



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

3 StR 331/16

vom

1. Dezember 2016

in der Strafsache

gegen

1.

2.

3.

4.

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

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 1. Dezember 2016, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Becker,

die Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Schäfer,
Gericke,
Dr. Tiemann,
Hoch
als beisitzende Richter,

Staatsanwalt
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft und, soweit es diesen Angeklagten betrifft, auf die Revision des Angeklagten K. wird das Urteil des Landgerichts Aurich vom 14. März 2016 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat die Angeklagten wie folgt verurteilt:
- 2 - den Angeklagten K. unter Freispruch im Übrigen wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in vier Fällen sowie wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in 37 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren und einem Monat,
- 3 - den Angeklagten H. wegen Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in vier Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und zehn Monaten, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat,

4 - den Angeklagten S. wegen Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in vier Fällen, jeweils in Tateinheit mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, sowie wegen Besitzes von Betäubungsmitteln in zwei Fällen unter Einbeziehung der Einzelstrafe aus einem Strafbefehl zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten,

5 - die Angeklagte B. wegen Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in vier Fällen, jeweils in Tateinheit mit Abgabe von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten.

6 Zudem hat die Strafkammer die Unterbringung der Angeklagten B. in einer Entziehungsanstalt angeordnet, sichergestellte Betäubungsmittel und Substanzen sowie zwei Kraftfahrzeuge des Angeklagten K. eingezogen und betreffend die Angeklagten K. und S. Verfallsanordnungen getroffen.

7 Gegen dieses Urteil wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihrer zu Ungunsten aller Angeklagten und zu Gunsten der Angeklagten K. und B. eingelegten, auf die Rügen der Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützten Revision. Der Angeklagte K. erhebt eine Verfahrensbeanstandung sowie die näher ausgeführte Sachrüge.

8 Das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft führt - teilweise auch zu Gunsten der Angeklagten K. , S. und B. (§ 301 StPO) - zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit die Angeklagten verurteilt worden sind; soweit der Angeklagte K. freigesprochen worden ist, hat die

Staatsanwaltschaft dies von ihrem Revisionsangriff, der ausdrücklich nur die Verurteilungen der Angeklagten umfasst, ausgenommen. Die Revision des Angeklagten K. hat ebenfalls Erfolg, soweit er verurteilt worden ist.

9 A. Das Landgericht hat - soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung - folgende Feststellungen getroffen:

10 Der vielfach vorbestrafte Angeklagte K. lernte nach seiner Entlassung aus der Sicherungsverwahrung im Jahr 2011 in einem Tagesaufenthalt für Wohnungslose in A. die Mitangeklagten kennen; die Angeklagte B. wurde seine Lebensgefährtin. In der Zeit von Juli 2013 bis November 2013 verkaufte er an nicht mehr genau bestimmbar Tagen in 37 Fällen an die erst 16 Jahre alte O. jeweils zwei Gramm Marihuana zum Preis von 10 € pro Gramm; das Landgericht hat nicht feststellen können, dass der Angeklagte das Alter seiner Abnehmerin kannte (Fälle fünf bis 41 der Urteilsgründe). Vom Vorwurf, im gleichen Zeitraum 13 weitere Verkäufe an O. getätigt zu haben, hat das Landgericht den Angeklagten K. freigesprochen, weil es sich von einer höheren Tatfrequenz nicht hat überzeugen können.

11 Ab Ende des Jahres 2013 bis April des Jahres 2015 verfügte der Angeklagte K. über erhebliche Geldsummen unklarer Herkunft und erwarb davon - obwohl er nicht über eine Fahrerlaubnis verfügte - unter anderem mehrere Kraftfahrzeuge. Spätestens Anfang des Jahres 2015 beschloss er, durch den Handel mit Marihuana in A. und Umgebung seinen Lebensstandard zu verbessern. Als Fahrer gewann er den Angeklagten H., der ihn zu seinen Lieferanten fuhr, bei den eigentlichen Betäubungsmittelgeschäften indes nicht zugegen war. Um die angekauften Betäubungsmittel nicht allein vermarkten zu müssen, vereinbarte der Angeklagte K. mit dem Angeklagten

S. , dass dieser wöchentlich 50 Gramm Marihuana aus seinem Bestand abnehme. Dazu befüllte der Angeklagte K. ein Betäubungsmittelversteck, auf das der Angeklagte S. zugreifen konnte. S. hatte pro Gramm 7,50 € zu zahlen, konsumierte 25 Gramm selbst und verkaufte den Rest weiter, um seine Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Angeklagten K. erfüllen zu können. Der Angeklagten B. , die kokainabhängig war, schenkte der Angeklagte K. aus den von ihm erworbenen Betäubungsmittelmengen 50 bis 100 Gramm Marihuana im Monat, das sie bei einem Betäubungsmittelhändler in Kokain umtauschte. Um ihrerseits ihren Lebensgefährten bei seinen Absatzgeschäften zu unterstützen, nahm die Angeklagte B. Bestellungen von ihr bekannten Betäubungsmittelkonsumenten entgegen und leitete sie an den Angeklagten K. weiter, der diese Personen belieferte.

