

BGHSt:               nein  
BGHR:               ja  
Nachschlagewerk:   ja  
Veröffentlichung:  ja

StGB § 73 Abs. 1, § 261 Abs. 7

Wechselt ein Tatbeteiligter Geldscheine in „kleiner“ Stückelung aus einem vorausgegangenem Betäubungsmittelgeschäft eines Tatgenossen zur Förderung dessen neuerlichen Betäubungsmittelankaufs gegen Geldscheine in „großer“ Stückelung, erlangt er keine Mitverfügungsbefugnis am Tatertrag des abgeschlossenen Betäubungsmittelgeschäfts.

Dieses Geld unterfällt der Einziehung als Tatmittel bzw. Tatobjekt des geförderten fremden Drogenankaufs sowie einer von ihm Tateinheitlich begangenen täterschäftlichen Geldwäsche.

StGB § 74c Abs. 1

Die tatplangemäße Rückgabe der gewechselten Geldscheine an den Tatgenossen zur Durchführung dessen Betäubungsmittelankaufs ist keine Vereitelungshandlung im Sinne des § 74c Abs. 1 StGB.

BGH, Beschluss vom 27. März 2019 - 2 StR 561/18 - LG Darmstadt



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

2 StR 561/18

vom  
27. März 2019  
in der Strafsache  
gegen

wegen Beihilfe zum unerlaubten Handelreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge u. a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Antrag des Generalbundesanwalts und nach Anhörung des Beschwerdeführers am 27. März 2019 gemäß § 349 Abs. 4 StPO beschlossen:

Auf die Revision des Angeklagten S. wird das Urteil des Landgerichts Darmstadt vom 27. Juli 2018, soweit es ihn betrifft, im Ausspruch über die Einziehung des Wertes von Taterträgen mit den zugrundeliegenden 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.

#### Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwölf Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren unter Strafaussetzung zur Bewährung verurteilt und gegen ihn die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 11.210 € angeordnet. Die auf die Einziehungsentscheidung beschränkte Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung materiellen Rechts rügt, hat Erfolg (§ 349 Abs. 4 StPO).

I.

- 2 Nach den Feststellungen des Landgerichts unterstützte der Angeklagte den Mitangeklagten D. in der Zeit von Oktober 2016 bis Juli 2017 bei dessen monatlichem Ankauf von jeweils 120 Gramm Heroin (Wirkstoffgehalt 30 %). Im Vorfeld des Drogenankaufs durch D. nahm er Geldscheine in kleiner Stückelung aus dessen vorherigen Drogenverkäufen von diesem entgegen, zahlte diese an einem Bankautomaten auf sein Konto ein und ließ sich umgehend in der Regel den identischen oder – zu Verschleierungszwecken – einen geringfügig abweichenden Betrag in großer Stückelung wieder auszahlen, um das Geld D. zu geben, da der Betäubungsmittelverkäufer des D. große Geldscheine bevorzugte (Fälle 10) bis 19) der Urteilsgründe).
- 3 In gleicher Form unterstützte er D. im Dezember 2017 und Januar 2018 beim Erwerb von 300 g Heroin (Wirkstoffgehalt 30 %) bzw. von 298,4 g Heroin (Wirkstoffgehalt 38,7 %), wobei er dessen Betäubungsmittelhandel im Dezember 2017 zusätzlich dadurch förderte, dass er das Heroin für D. verwahrte und aus dieser Menge 43 g an den Mitangeklagten L. übergab, nachdem D. diese Menge an L. verkauft hatte (Fälle 23) und 24) der Urteilsgründe).
- 4 Der Angeklagte wollte mit dem Geldwechsel die Ankäufe des D. fördern und gleichzeitig dessen Entdeckungsrisiko reduzieren, indem er die bei einem Betäubungsmittelverkauf an Endkunden häufig vorkommende kleine Stückelung beseitigte. Für seine unterstützende Tätigkeit erhielt er jeweils einige Gramm Heroin von D. .

5 Den Einziehungsbetrag hat das Landgericht aus der Summe der Ein- bzw. Auszahlungen (11.400 €) errechnet und hiervon 190 € in Abzug gebracht, die bei dem Angeklagten sichergestellt worden waren und auf deren Herausgabe er in der Hauptverhandlung verzichtet hat.

