



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

5 StR 140/21

vom
28. September 2021
in der Strafsache
gegen

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

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 28. September 2021 gemäß § 46, § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Dem Angeklagten wird auf seine Kosten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Begründung der unter Ziffer I. seiner Revisionsbegründung vom 6. April 2021 erhobenen Verfahrensrüge gewährt.
2. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Kiel vom 11. Dezember 2020 in den Fällen B. 8, B. 10 bis 11 und B. 18 bis 22, im Ausspruch über die Gesamtfreiheitsstrafe sowie im Ausspruch über die Einziehung aufgehoben, jedoch bleiben die zugehörigen Feststellungen mit Ausnahme derjenigen zu den vom Angeklagten vereinnahmten Erlösen aus Betäubungsmittelverkäufen aufrechterhalten.

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.

3. Die weitergehende Revision des Angeklagten wird verworfen.

Gründe:

1 Das Landgericht hat den Angeklagten unter Freispruch im Übrigen wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in elf Fällen, Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in sechs Fällen, Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln in sechs Fällen und wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt und die Einziehung des Wertes des Taterlangten in Höhe von 31.133,60 Euro angeordnet. Dagegen wendet sich der Beschwerdeführer mit seiner auf Verfahrensbeanstandungen und die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützten Revision. Das Rechtsmittel hat den aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Erfolg; im Übrigen erweist es sich als unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

I.

2 Dem Angeklagten war auf den Antrag seines Verteidigers S. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Begründung der in dessen Revisionsbegründung vom 6. April 2021 erhobenen Rüge der Verletzung von § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO zu gewähren. In dem fristgerecht per Fax vorab an das Gericht übermittelten Schriftsatz fehlten aufgrund eines technischen Fehlers die Seiten 3 und 12, was der stets zuverlässigen Schreibkraft der Kanzlei nicht aufgefallen war. Jedenfalls der Inhalt der Seite 12 des Schriftsatzes war für den vollständigen Vortrag der Verfahrensrüge – entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts – auch unverzichtbar. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, nach der eine Wiedereinsetzung zur Begründung von unzulässig erhobenen Verfahrensrügen in aller Regel ausscheidet, wenn die Revision anderweitig

bereits form- und fristgerecht begründet worden war (st. Rspr. seit BGH, Beschluss vom 21. Februar 1951 – 1 StR 5/51, BGHSt 1, 44 unter Hinweis auf die entsprechende ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts; vgl. zuletzt etwa BGH, Beschluss vom 4. März 2021 – 4 StR 209/20 Rn. 5 mwN), steht der Wiedereinsetzung nicht entgegen. Denn von den dort aufgestellten Grundsätzen ist die Rechtsprechung etwa in Fällen abgewichen, in denen fristgerecht die Revisionsbegründung vorgelegt worden, aber nicht mit einer Unterschrift des Verteidigers versehen und deshalb nicht formgerecht war (BGH, Beschlüsse vom 24. November 1982 – 3 StR 116/82, BGHSt 31, 161, 162 f.; vom 25. Januar 2002 – 2 StR 511/01, in dem die letzte Seite mit der Unterschrift erst nach 0.00 Uhr per Fax einging; vom 9. Juli 2003 – 2 StR 146/03, NStZ 2003, 615 bei Unterschrift durch einen Sozius des Pflichtverteidigers). Gleiches galt in einem Fall, in dem der eigentliche Revisionsbegründungsschriftsatz infolge eines nicht vom Angeklagten zu vertretenden Versehens in der Verteidigerkanzlei einige Tage verspätet bei Gericht eingegangen war (BGH, Beschluss vom 20. August 1996 – 1 StR 378/96, BGHR StPO § 44 Verfahrensrüge 11). Mit solchen Konstellationen vergleichbar sind Fälle, in denen – wie hier – infolge eines vom Angeklagten nicht verschuldeten technischen Fehlers die Übersendung der Revisionsbegründung nicht (vollständig) gelingt (vgl. BGH, Beschlüsse vom 11. April 2019 – 1 StR 91/18, NStZ 2019, 625; vom 19. Januar 2021 – 5 StR 423/20). Da auch die weiteren Voraussetzungen der Wiedereinsetzung vorliegen, ist diese auf Kosten des Beschwerdeführers zu gewähren.

II.

