisiert hatte, - zwei Mittätern 46.250,-- € zum Erwerb von 25 kg Marihuana zur Verfügung. Den Einsatz des Angeklagten vereinnahmte der vorgebliche Lieferant - unter Drohung mit einer Schusswaffe - ohne Gegenleistung. Die Strafkammer verhängte eine Freiheitsstrafe von einem Jahr und neun Monaten, wobei sie dem Angeklagten unter anderem zugute hielt, dass er "nur mit Eventualvorsatz gehandelt hat".

- 5 Diese Erwägung in der Strafzumessung stellt einen Rechtsfehler zum Vorteil des Angeklagten dar. Nach den von der Strafkammer getroffenen Feststellungen handelte der Angeklagte mit direktem Vorsatz. Der Ausspruch über die

Einzelstrafe hat gleichwohl Bestand. Denn die vom Landgericht erkannte Strafe ist - noch - angemessen im Sinne von § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO einer Norm, die auch bei einer Revision der Staatsanwaltschaft zu Ungunsten des Angeklagten Anwendung findet (vgl. BGH, Urteil vom 16. März 2006 - 4 StR 536/05). Entscheidend ist, dass das Betäubungsmittelgeschäft scheiterte und der Angeklagte seiner eingesetzten Mittel in Höhe von 46.250,-- € vollständig verlustig ging.

6                   Damit hat auch die rechtsfehlerfrei gebildete Gesamtstrafe Bestand.

## II.

7                   Zur Verfallsanordnung:

8                   1. In der Zeit von Mai bis Dezember 2004 bezog der Angeklagte in sieben Fällen insgesamt 67 kg Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von 6,97 % THC (10 kg) beziehungsweise mindestens 8 % THC (57 kg) "auf Kommission". 62.244 kg veräußerte der Angeklagte an verschiedene Abnehmer. Von diesen erhielt er 161.000,-- €, die er insgesamt - ohne Abzug seines nach der getroffenen Vereinbarung ihm hieraus zustehenden Gewinnanteils in Höhe von 200,-- € je Kilogramm - an seinen Lieferanten weitergab. Die Strafkammer beschränkte die Anordnung des Verfalls von Wertersatz (§ 73 Abs. 1 Satz 1, § 73a Satz 1 StGB) auf den Gewinnanteil (12.500,-- €). Nur diesen habe der Angeklagte, da es sich um ein Kommissionsgeschäft gehandelt habe, - jedenfalls zeitweise - erlangt im Sinne von § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB. "In dem Bewusstsein, dass die [von der Strafkammer] vertretene Rechtsansicht möglicherweise nicht der bisherigen obergerichtlichen Rechtsprechung entspricht", hat das Landgericht das

Absehen von einer weiterreichenden Verfallsanordnung ergänzend auf § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB gestützt. Der Wert des Erlangten (161.000,-- €) sei jedenfalls nicht mehr Vermögensbestandteil, denn die vorhandenen Vermögenswerte (netto über 800.000,-- €) des Angeklagten seien ohne jeden denkbaren Zusammenhang mit den abgeurteilten Straftaten erworben worden und der Zugriff auf das "unbefleckte" Vermögen würde insbesondere die Familie treffen, deren langfristiger Absicherung das vorhandene Vermögen des Angeklagten diene.

9            2. Die Erwägungen, aufgrund derer die Strafkammer davon abgesehen hat, einen 12.500,-- € übersteigenden Betrag für verfallen zu erklären, halten rechtlicher Überprüfung nicht stand.

10           a) Bei der Prüfung, was der Angeklagte aus der Tat (Fälle 1 bis 7) gemäß § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB erlangt hat, hat die Strafkammer die Reichweite des Bruttoprinzips verkannt.