## II.

6 1. Die Beschränkung der Revision auf die Entscheidung über die Einziehung des Wertersatzes von Taterträgen ist wirksam, weil sie unabhängig von der Schuldfrage beurteilt werden kann und auch in keinem inneren Zusammenhang mit dem Strafausspruch steht (vgl. BGH, Beschluss vom 16. Mai 2018 – 1 StR 633/17, juris Rn. 2; Urteil vom 5. September 2017 – 1 StR 677/16, NStZ-RR 2017, 342).

7 2. Die Anordnung der Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 11.210 € hält rechtlicher Prüfung nicht stand.

8 a) Nach § 73 Abs. 1 StGB setzt die Einziehung von Taterträgen voraus, dass der Täter oder Teilnehmer durch eine rechtswidrige Tat oder für sie etwas erlangt hat. Anknüpfungspunkt der Einziehungsentscheidung ist damit die konkrete rechtswidrige Tat (§ 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB), also der Tatbestand desjenigen Strafgesetzes, das der Täter oder Teilnehmer verwirklicht hat. „Durch die Tat“ erlangt sind Vermögenswerte, die dem Täter oder Teilnehmer aufgrund der Verwirklichung dieses Tatbestands in irgendeiner Phase des Tatablaufs zugeflossen sind, insbesondere also die Beute; „für die Tat“ sind Vorteile erlangt, die einem Beteiligten als Gegenleistung für sein rechtswidriges Handeln gewährt werden, jedoch nicht auf der Tatbestandsverwirklichung beruhen (vgl. BGH, Urteil vom 27. September 2018 – 4 StR 78/18, juris Rn. 8; Beschluss vom

14. Februar 2018 – 4 StR 648/17, juris Rn. 5; Beschluss vom 30. März 2011 – 4 StR 25/11, juris Rn. 4 mwN; Schönke/Schröder/Eser/Schuster, StGB, 30. Aufl., § 73 Rn. 10 ff.; SSW-StGB/Heine, 4. Aufl., § 73 Rn. 43 ff.).

9            b) Hieran gemessen hat der Angeklagte die von ihm ein- bzw. an ihn ausgezahlten Geldscheine weder durch noch für eine vom Landgericht festgestellte rechtswidrige Tat erlangt.

10            aa) Entgegen der Ansicht des Landgerichts kann die Einziehung des Geldbetrages nicht darauf gestützt werden, dass der Angeklagte den nachfolgenden Drogenankauf des D.      förderte. Denn der Angeklagte wechselte das Geld, das er von D.      erhielt, in große Scheine, um dessen bevorstehenden Ankauf zu erleichtern, da dessen Betäubungsmittelverkäufer große Scheine bevorzugte. Danach hatte der Angeklagte den Geldbetrag jedoch weder „durch“ noch „für“ die Tat, sondern in Vorbereitung deren Durchführung erlangt (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Februar 2018 – 4 StR 648/17, juris Rn. 5; Beschluss vom 19. Oktober 2010 – 4 StR 277/10, juris Rn. 5). Das Geld war damit, bezogen auf die Förderung dieser Anknüpfungstat des D.      , kein Tatertrag, sondern                    Tatmittel                    für                    dessen nachfolgenden Drogenankauf (vgl. Weber, BtMG, 5. Aufl., § 33 Rn. 310).

11            bb) Die Einziehung des Geldbetrages als Tatertrag findet ihre Rechtfertigung auch nicht darin, dass der Angeklagte die Mitverfügungsgewalt über die Tatbeute aus dem vorangegangenen Betäubungsmittelverkauf des D.      erlangte. Denn in dem Moment, als der Angeklagte das Geld von D.      erhielt, war dessen vorangegangener Betäubungsmittelhandel beendet (vgl. BGH, Beschluss vom 17. Juli 1997 – 1 StR 230/97, juris Rn. 6; Weber, BtMG, aaO, § 29 Rn. 628); die Betäubungsmittel waren verkauft, das Geld hatte D.      ein-

genommen. Der Angeklagte erlangte damit das Geld nicht mehr während irgendeiner Phase des vorangegangenen Betäubungsmittelhandels.

12 cc) Die Einziehung des Geldbetrages als Tatertrag kann auch nicht auf weitere vom Anklagevorwurf umfasste und tatsächlich festgestellte, jedoch von der Strafkammer nicht ausgeurteilte Straftaten des Angeklagten als Anknüpfungstat der Einziehungsentscheidung gestützt werden (vgl. Senat, Beschluss vom 28. Oktober 1987 – 2 StR 508/87, juris Rn. 6, Weber, BtMG, aaO, § 33 Rn. 301).