12 Im Einzelnen kam es am 27. Februar und am 19. März 2015 unter Mitwirkung des Angeklagten H. als Fahrer zu zwei Beschaffungsfahrten des Angeklagten K. , bei denen er jeweils 500 Gramm Marihuana erwarb. In beiden Fällen entnahm der Angeklagte S. dem beschriebenen Drogenversteck jeweils ca. 50 Gramm "pro Woche"; darüber hinaus gab der Angeklagte K. der Angeklagten B. jeweils 50 bis 100 Gramm "pro Monat", die sie in Kokain umtauschte (Fälle eins und zwei der Urteilsgründe). Am 17. April 2015 erwarb der Angeklagte K. an seiner Wohnanschrift 250 Gramm Marihuana guter Qualität; die Abnehmer hatten bereits länger gewartet und erschienen kurze Zeit nachdem der Angeklagte K. mitgeteilt hatte, dass er wieder Betäubungsmittel vorrätig habe. Wenige Tage später fuhr der Angeklagte H. den Angeklagten K. nach E. , wo dieser einen Teil der Lieferung vom 17. April 2015 veräußerte. Der Angeklagte S. entnahm wiederum dem Betäubungsmittelversteck "ca. 50 Gramm pro

Woche" (Fall drei der Urteilsgründe). Am 28. April 2015 fuhren die Angeklagten K. und H. erneut nach W. und K. erwarb von seinem bevorzugten Drogenhändler 500 Gramm Marihuana. Der Angeklagte S. hatte wiederum zugesagt, 50 Gramm pro Woche abzunehmen; die Angeklagte B. hatte schon am Vorabend der Tat Abnehmer für die neue Drogenlieferung gefunden. Zu einem Absatz dieser Betäubungsmittel kam es nicht mehr, weil die Angeklagten K. und H. auf der Rückfahrt aus W. von Einsatzkräften der Polizei angehalten und festgenommen wurden (Fall vier der Urteilsgründe). Am nächsten Tag wurde die Wohnung des Angeklagten S. durchsucht, in der sich neben fast 1.400 € Bargeld und mehr als 36 Gramm Marihuana auch andere Betäubungsmittel (Haschisch und Amphetamin) sowie Feinwaagen und Verpackungsmaterial zum Portionieren von Betäubungsmitteln befanden (Fall 42 der Urteilsgründe). Bereits am 11. März 2015 waren bei einer Wohnungsdurchsuchung bei dem Angeklagten S. fast 800 € Bargeld, eine Schreckschusspistole, ein Baseballschläger, über 130 Gramm Marihuana, mehr als 25 Gramm Haschisch und über 80 Ecstasy-Tabletten gefunden und sichergestellt worden (Fall 43 der Urteilsgründe).

- 13 B. Die Revision der Staatsanwaltschaft hat nur mit der Sachrüge Erfolg.
- 14 I. Die von der Staatsanwaltschaft erhobenen Verfahrensrügen versagen hingegen aus den in der Antragschrift des Generalbundesanwalts genannten Gründen. Die Revisionsbegründung der Staatsanwaltschaft gibt darüber hinaus Anlass zu folgenden ergänzenden Bemerkungen:
- 15 1. Die "Rüge der Verletzung von § 257c Abs. 1 bis 3, (Abs. 4) StPO (wegen unwirksamer bzw. gescheiterter Verständigung)" ist jedenfalls unbegründet, soweit die Staatsanwaltschaft geltend macht, das Landgericht habe sich durch

die Abfassung des Verständigungsvorschlags und die anschließenden Erörterungen im Hinblick auf den Schuldspruch "vorfestgelegt"; deshalb hätten die Verfahrensbeteiligten - unter Beteiligung der Staatsanwaltschaft, die dann allerdings entgegen RiStBV Nr. 127 Abs. 1 Satz 1 nicht auf die Einhaltung des Rechts hingewirkt hätte - sich in rechtswidriger Weise über den Schuldspruch verständigt.

16 Zu einer nach § 257c Abs. 2 Satz 3 StPO unzulässigen Verfahrensabsprache ist es nicht gekommen. Zu Recht hat der Generalbundesanwalt darauf hingewiesen, dass das Landgericht, das bereits an zwölf Tagen verhandelt und Beweise erhoben hatte, mit Blick auf die nach § 257c Abs. 1 Satz 2 StPO unberührt bleibende Aufklärungspflicht und das Gebot der umfassenden Wahrheitsermittlung (vgl. BGH, Beschluss vom 5. Dezember 2008 - 2 StR 495/08, NStZ-RR 2009, 147) den Angeklagten keine geständigen Einlassungen abverlangen durfte, die einen Sachverhalt beinhalteten, den das Gericht als widerlegt oder jedenfalls nicht als beweisbar ansah. So verhielt es sich hier hinsichtlich des Angeklagten S. , den die Strafkammer nach vorläufiger Würdigung der erhobenen Beweise nicht als Mitglied einer aus den vier Angeklagten bestehenden Bande ansah.

17 Ohnehin könnte diese Rüge nur den Schuldspruch gegen den Angeklagten S. betreffen; dass auch der Schuldspruch gegen die anderen Angeklagten im Wege einer rechtswidrigen Absprache festgelegt oder durch eine solche auch nur beeinflusst worden sei, lässt sich dem Revisionsvorbringen der Staatsanwaltschaft nicht entnehmen. Im Gegenteil hat das Landgericht seinem Verständigungsvorschlag geständige Einlassungen der Angeklagten K. , H. und B. "im Sinne der Anklageschrift", die den Vorwurf der bandenmäßigen Begehung enthielt, zugrunde gelegt.

18 2. Mit der Stoßrichtung, die Strafkammer habe verkannt, dass sich die Staatsanwaltschaft "in zulässiger Weise (...) durch Widerruf von der Verständigung gelöst" habe, hat die Rüge einer Verletzung von § 257c Abs. 3 Satz 4, Abs. 4 StPO ebenfalls keinen Erfolg. Insoweit gilt:

19 a) Nach Zustandekommen einer Verständigung durch Zustimmung des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft zu dem Vorschlag des Gerichts (§ 257c Abs. 3 Satz 4 StPO) kann die Staatsanwaltschaft diese nachträglich nicht wieder einseitig zu Fall bringen, auch dann nicht, wenn sie die Voraussetzungen von § 257c Abs. 4 Satz 1 oder 2 StPO als gegeben ansieht (BGH, Urteil vom 21. Juni 2012 - 4 StR 623/11, BGHSt 57, 273, 278 mwN; El-Ghazi, JR 2012, 406, 409; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl., § 257c Rn. 25; zweifelnd KK-Moldenhauer/Wenske, StPO, 7. Aufl., § 257c Rn. 34). Aus der von der Staatsanwaltschaft zitierten verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung (BVerfG, Beschluss vom 21. April 2016 - 2 BvR 1422/15, NStZ 2016, 422) ergibt sich nichts anderes. In der zitierten Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht zwar ausgeführt, dem gesetzlichen Regelungskonzept der Verständigung sei die Annahme des Erfordernisses eines Rechtsbindungswillens in dem Sinne, dass sich die Beteiligten unwiderruflich und endgültig zu einer Handlung oder Entscheidung verpflichten müssten, jedenfalls fremd (BVerfG aaO, S. 424). Dabei hat es sich indes nur mit der Frage befasst, ob auch solche Prozesshandlungen, die ihrerseits wieder rückgängig gemacht werden können, wie etwa die Erklärung der Staatsanwaltschaft, Anträge auf Einstellung des Verfahrens gemäß § 154 Abs. 2 StPO zu stellen, oder der Verzicht auf oder die Rücknahme von bereits gestellten Beweisanträgen Gegenstand einer Verfahrensabsprache im Sinne von § 257c Abs. 2 Satz 1 StPO sein können, und dies bejaht (BVerfG aaO, S. 423 f.). Eine Aussage dazu, dass die Staatsanwaltschaft - wie hier - etwa durch den Widerruf ihrer Zustimmung zu der Verständigung deren Wir-

kungen zu Fall bringen bzw. das Gericht dazu zwingen kann, von der Absprache Abstand zu nehmen, lässt sich der Entscheidung hingegen nicht entnehmen.

20 Vielmehr hat auch das Bundesverfassungsgericht hervorgehoben, dass das Gesetz in § 257c Abs. 4 StPO (nur) für das Gericht grundsätzlich eine ausdrückliche Bindungswirkung vorsieht (BVerfG aaO, S. 424). Die durch eine zustande gekommene Verständigung eingetretene Bindungswirkung entfällt weder durch den "Widerruf" der Staatsanwaltschaft noch kraft Gesetzes, vielmehr bedarf es dazu einer Entscheidung durch das Tatgericht, wenn und soweit es die Voraussetzungen des § 257c Abs. 4 Satz 1 oder 2 StPO bejaht (BGH, Urteil vom 21. Juni 2012 - 4 StR 623/11, BGHSt 57, 273, 278 f. mwN).

21 Danach trat durch den "Widerruf" der Staatsanwaltschaft bzw. durch ihre Erklärung am letzten Tag der Hauptverhandlung, dass der Verständigungsvorschlag betreffend die Angeklagten K. , H. und B. "hinfällig" sei, für sich genommen keine Rechtswirkung ein, die ein Festhalten des Gerichts an der Verständigung ausschloss oder in sonstiger Weise aus sich heraus zu einer Verfahrensfehlerhaftigkeit der Absprache führte.

22 b) Ungeachtet dessen konnte die Staatsanwaltschaft - wie geschehen - ihre Auffassung zu Gehör bringen, die von den Angeklagten abgegebenen Einlassungen hätten nicht dem bei dem Verständigungsvorschlag prognostizierten Prozessverhalten entsprochen. Die Prüfung und Entscheidung darüber, ob deshalb die Bindungswirkung der Verständigung zu entfallen hatte, oblag indes allein dem Landgericht (vgl. BGH aaO), das jedoch zu der Annahme gelangt war, das Einlassungsverhalten der Angeklagten entspräche seiner Prognose im Zeitpunkt des Verständigungsvorschlags, weil es sich jeweils um eine "noch - geständige Einlassung im Sinne der Verständigung" gehandelt habe.

23 Ein Entfallen der Bindungswirkung der Verfahrensabsprache setzt zudem weiter voraus, dass das Gericht wegen der veränderten Beurteilungsgrundlage bzw. wegen des Abweichens des Angeklagten von dem erwarteten Prozessverhalten zu der Überzeugung gelangt, dass die in Aussicht gestellte Strafober- oder Strafuntergrenze (§ 257c Abs. 3 Satz 2 StPO) nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist. Eine Lösung von der Verständigung kann deshalb nur gerechtfertigt sein, wenn das später gezeigte tatsächliche Prozessverhalten des Angeklagten aus der Sicht des Gerichts der Strafrahmenszusage die Grundlage entzieht (BGH, Beschluss vom 21. Februar 2013 - 1 StR 633/12, NStZ 2013, 417, 419). Bei der Prüfung dieser Frage kommt dem Tatgericht - wie auch sonst bei Wertungsakten im Bereich der Strafzumessung - ein weiterer Beurteilungsspielraum zu, der erst überschritten ist, wenn der zugesagte Strafrahmen nicht mehr mit den Vorgaben des materiellen Rechts in Einklang zu bringen ist, etwa weil die Strafrahmenszusage sich unter Berücksichtigung des tatsächlichen Prozessverhaltens des Angeklagten so weit von dem Gedanken eines gerechten Schuldausgleichs entfernt, dass sie als unvertretbar erschiene (BGH, Urteil vom 21. Juni 2012 - 4 StR 623/11, BGHSt 57, 273, 279 f.). Umstände von solchem Gewicht zeigt die Revision - wie der Generalbundesanwalt zutreffend dargelegt hat - nicht auf, sie sind auch sonst nicht ersichtlich; insbesondere genügt eine bloße abweichende rechtliche Einstufung der Tatbeiträge eines Angeklagten insoweit nicht (vgl. BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2012 - 1 StR 421/12, NStZ-RR 2013, 184). Nichts anderes stellt aber die Annahme der Strafkammer dar, die Angeklagten hätten die ihnen nachgewiesenen Betäubungsmitteldelikte nicht bandenmäßig begangen.