11           "Bruttoprinzip" bedeutet, dass nicht bloß der Gewinn, sondern grundsätzlich alles, was der Täter für die Tat oder aus ihr erhalten hat, für verfallen zu erklären ist (BGH NStZ 1995, 491). Bei der Berechnung des bei einem verbotenen "Verkauf" Erlangten ist deshalb vom gesamten Erlös ohne Abzug des Einkaufspreises und sonstiger Aufwendungen auszugehen (BGHSt 47, 369 [370]; BGH NStZ 1994, 123; NStZ 2000, 480; NStZ-RR 2000, 57; wistra 2001, 388, 389; BGH, Beschluss vom 13. Dezember 2000 - 1 StR 547/00; BGH, Urteil vom 20. März 2001 - 1 StR 12/01). Insbesondere bei Betäubungsmitteldelikten "besteht kein rechtlich schützenswertes Vertrauen, aus dem verbotenen Geschäft erlangte Vermögensbestandteile behalten zu dürfen, die der Erlös strafbarer Geschäfte sind (BGHSt 47, 369 [372]; BGH NStZ 2001, 312).

- 12 Das Bruttoprinzip sollte die Anordnung des Verfalls nicht nur im Hinblick auf seine Berechnung praktikabler machen. Die Abschöpfung des über den Nettogewinn hinaus Erlangten verfolgt vielmehr primär einen Präventionszweck. Die dadurch angestrebte Folge, dass auch die Aufwendungen nutzlos sind, soll zur Verhinderung gewinnorientierter Straftaten - und insbesondere diese wollte der Gesetzgeber erfassen - beitragen. Müsste der Betroffene für den Fall der Entdeckung lediglich die Abschöpfung des Tatgewinns befürchten, so wäre die Tatbegehung unter finanziellen Gesichtspunkten weitgehend risikolos. Diesen Präventionszweck - der Verfallsbetroffene soll das Risiko strafbaren Handelns tragen - hatte der Gesetzgeber im Auge, als er sich auf den Rechtsgedanken des § 817 Satz 2 BGB bezog und darauf abhob, dass das in ein verbotenes Geschäft Investierte unwiederbringlich verloren sein soll (BGHSt 47, 369 [373 f.]).
- 13 An dieser - verfassungsgemäßen (vgl. BVerfG NJW 2004, 2073 [2074 ff.]) - Rechtsprechung hält der Senat uneingeschränkt fest. Der Entscheidung des Bundesgerichtshofs, wonach dann, wenn für einen dem Verfall unterliegenden Vermögensvorteil die Steuer bereits bestandskräftig festgesetzt worden ist, dies bei der zeitlich nachfolgenden Anordnung des Verfalls mindernd zu berücksichtigen ist (BGHSt 47, 260) liegen Besonderheiten des Steuerrechts zugrunde. Da für verfallen erklärte Vermögenswerte mangels Strafcharakters einer Verfallsanordnung grundsätzlich steuermindernd geltend gemacht werden dürfen, könnte die Verfallsanordnung je nach dem Zeitpunkt der Verfallsanordnung - vor oder nach Bestandskraft der Steuerfestsetzung - zu dem Gleichbehandlungsgebot widersprechenden unterschiedlichen Gesamtbelastungen führen (vgl. BGHSt 47, 260 [265 ff.]). Dies - sowie eine daraus folgende mögliche Doppelbelastung desselben Betroffenen - zu vermeiden, dient die Berücksichtigung steuerlicher Konsequenzen bei der Feststellung dessen, was im Sinne

von § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB erlangt wurde. Das gesetzlich verankerte Bruttoprinzip wird hierdurch nicht in Frage gestellt. Bei Betäubungsmittelgeschäften dürfte eine entsprechende - steuerlich relevante - Situation ohnehin nie eintreten.

14           Wirtschaftlich erlangt ist ein Gegenstand oder Wert im Sinne von § 73 Abs. 1 StGB sobald dieser unmittelbar aus der Tat in die eigene Verfügungsgewalt des Täters übergegangen ist (vgl. Nack, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Verfall, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 2003, 879 [880] m.w.N.). Beim Erlangen im Sinne von § 73 Abs. 1 StGB handelt es sich um einen tatsächlichen Vorgang. Auch der einem Kurier ausgehändigte Kaufpreis unterliegt bei diesem in voller Höhe dem Verfall, unabhängig von den zivilrechtlichen Besitz- und Eigentumsverhältnissen zwischen den Tatbeteiligten (BGH NStZ 2004, 440; vgl. aber Winkler NStZ 2003, 247 [250]). Auf die Besonderheiten des Kommissionsgeschäfts kann es beim Betäubungsmittelhandel schon deshalb nicht ankommen, da sämtliche schuldrechtlichen Vereinbarungen in diesem Zusammenhang nichtig sind (§ 134 BGB).