13 (1) Der Angeklagte hat in den Fällen 11) bis 19) und 24) der Urteilsgründe durch das Wechseln der inkriminierten Geldscheine mit dem Ziel, die bei Betäubungsmittelgeschäften häufig vorkommende kleine Stückelung zu beseitigen und so zugleich das Entdeckungsrisiko des D. zu minimieren, neben der ausgeurteilten Beihilfe zum Handel mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge jeweils den Tatbestand einer Geldwäsche gemäß § 261 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 2b) StGB verwirklicht, indem er die Herkunft der aus den Betäubungsmittelgeschäften stammenden Gelder verschleierte. Seine Beteiligung an der jeweiligen Vortat steht – ungeachtet der Konkurrenzfrage (vgl. BGH, Urteil vom 17. Juli 1997 – 1 StR 791/96, BGHSt 43, 158, 164) – der Tatbestandserfüllung nicht entgegen (§ 261 Abs. 9 Satz 2 StGB). Der persönliche Strafaufhebungsgrund, dessen Eingreifen ohnehin für die Frage der Einziehung unerheblich wäre (vgl. BGH, Beschluss vom 3. April 2002 – 1 StR 540/01, wistra 2002, 307, 308; SSW/Jahn, StGB, 4. Aufl., § 261 Rn. 110), greift nicht, da der Angeklagte durch die Einzahlung auf sein Bankkonto die bemakelten Geldscheine im Sinne des § 261 Abs. 9 Satz 3 StGB in den Verkehr brachte (vgl. BGH, Beschluss vom 27. November 2018 – 5 StR 234/18, juris Rn. 20) und dabei deren rechtswidrige Herkunft verschleierte (vgl. Senat, Urteil vom 27. Juli 2016 – 2 StR 451/15,

NStZ 2017, 28). Bei den Taten 10) und 23) der Urteilsgründe erfüllt das Handeln des Angeklagten neben dem Tatbestand der Geldwäsche zudem – mangels Beteiligung an der Vortat (§ 257 Abs. 3 Satz 1 StGB) – auch die Voraussetzungen einer Begünstigung nach § 257 Abs. 1 StGB, da sein Handeln nach den Urteilsfeststellungen von der Absicht getragen war, das Entdeckungsrisiko des D. zu minimieren.

- 14 (2) Der Angeklagte hatte – als Täter einer Geldwäsche – entgegen der Ansicht des Generalbundesanwalts auch die faktische bzw. wirtschaftliche Mitverfügungsgewalt über die inkriminierten Gelder (vgl. zur Mitverfügungsgewalt Senat, Urteil vom 21. November 2018 – 2 StR 262/18, juris Rn. 7; BGH, Urteile vom 27. September 2018 – 4 StR 78/18, juris Rn. 8; vom 24. Mai 2018 – 5 StR 623 und 624/17 jeweils Rn. 8; vom 2. Juli 2015 – 3 StR 157/15, NStZ-RR 2015, 310; vom 28. Oktober 2010 – 4 StR 215/10, BGHSt 56, 39, 45 f.; Senat vom 4. Februar 2009 – 2 StR 504/08, BGHSt 53, 179, 180). Er erhielt diese von D. , um sie eigenständig in den legalen Geldkreislauf einzuspeisen. Er erlangte den Besitz nicht nur gelegentlich und übte diesen spätestens mit der Einzahlung auf sein Konto auch nicht mehr für D. aus. Denn mit der Einzahlung auf sein Konto erwarb er allein den korrespondierenden Auszahlungsanspruch gegen das Geldinstitut. Wäre sein Konto im Zeitpunkt der Einzahlung mit einer Pfändung belegt gewesen, wäre der eingezahlte Betrag dem uneingeschränkten Zugriff seiner Gläubiger unterfallen. Gegenansprüche gegen den pfändenden Gläubiger hätten D. nicht zugestanden. Zudem hätte ein Verrechnungsanspruch des Finanzinstituts das Erlöschen des Auszahlungsanspruchs zur Folge gehabt. Letztlich wurde der Angeklagte mit der Auszahlung des Betrages auch Eigentümer der von ihm erlangten Geldscheine.