3 Den Verfahrensbeanstandungen bleibt indes aus den in der Antragschrift des Generalbundesanwalts ausgeführten Gründen der Erfolg versagt. Zu der Rüge der Verletzung von § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO bemerkt der Senat ergänzend:

4 1. Im Ergebnis zu Recht hat der Generalbundesanwalt hervorgehoben, dass es sich bei dem am ersten Prozesstag in Unterbrechung der Hauptverhandlung geführten Gespräch nicht um ein nach § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO mitteilungsbedürftiges Gespräch gehandelt hat. Denn nach dem Inhalt des von dem erstinstanzlichen Verteidiger des Angeklagten in öffentlicher Verhandlung angeregten Gesprächs, wie er sich – von der Verteidigung nicht angezweifelt – aus dem allerdings erst am vorletzten Hauptverhandlungstag vom Vorsitzenden der Strafkammer verlesenen Gesprächsprotokoll ergibt, wurde nicht über die Möglichkeit einer Verständigung im Sinne von § 257c StPO gesprochen (§ 243 Abs. 4 Satz 1 StPO). Es hätte von den Verfahrensbeteiligten auch nicht als ein Gespräch verstanden werden können, das aufgrund des ausdrücklichen oder konkludenten Bemühens um eine Verständigung zur Vorbereitung einer solchen diene (vgl. BGH, Beschluss vom 14. April 2015 – 5 StR 9/15, BGHR StPO § 243 Abs. 4 Mitteilung 4). Vielmehr ergibt das Gesprächsprotokoll, dass es sich lediglich um ein nicht mitteilungsbedürftiges Rechtsgespräch im Sinne von § 257b StPO handelte, weil weder der Verteidiger für den Angeklagten ein bestimmtes Prozessverhalten ankündigte, noch die Strafkammer ihrerseits einen Strafraum zusagte oder auch nur Vorstellungen eines zu erwartenden Strafmaßes in den Raum stellte: Der Verteidiger beschränkte sich darauf, die Vorstrafen- und Haftsituation darzustellen, seine Sicht zur Beweislage und zu dem behaupteten Konsumverhalten des Angeklagten mitzuteilen sowie eine abstrakt gehaltene

Strafvorstellung (bewährungsfähige Strafe) zu äußern, die der Vorsitzende zurückwies. Daneben machte er noch Ausführungen zu einer aus seiner Sicht in Betracht kommenden Zurückstellung der Strafvollstreckung nach § 35 BtMG; hierzu teilte der Vorsitzende mit, dass die für eine Sucht des Angeklagten sprechenden Indizien in den Prozess eingeführt würden. Die Staatsanwaltschaft gab lediglich ihre (abweichende) Beurteilung der Beweislage zur Kenntnis. Danach wurde von keiner Seite eine synallagmatische Verknüpfung zwischen einem Prozessverhalten des Angeklagten und einem in Aussicht genommenen Verfahrensergebnis hergestellt, wie sie verständigungsbezogene Gespräche auszeichnet (BGH aaO mwN). Es liegt auch kein Fall vor, in dem das Tatgericht „die Verfahrensbeteiligten auf dem Weg der weiteren Entscheidungsfindung im Hinblick auf verfahrensbezogene Maßnahmen sowie ihr Prozessverhalten (vgl. § 257c Abs. 2 Satz 1 StPO) ‚mitnehmen‘ wollte“ (vgl. zu einer solchen Konstellation BGH, Urteil vom 23. März 2016 – 2 StR 121/15, BGHR StPO § 243 Abs. 4 Hinweis 6), denn es ging – wie dargelegt – gerade nicht darum, mit den Verfahrensbeteiligten über ihr Prozessverhalten zu sprechen.

- 5 Dieser Beurteilung steht nicht entgegen, dass der Instanzverteidiger angeregt hatte, in ein „Verständigungsgespräch“ einzutreten, der Vorsitzende, nachdem er zunächst erklärt hatte, es seien „keine Verständigungsgespräche“ geführt worden, gleichwohl anordnete, das „Protokoll des Verständigungsgesprächs“ zu verlesen, und dieses Protokoll die Überschrift „Verständigungsgespräch“ trägt. Entgegen der in der Gegenerklärung der Verteidigung vertretenen Auffassung kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Vorsitzende durch die Verlesung des Protokolls seine vorangegangene Mitteilung, es hätten „keine Verständigungsgespräche“ stattgefunden, korrigieren wollte, denn unmittelbar danach wiederholte er diese Erklärung. Daraus wird deutlich, dass er weiterhin

– und, wie dargelegt, im Ergebnis rechtlich zutreffend – die Auffassung vertrat, es habe sich nicht um ein verständigungsbezogenes Gespräch gehandelt, wenn auch das Protokoll darüber missverständlich als „Verständigungsgespräch“ überschrieben worden war.