24 3. Die Rüge, das Landgericht habe gegen § 260 Abs. 3 StPO verstoßen, weil es das Verfahren in den Fällen fünf bis 41 der Urteilsgründe nicht eingestellt habe, bedarf keiner Entscheidung. Ein Verfahrenshindernis wegen der von

der Staatsanwaltschaft - entgegen der zustande gekommenen Verständigung - unterlassenen Anträge auf Einstellung des Verfahrens nach § 154 Abs. 2 StPO käme insoweit nach der Rechtsprechung des Senats, die zu einer Verständigung vor Inkrafttreten der gesetzlichen Regelung ergangen ist, allenfalls in Betracht, wenn die Strafkammer bei Ausnutzung der rechtlichen Gestaltungsspielräume insbesondere im Rahmen der Strafzumessung zu keinem Ergebnis gelangt wäre, das das Verfahren insgesamt noch als fair erscheinen ließe (BGH, Urteil vom 12. März 2008 - 3 StR 433/07, BGHSt 52, 165, 173 f.). Ob dies hier der Fall war, kann offen bleiben, weil die Verurteilung auch in diesen Fällen bereits auf die Sachrüge insgesamt der Aufhebung unterliegt (dazu unten, II.2.a)).

25 II. Die Rüge der Verletzung materiellen Rechts führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit die Angeklagten verurteilt worden sind.

26 1. Dies gilt zunächst, soweit die Revision der Staatsanwaltschaft zu Ungunsten der Angeklagten eingelegt worden ist.

27 a) Die Beweiswürdigung "zur Frage des Vorliegens einer Bandenstruktur" in den Fällen eins bis vier der Urteilsgründe, in denen alle vier Angeklagten verurteilt worden sind, erweist sich als rechtsfehlerhaft. Die Strafkammer hat hierzu ausgeführt, die Einlassung der Angeklagten, dass es eine Bandenabrede oder eine "auch nur stillschweigende bandenmäßige Zusammenarbeit" nicht gegeben habe, sei nicht zu widerlegen.

28 Die Beweiswürdigung ist allerdings Sache des Tatgerichts (§ 261 StPO). Allein ihm obliegt es, sich ein Urteil über die Schuld oder Unschuld der Angeklagten zu bilden. Dabei brauchen seine Schlussfolgerungen nicht zwingend zu sein; es genügt, dass sie möglich sind. Das Revisionsgericht hat sich auf die Prüfung zu beschränken, ob dem Tatgericht Rechtsfehler unterlaufen sind. Das

ist in sachlich-rechtlicher Hinsicht der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist, gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt oder an die Überzeugung der Schuld der Angeklagten überhöhte Anforderungen gestellt werden (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Beschluss vom 31. Mai 2016 - 3 StR 86/16, juris Rn. 11 mwN). Nach diesen Maßstäben revisionsrechtlich beachtliche Rechtsfehler ergeben sich hier aus Folgendem:

29 Als ein wesentliches Argument ihrer Begründung hat die Strafkammer den Umstand angesehen, dass der Angeklagte S. letztlich selbständig und auf eigenes wirtschaftliches Risiko seine Interessen als Betäubungsmittelhändler verfolgt und das dazu benötigte Marihuana lediglich von dem Angeklagten K. erworben habe; insofern liege nur ein eingespieltes Bezugs- und Absatzsystem im Rahmen einer dauernden Geschäftsbeziehung vor, das nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kein bandenmäßiges Zusammenwirken darstelle. Diese Annahme basiert auf den Einlassungen der Angeklagten K. und S., die übereinstimmend die Vereinbarung zur Abnahme von wöchentlich 50 Gramm Marihuana zum Preis von 7,50 € pro Gramm und die Entnahme der Betäubungsmittel aus dem gemeinsamen Drogenversteck geschildert haben. Jedenfalls soweit das Landgericht die Einlassung des Angeklagten S. als glaubhaft angesehen hat, erweist sich seine Beweiswürdigung indes als lückenhaft und widersprüchlich:

30 Die Strafkammer hat nicht in den Blick genommen, dass der Angeklagte S. - seine Einlassung als richtig unterstellt, er habe von den erhaltenen 50 Gramm Marihuana stets die Hälfte selbst konsumiert und den Rest verkauft, um seine Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Angeklagten K. erfüllen zu können - nach den Feststellungen die von ihm veräußerten Betäubungsmittel für das Doppelte des von ihm bezahlten Einkaufspreises von 7,50 €

pro Gramm, mithin für 15 € pro Gramm hätte absetzen müssen, um wenigstens kostendeckend zu arbeiten. Nach den Feststellungen des Landgerichts zu den Verkäufen des Angeklagten K. betrug der im Straßenverkauf erzielte Grammpreis - wenn auch zeitlich früher - indes lediglich 10 € pro Gramm Marihuana; unter Zugrundelegung dieses Verkaufspreises hätte der Angeklagte S. - worauf die Staatsanwaltschaft zutreffend hingewiesen hat - einen wöchentlichen Verlust von 125 € - monatlich 500 € - erwirtschaftet, den er nach seinen festgestellten wirtschaftlichen Verhältnissen - er war lediglich "auf 450 € Basis" geringfügig beschäftigt - nicht anderweitig hätte ausgleichen können. Mit der Einlassung des Angeklagten S. , er habe wöchentlich 50 Gramm Marihuana abgenommen und umgesetzt, ist im Übrigen auch nicht in Einklang zu bringen, dass anlässlich der Durchsuchung seiner Wohnung am 11. März 2015 mehr als 130 Gramm Marihuana, die aus den Beständen des Angeklagten K. stammen sollten, bei ihm gefunden und sichergestellt wurden. Zu den festgestellten An- und Verkaufspreisen steht zudem in Widerspruch, dass der über nur geringe legale Einkünfte verfügende Angeklagte S. bei beiden Durchsuchungen im März und April 2015 größere Mengen Bargeld in "szenetypischer Stückelung" sowie weitere - angeblich von einem anderen Lieferanten stammende - Betäubungsmittel in Besitz hatte. All diese von der Strafkammer nicht beachteten Umstände sprachen gegen die Glaubhaftigkeit der Einlassung des Angeklagten S. und für eine weitergehende, schwerer wiegende Tatbeteiligung. Da sich das Landgericht damit nicht auseinandergesetzt hat, entbehrt seine Würdigung der Einlassung als glaubhaft mithin einer tragfähigen Grundlage.