- 15           (3) Gleichwohl ist eine Einziehung des Geldbetrags als Tatertrag einer Geldwäsche nicht möglich. Denn der von D. übergebene Betrag war zunächst Tatmittel, der erlangte Auszahlungsanspruch sowie die anschließend erlangten Geldscheine, da ihre gegenwärtige Beschaffenheit der Tat verdankend (vgl. Schönke/Schröder/Eser, StGB, aaO, § 74 Rn. 7), Tatobjekt der Geldwäsche. Als solche unterliegen sie – anknüpfend an den Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 Abs. 7 StGB) – damit vor wie nach dem Wechselvorgang sowohl nach der bis zum 30. Juni 2017 geltenden, wie auch nach neuer Rechtslage nur den für Tatmitteln und Tatobjekten geltenden Vorschriften (vgl. zur Anwendbarkeit des jeweiligen Tatzeitrechts BGH, Beschluss vom 15. Mai 2018 – 3 StR 664/17, juris Rn. 6). Eine ersatzweise Einziehung des Wertes als Tatertrag nach §§ 73 Abs. 1, 73c Satz 1 StGB ist dabei, weil Tatmittel beziehungsweise Tatobjekt, nach alter wie neuer Rechtslage nicht zulässig (vgl. BGH, Beschlüsse vom 23. Januar 2019 – 5 StR 143/18, juris Rn. 56; vom 27. November 2018 – 5 StR 234/18, juris Rn. 29; vom 1. Februar 2011 – 4 StR 454/10, juris Rn. 4; Senat, Beschlüsse vom 17. März 2010 – 2 StR 67/10, NStZ 2011, 100; vom 13. Januar 2010 – 2 StR 519/09, NStZ-RR 2010, 141, 142; BGH, Beschluss vom 14. Dezember 2001 – 3 StR 442/01, NStZ-RR 2002, 118, 119; Köhler/Burkhard, NStZ 2017, 665, 681).
- 16           dd) Seine Täterschaft an der Geldwäsche sperrt eine sonst – bezogen auf das Betäubungsmitteldelikt des D. – denkbare, gegen ihn gerichtete Einziehung nach § 73b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 b) StGB. Insoweit gilt: Erfüllt das Verhalten eines bösgläubigen Drittbegünstigten den Tatbestand der Begünstigung, der Hehlerei oder der Geldwäsche, richtet sich die Anordnung der Einziehung von Taterträgen gegen ihn als Täter nach § 73 StGB (BT-Drucks. 18/9525, S. 66 f.; Fischer, StGB, 66. Aufl., § 73b Rn. 11).

17                   3. Für die neue Hauptverhandlung wird die nunmehr zur Entscheidung  
berufene Strafkammer Folgendes zu bedenken haben:

18                   a) Eine Einziehung des Geldbetrages als Tatmittel beziehungsweise Tat-  
objekt wird ihr nach den bisherigen Feststellungen verwehrt sein.

19                   aa) Eine Einziehung als Tatmittel/Tatobjekt setzt nach alter wie neuer  
Rechtslage voraus, dass die Gegenstände zurzeit der Entscheidung dem Täter  
oder Teilnehmer gehören oder zustehen (§ 74 Abs. 2 Nr. 1 StGB aF; § 74  
Abs. 3 Satz 1 StGB nF). Darüber hinaus ist eine Einziehung des Wertes der  
Tatmittel/ Tatobjekte beim Täter oder Teilnehmer nach der inhaltlich unverän-  
derten Vorschrift des § 74c Abs. 1 StGB (vgl. BT-Drucks. 18/9525, S. 70) nach  
dem Ermessen des Tatgerichts nur möglich, wenn der Tatbeteiligte als früherer  
Rechtsinhaber die Einziehung ganz oder teilweise unmöglich gemacht hat (vgl.  
Senat, Beschluss vom 28. März 1979 – 2 StR 700/78, BGHSt 28, 369, 370).  
Diese Möglichkeit ist hier nicht eröffnet.

20                   bb) Der Angeklagte war zum Zeitpunkt des Urteils nicht mehr Eigentümer  
der Zahlungsmittel. Er hat die Einziehung auch nicht im Sinne des § 74c Abs. 1  
StGB vereitelt. Denn die bestimmungsgemäße Rückgabe der empfangenen  
Beträge zur Durchführung des Betäubungsmittelankaufs an D. kann nicht als  
Vereitelungshandlung im Sinne des § 74c Abs. 1 StGB angesehen werden (vgl.  
BGH, Beschlüsse vom 12. September 2018 – 5 StR 232/18, juris Rn. 10; vom  
14. Februar 2018 – 4 StR 648/17, juris Rn. 5; vom 19. Oktober 2010 – 4 StR  
277/10, juris Rn. 6). Eine Einziehung als Tatmittel kommt nämlich erst nach Be-  
gehung derjenigen Tat in Betracht, in der das Tatmittel seine Verwendung fand  
(Senat, Beschluss vom 20. September 1991 – 2 StR 387/91, juris Rn. 4). Erst  
die funktionale Verwendung während der Anknüpfungstat macht das Geld zum

