



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

2 StR 639/10

vom

20. April 2011

in der Strafsache

gegen

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

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 20. April 2011, an der teilgenommen haben:

Richter am Bundesgerichtshof
Prof. Dr. Fischer
als Vorsitzender,

und die Richter am Bundesgerichtshof
Prof. Dr. Schmitt,
Dr. Berger,
Prof. Dr. Krehl,
Dr. Eschelbach,

Staatsanwältin
als Vertreterin der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt
als Verteidiger,

Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Angeklagten W. wird das Urteil des Landgerichts Aachen vom 7. Juli 2010, auch soweit es die Mitangeklagten betrifft, 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.

Die weitergehende Revision wird mit der Maßgabe als unbegründet verworfen, dass im Schuldspruch die Bezeichnung „gewerbsmäßig“ entfällt.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten W. wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen und wegen „gewerbsmäßigen“ unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in 19 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt sowie den Verfall eines Geldbetrages von 4.000 Euro angeordnet. Hiergegen richtet sich die auf die Sachrüge und eine Verfahrensbeschwerde gestützte Revision des Angeklagten. Das Rechtsmittel hat nur in dem aus der Urteilsformel ersichtlichen Umfang Erfolg.

I.

2 Nach den Feststellungen der Strafkammer hatte sich der Mitangeklagte E. dazu entschlossen, aus den Niederlanden Betäubungsmittel zu beziehen und diese mit Gewinn zu verkaufen. Der Mitangeklagte S. und der Angeklagte W. fassten in der Folgezeit ebenfalls den Entschluss, fortlaufend mit Betäubungsmitteln, die sie von E. erwerben wollten, Handel zu treiben. In der Zeit von September 2009 bis zum 8. Januar 2010 erwarb der Angeklagte W. wöchentlich, mindestens aber bei 16 Gelegenheiten, jeweils 100 Gramm Amphetamin und 25 Gramm Marihuana, die er weiter verkaufte (Fälle 30 - 50 der Urteilsgründe). Am 7., 18. und 28. Dezember 2009 bestellte er bei dem Mitangeklagten S. jeweils 50 Gramm Marihuana, die ihm zeitnah geliefert wurden. Bei der ersten dieser Taten wurde zusätzlich mit 50 Gramm Amphetamin Handel getrieben (Fälle 52 -54 der Urteilsgründe). Am 6. Januar 2010 bestellte der Angeklagte W. bei S. ein Kilogramm Amphetamin. Dieser konnte nur 500 Gramm beschaffen, die er am 13. Januar 2010 an den Angeklagten W. übergab (Fall 62 der Urteilsgründe). In der Zwischenzeit hatte der Mitangeklagte E. am 8. Januar 2010 in den Niederlanden 954 Gramm Amphetamin und zwei Kilogramm Streckmittel erworben und eingeführt. Dieses Geschäft wurde von den Angeklagten W. und S. vorfinanziert, für die das Rauschgift bestimmt war. Da der Angeklagte W. nur 100 Euro Bargeld zur Verfügung hatte, half ihm S. mit 1.250 Euro aus (Fall 64 der Urteilsgründe).

3 Zur Beweislage teilt das Urteil Folgendes mit: Die Fälle 52 - 54 habe der Angeklagte W. eingeräumt, soweit es den Bezug von Marihuana betrifft. Zur zusätzlichen Lieferung von 50 Gramm Amphetamin habe er sich nicht geäußert. Insoweit ist das Landgericht der Aussage des Mitangeklagten S.

gefolgt. Zu den Fällen 35 - 50, deren Anzahl der Angeklagte W. im Vorverfahren auf sechzehn bis achtzehn Fälle geschätzt hatte, habe er in der Hauptverhandlung bekundet, es habe sich nur um zwölf Fälle gehandelt. Dabei seien zum Teil auch nur 50 Gramm Amphetamin gekauft worden. Er habe zudem nicht in allen Fällen zusätzlich Marihuana erhalten. Bisweilen sei das Marihuana nur in Einheiten von 15 Gramm geliefert worden. Auf den Vorhalt, warum er in der polizeilichen Vernehmung andere Angaben gemacht hatte, habe der Angeklagte W. erklärt, damals sei er verwirrt gewesen. Das Landgericht hat den Verhørsbeamten vernommen und ist im Ergebnis den Angaben des Angeklagten W. aus dessen polizeilicher Vernehmung gefolgt. Den Vorwurf im Fall 64 der Urteilsgründe habe der Angeklagte W. im Wesentlichen eingeräumt; im Übrigen ist das Gericht der Aussage des Mitangeklagten S. gefolgt. Zum Fall 64 habe der Angeklagte W. angegeben, er habe nur 100 Euro zur Finanzierung des Drogenerwerbs durch E. in den Niederlanden beigesteuert. Die weiter gehende Finanzierung hat die Strafkammer der Aussage des Mitangeklagten S. entnommen.