31 Da die Strafkammer indes zur Frage der bandenmäßigen Begehung die von ihr als glaubhaft angesehenen Einlassungen für nicht widerlegbar gehalten hat, schlägt die rechtsfehlerhafte Würdigung der Einlassung des Angeklagten

S. auf diese Bewertung durch, die somit insgesamt nicht tragfähig begründet ist. Der Senat kann auch mit Blick auf die Einlassungen der drei Mitangeklagten nicht ausschließen, dass das Landgericht - hätte es den Rechtsfehler vermieden und die genannten Umstände in seine Würdigung der Einlassung des Angeklagten S. einbezogen - zu einer anderen Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Einlassungen und damit zur Frage der bandenmäßigen Begehung zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre. Die Sache muss deshalb in den Fällen eins bis vier der Urteilsgründe betreffend alle Angeklagten umfassend neu verhandelt und entschieden werden.

32 b) Im Fall 43 der Urteilsgründe hat die Verurteilung des Angeklagten S. schon deshalb keinen Bestand, weil sich die Urteilsgründe nicht dazu verhalten, welche Wirkstoffgehalte die sichergestellten Betäubungsmittel (Hassisch und Ecstasy-Tabletten) jeweils hatten und ob insoweit gegebenenfalls der Grenzwert zur nicht geringen Menge überschritten wurde. Hinzu kommt, dass das Landgericht das sichergestellte Marihuana für den Schuldspruch insgesamt unberücksichtigt gelassen hat, weil der Angeklagte S. insoweit nicht (erneut) bestraft werden könne: Die Betäubungsmittel stammten aus den Beschaffungsfahrten des Angeklagten K., so dass eine Bewertungseinheit vorliege; wegen dieser Taten sei der Angeklagte S. bereits wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verurteilt.

33 Abgesehen davon, dass die Annahme einer Bewertungseinheit betreffend die Entnahmen des Angeklagten S. aus dem Betäubungsmittelversteck so, wie von der Strafkammer vorgenommen, ohnehin rechtlichen Bedenken begegnet (siehe dazu unten, B.II.2.d)), war von den entnommenen Betäubungsmitteln jeweils die Hälfte zum Eigenbedarf bestimmt, so dass insoweit eine Bewertungseinheit des Handeltreibens nicht in Betracht kommt. Mit Blick

auf die Menge des sichergestellten Marihuanas von 132,8 Gramm könnten demnach 66,4 Gramm für den Eigenbedarf bestimmt gewesen sein; bei dem in den übrigen Fällen angenommen Wirkstoffgehalt (12,9 % THC) kann der Senat deshalb nicht ausschließen, dass der Angeklagte S. wegen Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu verurteilen gewesen wäre.

34 c) Auch die Verurteilung des Angeklagten S. im Fall 42 der Urteilsgründe war aufzuheben, weil sich der im Fall 43 genannte Rechtsfehler insoweit fortsetzt. Selbst wenn sich dies hier gegebenenfalls nur auf den Strafausspruch auswirken sollte, hat der Senat die Verurteilung in diesem Fall insgesamt aufgehoben, um dem neuen Tatgericht widerspruchsfreie Feststellungen zu ermöglichen.

35 2. Die Sachrüge der Staatsanwaltschaft greift in mehrfacher Hinsicht auch zu Gunsten der Angeklagten K., S. und B. durch. Im Einzelnen:

36 a) Die Verurteilung des Angeklagten K. in den Fällen fünf bis 41 der Urteilsgründe hält revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand, weil sich die Beweiswürdigung zu diesen Fällen ebenfalls als lückenhaft und widersprüchlich erweist: Der Angeklagte K. hat zu diesen Fällen ebenso geschwiegen wie die Abnehmerin der Betäubungsmittel, die zur Tatzeit minderjährige Zeugin O. Ihre Überzeugung von der Begehung von 37 Fällen des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln durch Verkauf von jeweils zwei Gramm Marihuana hat die Strafkammer aus den Angaben des Zeugen We., des damaligen Freundes der Zeugin O., gewonnen, sie habe im Zeitraum von Juli bis November 2013 alle drei bis vier Tage ein, manchmal auch zwei Gramm Marihuana bei dem Angeklagten K. erworben. Dabei hat das Landgericht außer Acht gelassen, dass der Angeklagte K. sich wäh-

rend dieses fünf Monate dauernden Tatzeitraums bis zum 25. September 2013 zwei Monate in anderer Sache in Strafhaft befand. Angesichts des Umstands, dass die Strafkammer die Glaubhaftigkeit und Glaubwürdigkeit des Zeugen insbesondere mit Blick darauf überprüft hat, dass dieser ein Zeuge "aus der Betäubungsmittelszene" sei, kann der Senat nicht ausschließen, dass sie - wenn ihr diese Unstimmigkeit aufgefallen wäre - sich insgesamt nicht von der Täterschaft des Angeklagten hätte überzeugen können und nicht nur eine geringere Anzahl von Taten angenommen hätte. Zudem lässt sich der Beweiswürdigung auch nicht entnehmen, wie das Landgericht angesichts der wiedergegebenen Zeugenaussage zu der Feststellung gelangt ist, der Angeklagte habe in jedem der genannten Fälle jeweils zwei Gramm an die Zeugin O. verkauft.