6 2. In diesem Zusammenhang ist allerdings noch in den Blick zu nehmen, dass durch die Unterbrechung der Sitzung am ersten Hauptverhandlungstag, nachdem der Verteidiger angeregt hatte, „in ein Verständigungsgespräch einzutreten“, der – unzutreffende – Eindruck entstanden sein kann, es sei tatsächlich doch ein Verständigungsgespräch geführt worden. Nachdem indes die Anregung dazu in öffentlicher Hauptverhandlung erging und – wenn auch spät – in der Hauptverhandlung durch die Verlesung des Protokolls über den Inhalt des Gesprächs informiert wurde, war dem Transparenzgebot im Hinblick auf die Belange der Öffentlichkeit (vgl. BVerfG, Beschluss vom 15. Januar 2015 – 2 BvR 878/14, NStZ 2015, 170, 171) noch hinreichend Genüge getan.

7 3. Die Mitteilung des Gesprächs wies – unbeschadet dessen, dass es für sich genommen nicht nach § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO mitteilungspflichtig war – entgegen der nicht näher ausgeführten Auffassung des Beschwerdeführers auch keine inhaltlichen Defizite auf; allenfalls fehlte in dem Gesprächsprotokoll die Mitteilung, von wem die Initiative zum Führen des Gesprächs ausgegangen war. Nachdem dieses aber in öffentlicher Hauptverhandlung von der Verteidigung angeregt worden war, bestand insoweit kein Informationsdefizit.

8 4. Schließlich ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass der Angeklagte seine Einlassung am dritten Hauptverhandlungstag in der irrtümlichen Annahme abgegeben hätte, es sei bereits am ersten Hauptverhandlungstag zu einer Verständigung gekommen, oder dass er durch die zunächst unterbliebene Information über das Rechtsgespräch anderweitig in seinem Prozessverhalten

beeinflusst war. Da das Gespräch zudem ersichtlich nicht auf die Herbeiführung einer gesetzwidrigen Absprache gerichtet war (vgl. dazu BVerfG aaO, S. 172), kann der Senat nach alledem auch ausschließen, dass das Urteil auf etwaigen Rechtsfehlern im Zusammenhang mit der späten Verlesung des Gesprächsprotokolls beruhen würde.

III.

9 Auf die Sachrüge unterliegt das Urteil wie aus der Entscheidungsformel ersichtlich der Aufhebung.

10 1. Der Schuldspruch in den Fällen B. 8, B. 10 bis 11 und B. 18 bis 22 der Urteilsgründe hält revisionsgerichtlicher Überprüfung nicht stand, weil sich in diesen Fällen die konkurrenzrechtliche Beurteilung des Landgerichts nicht als rechtsfehlerfrei erweist.

11 Die Strafkammer hat zu den Konkurrenzen in der rechtlichen Würdigung lediglich mit einem Satz ausgeführt, alle Taten stünden zueinander im Verhältnis der Tatmehrheit. Dabei hat sie indes sich aufdrängende Gesichtspunkte, die zur Annahme einer Bewertungseinheit und damit zur Tateinheit nach § 52 Abs. 1 StGB führen können, nicht erörtert. So bleibt unklar, ob die 400 Gramm Marihuana, die der Angeklagte im Fall B. 8 am 19. November 2019 zum Verkauf vorrätig hielt, nicht Bestandteil der am 18. November 2019 erworbenen Betäubungsmittelmenge von einem Kilogramm (Fall B. 7) waren. Gleiches gilt für die am 26. und 27. November 2019 zum Verkauf angebotenen jeweils 100 Gramm Marihuana (Fälle B. 10 und B. 11), zu denen nicht erklärt wird, warum sie nicht Bestandteil der am 22. November 2019 erworbenen Betäubungsmittelmenge von einem Kilogramm (Fall B. 9) sein sollten. In den Fällen B. 18 und B. 19 hielt der Angeklagte am 21. und 23. Dezember 2019 Marihuanamengen von 100 und

150 Gramm zum Verkauf vorrätig. Nach den in den vorigen Fällen festgestellten Ankaufsmengen hätte auch hier die Prüfung und Erörterung nahegelegen, ob die Betäubungsmittel nicht aus einem einheitlichen Ankaufsgeschäft stammten. Gleiches gilt für die am 28. Dezember 2019 (Fall B. 20), 3. Januar 2020 (Fall B. 21) und 5. Januar 2020 (Fall B. 22) zum Verkauf vorrätig gehaltenen Betäubungsmittel.