Einziehungsgegenstand. Daraus ergibt sich, dass diese Verwendung nicht zugleich als Vereitelungshandlung im Sinne des § 74c Abs. 1 StGB begriffen werden kann. Die Einziehung des Wertersatzes von Tatmitteln erfasst deshalb nur solche Fälle, in denen der Täter oder Teilnehmer durch andere als die im konkreten Fall die Einziehung begründende Tathandlung die Einziehung vereitelt hat (vgl. Senat, Beschluss vom 20. September 1991 – 2 StR 387/91, aaO).

21           cc) Etwas anderes gilt nach den bisherigen Feststellungen auch nicht deshalb, weil sowohl die Einzahlung auf das eigene Bankkonto, wie auch die Auszahlung jeweils eine eigene Verschleierungshandlung im Sinne des § 261 Abs. 1 Satz 1 StGB darstellen (vgl. BGH, Beschluss vom 27. November 2018 – 5 StR 234/18, juris Rn. 19 ff.). Insofern liegt keine Vereitelungshandlung durch eine weitere Geldwäsche vor (vgl. zur Möglichkeit der Einziehung bei wiederholter Geldwäsche LK/Schmitt/Krause, StGB, 12. Aufl., § 261 Rn. 44). Denn aufgrund des engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs sowie des einheitlichen Tatentschlusses stellen sich die Ein- und Auszahlungen sowie die anschließende Übergabe des Geldes an D. als natürliche Handlungseinheit und damit als eine Tat dar (vgl. BGH, Urteil vom 15. August 2018 – 5 StR 100/18, juris Rn. 37).

22           b) Eine Einziehungsentscheidung wird auch nicht an den vormaligen Besitz der 43 g Heroin anknüpfen können, über die der Angeklagte anlässlich der Tat 23) der Urteilsgründe Mitverfügungsgewalt hatte. Dieses unterfällt nur den Einziehungsregeln über Tatobjekte (vgl. BGH, Beschluss vom 12. September 2018 – 5 StR 232/18, juris Rn. 10). Mit dessen tatplangemäßer Weitergabe an L. als Tatobjekt hat der Angeklagte indes aus den vorstehenden Erwägungen keine Vereitelungshandlung im Sinne des § 74c Abs. 1 StGB vorgenommen, so dass auch insoweit eine Wertersatzeinziehung ausscheidet.

23 c) Soweit der Angeklagte demgegenüber für seine Unterstützung des Betäubungsmittelhandels des D. beziehungsweise für seine Geldwäschehandlungen jeweils von diesem einige Gramm Heroin erhielt, hat er diese Betäubungsmittel als Gegenleistung für sein rechtswidriges Handeln und damit als Tatertrag im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB erlangt. Der ersparte Einkaufspreis für das ihm überlassene Heroin unterfällt damit der Wertersatzeinziehung nach § 73c Satz 1 StGB (vgl. BGH, Urteil vom 23. Juli 2015 – 3 StR 37/15, juris, Rn. 6). Dass der Angeklagte mit der Entgegennahme des Heroins sich dieses gleichzeitig verschaffte (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG) und dieses auch als Beziehungsgegenstand nach § 33 Abs. 2 BtMG (für die Taten bis zum 30. Juni 2017) beziehungsweise nach § 33 Satz 1 BtMG (für die Taten nach dem 1. Juli 2017) nach neuer Terminologie als Tatobjekt hätte eingezogen werden können, steht der Anwendung der Einziehung des Wertersatzes von Taterträgen in dieser Konstellation nicht entgegen (vgl. BGH, Urteil vom 23. Juli 2015 – 3 StR 37/15, aaO).

24 Der Betrag von 190 €, auf den der Angeklagte verzichtet hat, wäre anzurechnen, da insoweit der staatliche Einziehungsanspruch erloschen wäre (vgl. BGH, Beschluss vom 5. Februar 2019 – 5 StR 701/18, juris Rn. 5).

Franke

Meyberg

Grube

Schmidt

Wenske