37 b) Der Schuldspruch gegen den Angeklagten K. in den Fällen eins bis vier der Urteilsgründe war auch deshalb rechtsfehlerhaft, weil er nicht tateinheitlich zu dem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge jeweils wegen Erwerbs von Betäubungsmitteln und in den Fällen eins und zwei der Urteilsgründe zugleich auch noch wegen Abgabe von Betäubungsmitteln verurteilt worden ist: Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen hatte der Angeklagte K. in allen Fällen von vornherein vor, eine Teilmenge von 50 bis 100 Gramm des erworbenen Marihuanas an seine Lebensgefährtin, die Angeklagte B., unentgeltlich weiterzugeben. Auf diese Teilmenge bezog sich sein Vorsatz zum Handeltreiben nicht; er hatte insoweit auch keine Gewinnerzielungsabsicht. Dementsprechend wäre jedenfalls im Rahmen der Strafzumessung von einer geringeren Handelsmenge auszugehen gewesen, was sich zu Gunsten des Angeklagten hätte auswirken können (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Oktober 2016 - 3 StR 329/16, juris Rn. 9). Insoweit gilt:

38 Ist nur ein Teil der vom Angeklagten erworbenen Betäubungsmittel zum gewinnbringenden Weiterverkauf, ein anderer zum Eigenverbrauch bestimmt, so richtet sich die rechtliche Einordnung nach den jeweiligen Einzelmengen; nicht anders ist vorzugehen, wenn der Täter - wie hier - die Betäubungsmittel nicht persönlich konsumieren, sondern einer ihm nahe stehenden Person unentgeltlich überlassen will. Liegt die Handelsmenge über dem Grenzwert zur nicht geringen Menge und die restliche Eigenverbrauchsmenge darunter - dies gilt hier unter der nach den Feststellungen möglichen Prämisse, dass der Angeklagte K. der Angeklagten B. nur jeweils bis zu 58 Gramm Marihuana überließ, weil andernfalls bei der festgestellten Wirkstoffkonzentration auch die für die Angeklagte B. bestimmte Menge über dem Grenzwert zur nicht geringen Menge gelegen hätte -, so ist in diesen Fällen Tateinheit zwischen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nach § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG mit Erwerb von Betäubungsmitteln nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG gegeben (BGH, Beschluss vom 21. April 2005 - 3 StR 112/05, NStZ 2006, 173, 174). In den Fällen eins und zwei der Urteilsgründe, in denen der Angeklagte K. das zum Zweck der Abgabe erworbene Marihuana nach den bisherigen Feststellungen auch tatsächlich an die Angeklagte B. weitergab, wäre tateinheitlich zu dem Erwerb das Delikt der Abgabe von Betäubungsmitteln hinzugetreten (Weber, BtMG, 4. Aufl., § 29 Rn. 1114).

39 c) Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen hält der Schuldpruch gegen den Angeklagten S. wegen Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in vier Fällen revisionsgerichtlicher Überprüfung nicht stand. Der Generalbundesanwalt hat hierzu in seiner Antragschrift ausgeführt:

"Zwischen dem Verkäufer und dem Erwerber von Betäubungsmitteln besteht grundsätzlich weder Mittäterschaft noch ist Beihilfe gegeben. Beide stehen sich als Geschäftspartner gegenüber und verfolgen gegenteilige Interessen; ihr Zusammenwirken ist allein durch die Art der Deliktsverwirklichung notwendig vorgegeben (BGH NJW 2002, 3486, mwN). So liegt der Fall auch hier. Der Beitrag des Angeklagten S. zu den Rauschgiftgeschäften des Angeklagten K. ging nicht über das zur eigenen Deliktsverwirklichung Notwendige hinaus. Etwas anderes folgt insbesondere nicht aus der Zusage, dem Angeklagten K. 'pro Woche um die 50 g Marihuana aus dessen Bestand' abzunehmen, wodurch dieser eine gewisse Planungssicherheit erlangte."

40 Dem schließt sich der Senat an.

41 d) Darüber hinaus hat das Landgericht zu Unrecht angenommen, der Angeklagte S. habe hinsichtlich des von ihm erworbenen Marihuanas in vier Fällen jeweils mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge Handel getrieben. Die Strafkammer ist zu dieser Annahme gelangt, weil sie in unzulässiger Weise die Gesamtmenge der über den Zeitraum von acht Wochen (pro Woche 25 Gramm) insgesamt zu Verkaufszwecken entnommenen Drogen zusammengerechnet hat. Richtigerweise hätte aber geprüft werden müssen, ob in den Fällen eins bis drei der Urteilsgründe einzelne wöchentliche Entnahmen des Angeklagten S., die jeweils für sich nur eine unter dem Grenzwert zur nicht geringen Menge liegende Betäubungsmittelmenge betrafen, gegebenenfalls mit Blick darauf, dass sie aus einem einheitlichen Verkaufsvorrat stammten, hätten zusammengerechnet werden dürfen (vgl. dazu Weber, BtMG, 4. Aufl., vor §§ 29 ff. Rn. 588 ff. mwN). Sodann hätte nur in den Fällen, in denen die dann zulässigerweise zu addierenden Mengen den Grenzwert überschritten, ein Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge ausgeurteilt werden können.