15           b) Ausgehend von diesen Grundsätzen hat der Angeklagte - entgegen der Bewertung durch die Strafkammer - nicht nur seinen Gewinnanteil, sondern den Gesamterlös in Höhe von 161.000,- € gemäß § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB erlangt. Mit der Übertragung der Beträge von seinen Abnehmern an ihn wurden die entsprechenden Geldmittel Teil seines Vermögens, und zwar unabhängig davon, ob sie bar oder unbar übergingen, ob sie mit anderen Geldern vermischt oder gesondert verwahrt wurden. Unmaßgeblich ist auch, aus welchem Guthaben anschließend der Lieferant bedient wurde. Selbst wenn ein Zwischenhändler dieselben Geldscheine, die er von seinen Rauschmittelkäufern erhalten hat, unmittelbar im Anschluss daran an seinen Lieferanten weitergibt, werden diese

Beträge zunächst Teil seines Vermögens. Spätere Mittelabflüsse können dann allenfalls noch im Rahmen der Prüfung der Härtevorschrift des § 73c StGB von Bedeutung sein.

16 Grundsätzlich unterliegen somit die vom Angeklagten von seinen Abnehmern als Gegenwert für das veräußerte Marihuana erhaltenen 161.000,-- € bei ihm insgesamt dem Verfall gemäß § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB bzw. es ist gegen ihn in dieser Höhe der Verfall von Wertersatz anzuordnen (§ 73a Satz 1 StGB).

17 c) Das im Einzelfall unter Umständen notwendige Korrektiv zum Bruttoprinzip des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB bietet die Härtevorschrift des § 73c StGB.

18 Deren Voraussetzungen hat die Strafkammer in ihren Hilfserwägungen allerdings ebenfalls nicht rechtsfehlerfrei festgestellt.

19 aa) Das gilt zunächst für die Härteklausele des § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB, die die Anordnung des Verfalls zwingend ausschließt, soweit er für den Betroffenen eine unbillige Härte wäre. Als unbillige Härte - als Verstoß gegen das Übermaßverbot (vgl. BGHR StGB § 73c Härte 11) - stellt sich eine Anordnung des Verfalls von Wertersatz in Höhe der insgesamt vereinnahmten 161.000,-- € nach den bisherigen Feststellungen nicht dar. Dies hat zwar die Strafkammer im Ergebnis ebenfalls so gesehen. Soweit das Landgericht allerdings in anderem Zusammenhang auf die existenzbedrohenden Konsequenzen einer weitergehenden Verfallsanordnung für die Familie des Angeklagten - dies betrifft ihn selbst, nicht nur Außenstehende - hinweist, überzeugt dies nicht. Die Anordnung des Verfalls in Höhe von 161.000,-- € würde bei weitem nicht deren Existenzgrundlage vernichten. Bei diesem Betrag handelt es sich um nur 19,06 % des Nettovermögens am 31. Dezember 2004. Außerdem scheint der Angeklag-

te neben seinem Erwerbseinkommen (1.800,-- € netto) bis Frühjahr 2004 über weitere laufende Einnahmen zu verfügen, etwa aus seinem mit Hilfe der Arbeitsagentur gegründeten Brennstoffhandel oder aus Überschüssen aus Vermietung und Verpachtung seiner Immobilien. Denn der Angeklagte hat sein Nettovermögen im Jahre 2004 um immerhin 30.882,-- € gesteigert. Hinzu kommt der - in der Höhe unbekannte - Aufwand zur Deckung des Lebensunterhalts der Familie.

20           bb) Die bisherigen Feststellungen tragen allerdings auch nicht das fakultative Absehen von einer Anordnung des Verfalls von Wertersatz in Höhe der gesamten 161.000,-- € aufgrund des § 73c Abs. 1 Satz 2, 1. Alt. StGB.