4 Rechtlich hat das Landgericht die Taten des Angeklagten W. in den Fällen 35 - 50 und 52 - 54 der Urteilsgründe in der Urteilsformel als „gewerbsmäßiges“ unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln bezeichnet, wozu es in den Urteilsgründen die Erfüllung des gesetzlichen Regelbeispiels bejaht, allerdings das Vorliegen eines besonders schweren Falles des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln verneint hat. In den Fällen 62 und 64 der Urteilsgründe hat es die Taten jeweils als unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge bewertet. Den Umfang der Verfallsanordnung hat die Strafkammer auf die Annahme gestützt, der Gesamterlös des Drogenhandels bei dem Angeklagten W. sei zweifellos größer gewesen als der für verfallen erklärte Betrag. Unter Berücksichtigung der Härtevorschrift des § 73c StGB seien aber bei den Angeklagten W. und

S. jeweils 4.000 Euro, bei dem Mitangeklagten E. 15.000 Euro für verfallen zu erklären. Eine weitere Reduzierung würde eine unangemessene Schonung bedeuten.

II.

5 Die Revision des Angeklagten W. ist überwiegend unbegründet.

6 1. Die Verfahrensrüge ist unzulässig.

7 Ihr liegt Folgendes zu Grunde: Zu Beginn des zweiten Verhandlungstages gab der Verteidiger des Angeklagten W. für diesen eine Einlassung ab. Nachdem eine Zeugin vernommen wurde, bestätigte der Angeklagte W. die Richtigkeit der Angaben seines Verteidigers und äußerte sich ergänzend. Der Verteidiger bat um eine Unterbrechung der Hauptverhandlung zur Anbringung eines Ablehnungsgesuchs gegen den Vorsitzenden. Dieser verwies den Verteidiger darauf, dass er ohne Rechtsverlust dazu am Ende des Verhandlungstages Gelegenheit erhalte. Es folgten weitere Beweiserhebungen. Schließlich stellte der Verteidiger das Ablehnungsgesuch, wonach der Vorsitzende während der Vernehmung des Angeklagten W. geäußert hatte: „Ihre Aussage stimmt nicht.“ „Was Sie sagen, ist nicht richtig.“ „Alles Quark“ und „Schrott“. Die Abgabe der Äußerungen hat der abgelehnte Richter bestätigt und dazu dienstlich erklärt, durch seine offenen Worte habe er dem Angeklagten W. Gelegenheit gegeben, „eine offensichtlich falsche Darstellung zu korrigieren oder eine zunächst einmal wenig plausible Erklärung zu erläutern“. Die Strafkammer hat das Ablehnungsgesuch zurückgewiesen.

8 Die hiergegen gerichtete Verfahrensrüge genügt nicht den Anforderungen gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO. Die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss, durch den das Ablehnungsgesuch zurückgewiesen worden ist, stellt

einen Teil der Revision dar. Sie muss deshalb in der Form des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO begründet werden (vgl. BGHSt 21, 334, 340). Der Zulässigkeit der Rüge steht es deshalb entgegen, dass der Beschwerdeführer den jeweiligen Zusammenhang der beanstandeten Äußerungen des abgelehnten Vorsitzenden mit bestimmten Einzelheiten seiner Einlassung in der Hauptverhandlung nicht erläutert hat. Nur im Zusammenhang mit dem konkreten Anlass der Äußerungen des Vorsitzenden kann beurteilt werden, ob sich daraus ein vernünftiger Grund für die Besorgnis der Befangenheit ergibt (vgl. BGH NStZ 2000, 325 f.).

9 2. Die Beweiswürdigung des Landgerichts begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Auch seine rechtliche Würdigung zum Schuld- und Strafausspruch ist rechtsfehlerfrei. Nur die Verurteilung des Angeklagten wegen „gewerbsmäßig“ begangenen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln muss im Urteilstenor entfallen, weil das Regelbeispiel dort nicht zu nennen ist (vgl. BGH, Beschl. vom 25. Januar 2011 - 4 StR 690/10). Dies gilt erst recht, wenn seine Regelwirkung für das Vorliegen eines besonders schweren Falles verneint wird.

10 3. Die Begründung des Wertersatzverfalls begegnet rechtlichen Bedenken. Die Voraussetzungen der Verfallsanordnung sind in den Urteilsgründen so darzulegen, dass die Entscheidung auf Rechtsfehler überprüfbar ist. Die Strafkammer hätte daher zunächst angeben müssen, von welchem für eine Verfallsanordnung in Betracht kommenden Vermögenswert sie ausgeht. Die Mitteilung, dass der Gewinn höher als der festgelegte Verfallsbetrag gewesen sei, genügt nicht. Nur auf der Grundlage einer nach konkreten Feststellungen verfallbaren Summe ist die weitere Prüfung möglich, ob und in welchem Umfang die Verfallsanordnung eine unbillige Härte wäre (vgl. Senat, NJW 1994, 1357).

- 11 Die deshalb gebotene Aufhebung der Verfallsanordnung ist gemäß § 357 StPO auf die Mitangeklagten zu erstrecken (vgl. BGH, Beschluss vom 11. Oktober 2005 - 1 StR 344/05). Ihr liegt ein Wertungsfehler zu Grunde, der alle Angeklagten in gleicher Weise betrifft.

Fischer

Schmitt

Berger

Krehl

Eschelbach