42 e) Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen war die Verurteilung der Angeklagten B. wegen Beihilfe zu dem Handeltreiben des Angeklagten K. mit Betäubungsmitteln in vier Fällen nicht zu beanstanden. Dies galt entgegen dem Revisionsvorbringen der Staatsanwaltschaft auch im Fall vier der Urteilsgründe. Der Generalbundesanwalt hat hierzu in seiner Antragschrift ausgeführt, die

"Hilfeleistung muss sich auf die Begehung der Haupttat zwar nicht kausal auswirken; erforderlich ist aber, dass sie die Haupttat zu irgendeinem Zeitpunkt zwischen Versuchsbeginn und Beendigung in irgendeiner Weise erleichtert oder fördert (BGH NStZ-RR 2015, 343, 344, mwN). Diese Voraussetzungen sind auch im Fall 4 der Urteilsgründe erfüllt, da die Angeklagte, wie sie dem Angeklagten K. am Vorabend der Beschaffungsfahrt mitteilte, bereits Abnehmer für das Rauschgift gefunden hatte."

43 Dem schließt sich der Senat an.

44 Allerdings konnte die tateinheitliche Verurteilung der Angeklagten B. wegen Abgabe von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in vier Fällen aus mehreren Gründen keinen Bestand haben:

45 aa) Im Fall vier der Urteilsgründe wurde der Angeklagte K. mit den Betäubungsmitteln festgenommen, bevor er der Angeklagten B. etwas davon geben konnte; sie konnte deshalb folgerichtig auch keine Betäubungsmittel abgeben. Im Fall drei der Urteilsgründe erwarb der Angeklagte K. zwar 250 Gramm Marihuana; dass er auch in diesem Fall eine Teilmenge davon an die Angeklagte B. abgab, hat das Landgericht hingegen nicht ausdrücklich festgestellt.

46 bb) Als rechtsfehlerhaft erweist sich weiter die Annahme, die Angeklagte B. hätte beim Eintausch der Drogen jeweils eine nicht geringe Menge abgegeben. Angesichts der Feststellungen, der Angeklagte K. habe ihr aus den von ihm beschafften Betäubungsmitteln jeweils 50 bis 100 Gramm geschenkt, die sie zum Eintausch gegen Kokain habe verwenden können, wäre nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" zu Gunsten der Angeklagten B. davon auszugehen, dass er ihr jeweils nur 50 Gramm überließ. Da eine Zusammenrechnung dieser Mengen hier schon deshalb nicht in Betracht kam, weil die Betäubungsmittel jeweils aus einer anderen Beschaffungsfahrt des Angeklagten K. stammten, lag jeweils nur eine nicht den Grenzwert zur nicht geringen Menge überschreitende Betäubungsmittelmenge vor, die die Angeklagte B. jeweils abgeben konnte. Darüber hinaus hätte sie auch das Delikt des Erwerbs von Betäubungsmitteln verwirklicht; auch die schenkweise Erlangung von Betäubungsmitteln stellt einen rechtsgeschäftlichen Erwerb im Sinne von § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG dar (Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 8. Aufl., § 29 Teil 10 Rn. 7).

47 cc) In den Fällen eins und zwei der Urteilsgründe standen die Taten des Erwerbs bzw. der Abgabe zu der ebenfalls gegebenen Beihilfe zum Handel-treiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nicht in Tateinheit. Zwar stammte das Marihuana aus der jeweils durch den Angeklagten K. beschafften Betäubungsmittelmenge; die Überlassung an die Angeklagte B. - mithin ihr Erwerb - war indes in keiner Weise mit ihren Beihilfehandlungen verknüpft, insbesondere keine Entlohnung dafür. Erst Recht kein Zusammenhang bestand mit der zeitlich späteren Abgabe durch die Angeklagte B. an ihre Betäubungsmittelhändler in den Niederlanden.

48 C. Die Revision des Angeklagten K. hat mit der Verfahrensrüge aus den Gründen der Antragsschrift des Generalbundesanwalts keinen Erfolg; diese ist nicht zulässig erhoben.

49 Auf die Sachrüge führt auch die Revision des Angeklagten zur Aufhebung des Urteils soweit es ihn betrifft, weil sich die Beweiswürdigung der Strafkammer in den Fällen eins bis 41 der Urteilsgründe aus den oben genannten Gründen als rechtsfehlerhaft erweist und die Feststellungen damit insgesamt einer tragfähigen Grundlage entbehren. Im Übrigen beschwerte ihn auch die rechtliche Würdigung der Strafkammer in den Fällen eins bis vier der Urteilsgründe (s. oben, B.II.2.b)).

50 D. Für die neue Verhandlung weist der Senat auf Folgendes hin:

51 I. Nach Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache ist das neue Tatgericht an die Verständigung und die darin genannten Strafrahmen nicht gebunden; die Bindungswirkung des § 257c Abs. 4 Satz 1 StPO gilt nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers (BT-Drucks. 16/11736, S. 13; 16/12310, S. 15) nur für das (Tat-)Gericht, das die Verständigung vereinbart hat (BGH, Urteile vom 28. Februar 2013 - 4 StR 537/12, NStZ-RR 2013, 373; vom 26. Januar 2011 - 2 StR 446/10, JR 2012, 35, 36; LR/Stuckenberg, StPO, 26. Aufl., § 257c Rn. 57; MüKoStPO/Jahn/Kudlich, § 257c Rn. 148; KK-Wenske/Moldenhauer, StPO, 7. Aufl., § 257c Rn. 37; Altvater, StraFo 2014, 221, 222; Schneider, NZWiSt 2015, 1, 2; Schlothauer/Weider, StV 2009, 600, 605; jeweils mwN).

52 II. Nicht abschließend geklärt ist bislang allerdings die Frage, ob in diesen Fällen die im ersten Rechtsgang mit Blick auf die Verständigung abgege-

benen Geständnisse verwertet werden dürfen, etwa durch Vernehmung der Tatrichter, die die Verständigung getroffen hatten.