21           Schon die Bewertung der Strafkammer, der Wert des Erlangten (161.000,-- €) sei im Vermögen des Angeklagten nicht mehr vorhanden im Sinne von § 73c Abs. 1 Satz 2, 1. Alt. StGB vermag nicht zu überzeugen.

22           Der Wert des Erlangten ist dann noch vorhanden, wenn das (Netto-) Vermögen des Betroffenen den Wert des Erlangten zumindest erreicht. Deshalb scheidet nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Ermessensentscheidung nach § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB von vorneherein aus, solange und soweit der Angeklagte über Vermögen verfügt, das wertmäßig nicht hinter dem "verfallbaren" Betrag zurück bleibt (BGHSt 48, 40 [42]; BGHR StGB § 73c Wert 2). Dabei kommt es grundsätzlich nicht darauf an, ob das vorhandene Vermögen einen konkreten oder unmittelbaren Bezug zu der rechtswidrigen Tat 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 (BGHR

StGB § 73c Wert 2). Hieran hält der Senat fest. Nachforschungen über die Verwendung der erlangten Beträge, über die Quellen des vorhandenen Vermögens, über Vermögensumschichtungen, über ersparte Aufwendungen usw. sind deshalb grundsätzlich nicht erforderlich.

23

Der Senat teilt nicht die Auffassung, wonach vorhandenes Vermögen nur nahe lege, dass der Wert des Erlangten beim Verfallsbetroffenen noch vorhanden ist, wobei dies nicht mehr sei als eine widerlegbare Vermutung, die nicht greife, wenn zweifelsfrei feststehe, dass der fragliche Vermögenswert ohne jeden denkbaren Zusammenhang mit den abgeurteilten Taten, etwa mehrere Jahre vor deren Begehung im Wege der Erbfolge, erworben wurde (vgl. BGHSt 48, 40 [42 f.]). Ob eine derartig differenzierte Betrachtung einer über Jahre angesammelten Vermögensmasse im Hinblick darauf, ob der "Wert" eines bestimmten Mittelzuflusses darin noch enthalten ist, überhaupt möglich ist, erscheint fraglich. Unter Umständen könnten umfangreiche Finanzermittlungen notwendig werden. Jedenfalls ist diese einengende Auslegung aus Sicht des Senats vom Wortlaut des § 73c Abs. 1 Satz 2 1. Alt. StGB nicht geboten, beschränkt aber die Praktikabilität und Effektivität der Vorschriften über den Verfall - von Wertersatz - und insbesondere deren Präventivwirkung. In besonders gelagerten Einzelfällen bietet § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB genügend Schutz. Wäre die Anordnung des Verfalls des Erlangten im Einzelfall - ganz oder zum Teil - eine unbillige Härte, wäre die Maßnahme ungerecht oder verstieße gegen das Übermaßgebot (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juli 2003 - 1 StR 453/02, insoweit in NStZ 2004, 457, nicht abgedruckt); dann hat die Anordnung gemäß § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB zu unterbleiben. Um eine unbillige Härte festzustellen, bedarf es im Rahmen der hierzu erforderlichen Gesamtbewertung dann aber keiner exakten Untersuchung über den Ursprung des vorhandenen Vermögens oder des wirtschaftlichen Verbleibs des Erlangten.