12 Da die genannten Fälle schon aufgrund der Erörterungsmängel im Rahmen der konkurrenzrechtlichen Prüfung der Aufhebung unterliegen, kommt es nicht mehr darauf an, dass der Schuldspruch im Fall B. 8 der Urteilsgründe, soweit der Angeklagte tateinheitlich zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge wegen Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verurteilt worden war, auch deshalb keinen Bestand haben kann, weil die zum Eigenkonsum besessene Menge von 40 Gramm Marihuana nach der von der Strafkammer vorgenommenen Schätzung lediglich sechs Gramm Tetrahydrocannabinol (THC) beinhalten und deshalb insoweit der Grenzwert zur nicht geringen Menge (7,5 g THC) nicht überschritten war.

13 Die Feststellungen in den der Aufhebung unterliegenden Fällen zum Vorrätighalten der Betäubungsmittel zum gewinnbringenden Weiterverkauf werden von dem Rechtsfehler nicht betroffen und können deshalb bestehen bleiben. Neue Feststellungen insbesondere zur Herkunft der Betäubungsmittel, die den bisherigen nicht widersprechen, sind möglich.

14 2. Die Aufhebung der in den genannten Fällen verhängten Einzelstrafen bedingt auch die Aufhebung des Gesamtstrafenausspruchs. Die Feststellungen dazu sind auch insoweit nicht von dem Rechtsfehler betroffen.

- 15 3. Aufgrund der möglicherweise rechtsfehlerhaften konkurrenzrechtlichen Beurteilung kann auch die Einziehungsentscheidung keinen Bestand haben, weil bei Annahme von Bewertungseinheiten mit vorangegangenen, ebenfalls ausgeteilten Ankaufsgeschäften jedenfalls in den Fällen B. 8, B. 10 und B. 11 der Einziehung der anhand von Schätzungen errechneten Verkaufserlöse der Boden entzogen wäre. Der Senat hat die Einziehungsentscheidung insgesamt aufgehoben, um der neu zur Entscheidung berufenen Strafkammer zu ermöglichen, eine in sich schlüssige und widerspruchsfreie Einziehungsentscheidung treffen zu können, zumal die bisherigen Feststellungen auch Ausführungen dazu vermissen lassen, ob der Angeklagte, der die Betäubungsmittel zum Teil über von ihm eingesetzte Läufer vertreiben ließ, tatsächlich Verfügungsmacht über sämtliche Erlöse aus den Verkäufen in voller Höhe erhielt. Darauf kommt es indes nach § 73 Abs. 1 StGB, der allein auf eine tatsächliche Betrachtung abstellt, entscheidend an.
- 16 4. Weitere durchgreifende sachlich-rechtliche Mängel weist das Urteil nicht auf. Zwar ist es, wie die Verteidigung im Ausgangspunkt zu Recht rügt, unter dem Gesichtspunkt der Lückenhaftigkeit der Beweiswürdigung nicht unbedenklich, dass das Urteil in den Fällen, in denen sich der Angeklagte nicht geständig eingelassen hat, seine Einlassung nicht wiedergibt; aus dem Schweigen der Urteilsgründe kann auch nicht ohne Weiteres der Schluss gezogen werden, er habe insoweit keine Angaben zur Sache gemacht (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Dezember 2019 – 5 StR 444/19, NStZ 2020, 625).

17 Auf einem etwaigen Rechtsfehler würde das Urteil indes nicht beruhen, weil sich der im Übrigen sorgfältigen Beweiswürdigung der Strafkammer, die auf ergiebige Beweismittel in Gestalt von Gesprächs- und Chatprotokollen aus der Telekommunikationsüberwachung zurückgreifen konnte, eine für seine Überführung ausreichende Begründung ergibt.

Cirener

Gericke

Mosbacher

Ri'inBGH Resch
kann wegen Urlaubs
nicht unterschreiben.
Cirener

von Häfen

Vorinstanz:

Landgericht Kiel, 11.12.2020 - 5 KLS 593 Js 60461/19