53 1. In einem Fall, in dem nur der Angeklagte Revision eingelegt hatte, hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass ein Beweisverwertungsverbot gemäß § 257c Abs. 4 Satz 3 StPO nicht anzunehmen sei, weil die Voraussetzungen der Vorschrift nicht vorlägen. Denn bei Einhaltung der auch vom Angeklagten im Rahmen der Verständigung akzeptierten Strafobergrenze werde diese durch das Verschlechterungsverbot des § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO für das weitere Verfahren perpetuiert (BGH, Beschluss vom 24. Februar 2010 - 5 StR 38/10, StV 2010, 470 mit ablehnender Anmerkung Wattenberg, StV 2010, 471, 472 f.; zustimmend hingegen Knauer/Lickleder, NStZ 2012, 366, 377). Ein Verwertungsverbot sehe § 257c Abs. 4 Satz 3 StPO nur in Fällen vor, in denen "die Vertragsgrundlage" entfallen sei, weil sich das Gericht von der Verständigung lösen wolle bzw. wenn diese gescheitert sei, nicht aber schon dann, wenn die Verständigung den Schuldspruch zum Gegenstand gehabt habe und deshalb unzulässig gewesen (vgl. BGH, Beschluss vom 1. März 2011 - 1 StR 52/11, NJW 2011, 1526, 1527) oder wenn die Belehrung nach § 257c Abs. 5 StPO unterblieben sei (BGH, Beschluss vom 19. August 2010 - 3 StR 226/10, StV 2011, 76, 77).

54 2. Für den Fall, dass - wie hier - die Staatsanwaltschaft indes - jedenfalls auch - zu Ungunsten des Angeklagten erfolgreich ein Rechtsmittel eingelegt hat, entspricht es der überwiegenden Auffassung in der obergerichtlichen Rechtsprechung und der Literatur, ein Verwertungsverbot anzunehmen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. Oktober 2010 - III-4 RVs 60/10, StV 2011, 80, 81 mit zustimmender Anmerkung Kuhn, StV 2012, 10; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 7. März 2014 - 3 (6) Ss 642/13, NStZ 2014, 294, 295 mit zustimmender

Anmerkung Moldenhauer, NStZ 2014, 493; MüKoStPO/Jahn/Kudlich, § 257c Rn. 177 f.; Altvater, StraFo 2014, 221, 222; weitergehend - stets ein Verwertungsverbot annehmend - LR/Stuckenberg aaO Rn. 68; SK-StPO/Velten, 5. Aufl., § 257c Rn. 48; KMR/v. Heintschel-Heinegg, 56. EL, § 257c Rn. 53; HK-StPO-Temming, 5. Aufl., § 257c Rn. 37; aA möglicherweise BGH, Urteil vom 28. Februar 2013 - 4 StR 537/12, NStZ-RR 2013, 373, das eine Beschränkung der staatsanwaltschaftlichen Revision auf den Strafausspruch nach vorausgegangener Verständigung und Geständnis des Angeklagten für wirksam gehalten hat; offen gelassen von OLG Nürnberg, Beschluss vom 29. Februar 2012 - 1 St OLGs 292/11, NStZ-RR 2012, 255, 256). Dies soll jedenfalls dann gelten, wenn das neue Tatgericht über die vom ersten Tatgericht zuge sagte Strafrahmenobergrenze hinausgehen wolle (OLG Karlsruhe aaO; Schneider aaO S. 4; Wenske, NStZ 2015, 137, 141 f.; differenzierend El-Ghazi, JR 2012, 406, 413 f.). Auch der Senat neigt der Auffassung zu, dass in diesen Fällen jedenfalls grundsätzlich ein Verwertungsverbot anzunehmen ist.

55 III. Sollte das neue Tatgericht zu gleichartigen Feststellungen gelangen, wird es Folgendes zu beachten haben:

56 1. Lässt sich in den Fällen eins bis vier der Urteilsgründe erneut nicht eindeutig feststellen, wieviel Gramm Marihuana der Angeklagte K. der Angeklagten B. unentgeltlich überließ, wird gegebenenfalls unter Zugrundelegung des Zweifelssatzes zu entscheiden sein, von welcher Handelsmenge und von welcher Abgabemenge jeweils auszugehen ist. Insoweit dürfte maßgeblich sein, dass grundsätzlich die Annahme einer möglichst geringen Handelsmenge für den Angeklagten K. günstig wäre, andererseits aber ab einer 58 Gramm übersteigenden Abgabemenge gegebenenfalls tateinheitlich zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln das Verbrechen der Abgabe von Be-

täubungsmitteln in nicht geringer Menge nach § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG hinzutreten könnte.

57 2. Sollte das neue Tatgericht in den Fällen fünf bis 41 der Urteilsgründe erneut zu einer Verurteilung des Angeklagten K. wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln gelangen, wird es mit Blick auf die Tatfrequenz sowie seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse zu prüfen haben, ob er insoweit nicht gewerbsmäßig handelte und deshalb ein besonders schwerer Fall nach § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG anzunehmen ist.

58 3. Betreffend den Angeklagten S. weist der Senat weiter darauf hin, dass auch in der festen Zusage, eine bestimmte Menge von Betäubungsmitteln zum gewinnbringenden Verkauf abzunehmen, ein vollendetes Handeltreiben liegen kann (BGH, Beschluss vom 25. Juli 2006 - 1 StR 297/06, juris Rn. 3). In den Fällen der Entnahme von jeweils 50 Gramm Marihuana aus dem Betäubungsmittelversteck, wird der neue Tatrichter in den Blick zu nehmen haben,

dass der Angeklagte S. hinsichtlich der zum Eigenkonsum entnommenen Teilmenge tateinheitlich das Delikt des Erwerbs von Betäubungsmitteln verwirklicht haben könnte, und dass er hinsichtlich der zu Verkaufszwecken entnommenen Teilmenge gewerbsmäßig gehandelt haben könnte (§ 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG).

Becker

RiBGH Dr. Schäfer befindet sich
im Urlaub und ist daher gehindert
zu unterschreiben.

Gericke

Becker

Tiemann

Hoch