- 24 Im vorliegenden Fall kann dies jedoch dahinstehen. Denn soweit die Strafkammer auf die "unbefleckten" Vermögensteile des Angeklagten, also auf die vor dem Jahr 2004 erworbenen Grundstücke abgestellt hat, hat sie nicht bedacht, dass diese Immobilien weitgehend (1,4 von 2 Millionen €) kreditfinanziert sind. Zu Einzahlungen auf zur späteren Tilgung abgeschlossene Bauspar- und Lebensversicherungsverträge wurden vom Angeklagten im Jahre 2004 - dem Tatzeitraum - etwa 67.000,-- € aufgebracht; deren Bestand erhöhte sich nach den Feststellungen im Jahr 2004 nämlich von 207.764,-- € auf 275.000,-- €. Dies diene mittelbar der Entschuldung der Grundstücke und legt nahe, dass ein den Wert des Erlangten entsprechendes Vermögen des Angeklagten noch vorhanden ist, das nicht ohne jeden denkbaren Bezug zu den Straftaten des Angeklagten ist (vgl. BGHSt 38, 23 [25]; BGHSt 48, 40 [42 f.]). Feststellungen zum Umfang (Wert) des durch Schenkung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge von den Eltern erworbenen (unbelasteten?) Grundvermögens hat die Strafkammer bislang nicht getroffen.
- 25 Im Übrigen schliesse auch nach der oben zitierten - vom Senat nicht geteilten - Rechtsprechung selbst ein völlig fehlender Bezug des vorhandenen Vermögens zu den Straftaten des Angeklagten die Abschöpfung über die Verfallsvorschriften nicht aus. Denn vorhandenes Vermögen behält, auch dann, wenn es in keiner denkbaren Beziehung zum - nicht mehr vorhandenen - "Wert des Erlangten" steht und deshalb die Anwendbarkeit des § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB nicht hindert, seine Bedeutung im Rahmen der nach billigem Ermessen zu treffenden Entscheidung (vgl. BGHSt 48, 40 [43]).
- 26 cc) Die Strafkammer hat ihre grundsätzlichen Vorbehalte gegen das Bruttoprinzip argumentativ auch auf den kumulierenden Effekt mehrerer Verfallsan-

ordnungen gegen verschiedene Personen bei Handelsketten beziehungsweise bei Mittätern gestützt und in diesem Zusammenhang auch auf vermeintliche Probleme bei der Vollstreckung in derartigen Konstellationen hingewiesen. Denn dann ist - so bisherige Meinung - grundsätzlich von Gesamtschuldnerschaft auszugehen (vgl. BGH NStZ 2003, 198 [199]). Dies überzeugt nach Auffassung des Senats allerdings nicht für Fallgestaltungen der vorliegenden Art. Vielmehr ist jeder Täter, jeder Teilnehmer einer Handelskette, in der ein und dieselbe Menge an Betäubungsmitteln mehrfach umgesetzt und der entsprechende Kaufpreis jeweils bezahlt und vom Verkäufer im Sinne von § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB erlangt wird, für sich zu betrachten und allein daran zu messen, was er konkret erhalten hat. Anderes gilt nur dann, wenn - dabei - mehrere Tatbeteiligte etwas gemeinsam erlangten, ohne dass festgestellt werden kann, wem dies zufloss. Ziel der aus Verfallsanordnungen gemäß §§ 73, 73a StGB resultierenden Zahlungsansprüche ist nicht die einmalige Abschöpfung des - regelmäßig beim Endabnehmer schließlich erreichten - höchsten Handelspreises. Vielmehr soll bei jedem Einzelnen, der aus einer rechtswidrigen Tat etwas erlangt hat, dieses weggenommen werden und zwar, da es sich um eine präventive Maßnahme eigener Art handelt, nach dem Bruttoprinzip. Bei einer Handelskette kann deshalb die Summe der Beträge, hinsichtlich derer gegen die verschiedenen Händler der Verfall angeordnet wurde, den maximalen Handelspreis des umgesetzten Betäubungsmittels um ein mehrfaches übersteigen. Dies dann über das Rechtsinstitut der Gesamtschuldnerschaft zu begrenzen und auszugleichen, widerspräche dem Zweck des Verfalls gemäß §§ 73, 73a StGB. Die Weitergabe des Erlangten kann in besonderen Ausnahmefällen beim jeweiligen Einzelfall im Rahmen des Härtausgleichs gemäß § 73c StGB Berücksichtigung finden, wenn kein - ausreichendes - Vermögen mehr vorhanden oder eine Verfallsanordnung eine unbillige Härte wäre.

27 Auch dies kann hier jedoch dahinstehen, da die Stellung als Gesamtschuldner die Anordnung des Verfalls beziehungsweise des Verfalls von Wertersatz gegen den Angeklagten in voller Höhe zunächst gerade nicht berührt.

28 3. Die Entscheidung über die Anordnung des Verfalls bedarf nach allem neuer Verhandlung und Entscheidung. Die bisher getroffenen Feststellungen können bestehen bleiben. Diesen nicht widersprechende, ergänzende Feststellungen sind möglich.

Nack

Wahl

Schluckebier

Kolz

Hebenstreit