



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

5 StR 454/17

vom  
30. November 2017  
in der Strafsache  
gegen

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

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 30. November 2017 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Lübeck vom 28. Juni 2017 mit den zugehörigen Feststellungen im Einzelstrafausspruch im Fall II.2 und im Ausspruch über die Gesamtstrafe aufgehoben.
2. 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 wird als unbegründet verworfen.

Gründe:

1. Das Landgericht hat den Angeklagten wegen bandenmäßigen Handel-treibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen und Bei-hilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt. Die Revision des Angeklagten hat im Umfang der Beschlussformel Erfolg.
2. 1. Nach den Feststellungen gehörte der Angeklagte einer von seinem Bruder geführten Bande an, die in Lübeck mit Kokain handelte. Der Bruder be-stellte das Kokain bei Lieferanten und verkaufte selbst Teile des Rauschgifts

unmittelbar an Abnehmer größerer Mengen. Den Rest des Rauschgiftes portionierte er für den Straßenverkauf. Der Angeklagte nahm telefonisch Kaufaufträge entgegen und bestellte die Kunden zu einem Treffpunkt mit einem Läufer. Anschließend informierte er den Läufer entsprechend und schickte ihn mit dem bestellten Kokain, das der jeweilige Läufer aus einer Bunkerwohnung holte, zu dem Treffpunkt mit dem Kunden, wo das Geschäft abgewickelt wurde. In die Bande eingebunden waren auch zwei Neffen des Angeklagten, die die Aufgabe hatten, dass portionierte Kokain in eine Bunkerwohnung zu bringen, das von den Läufern eingenommene Geld abzuholen und an den Bruder des Angeklagten zu überbringen. Im Rahmen dieser Bandenstruktur und nach diesem Muster wirkte der Angeklagte in den Fällen II.1 und 2 am Vertrieb von Kokain mit, wobei sich Tat 2 auf eine Menge von 600 g Kokain mit einem Wirkstoffgehalt von 74 % bezog. Im Anschluss an die Lieferung von knapp 1 kg Kokain im Fall 4 erfolgten der polizeiliche Zugriff und die Sicherstellung des Rauschgiftes.

3                    2. Die Revision rügt zu Recht eine Verletzung des § 252 StPO.

4                    a) Das Landgericht hat mit der Verwertung der Einlassungen des Bruders und der beiden Neffen des Angeklagten in dem gegen sie geführten Strafverfahren durch Vernehmung der in diesem Verfahren tätigen Berichterstatterin gegen § 252 StPO verstoßen. Denn die Zeugen haben in der gegen den Angeklagten geführten Hauptverhandlung von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht (§ 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO) Gebrauch gemacht. § 252 StPO verbietet über seinen Wortlaut hinaus auch die Vernehmung von Personen, die bei Vernehmung des Zeugnisverweigerungsberechtigten zugegen waren (vgl. BGH, Urteile vom 15. Januar 1952 – 1 StR 341/51, BGHSt 2, 99, 104 f.; und vom 29. Juni 1983 – 2 StR 150/83, BGHSt 32, 25, 29). Da die Zeugen zum Zeitpunkt ihrer Einlassungen angeklagt waren, durften ihre Aussagen in die Hauptverhandlung nicht

eingeführt werden (BGH, Beschluss vom 22. Oktober 2002 – 1 StR 308/02, NStZ 2003, 217).

5           b) Der Senat kann jedoch hinsichtlich der Taten II.1, 3 und 4 ausschließen, dass das Urteil auf dem Verfahrensfehler beruht.

6           aa) Die beiden Neffen des Angeklagten hatten in dem gegen sie geführten Verfahren nur ihren eigenen Tatbeitrag geschildert. Der Bruder des Angeklagten hat hinsichtlich der Taten 3 und 4 nur Umstände bekundet, die der Angeklagte ohnehin eingeräumt hat (UA S. 11). Aus der Einlassung des Angeklagten selbst und den Aussagen der ermittelnden Polizeibeamten ergibt sich die Rolle, die der Angeklagte innerhalb der Bandenstruktur spielte. In ihrer Überzeugung von der Rolle des Angeklagten sah sich die Strafkammer durch die – unzulässigerweise verwerteten – Angaben seines Bruders in der Hauptverhandlung des gegen ihn gerichteten Verfahrens lediglich „bestätigt“.

7           bb) Soweit die Strafkammer Feststellungen zu den Mengen des im Rahmen der Bandenstruktur gehandelten Kokains getroffen hat und dabei ebenfalls Angaben des Bruders des Angeklagten in dem gegen ihn gerichteten Strafverfahren verwertet hat, gilt Folgendes:

8           Hinsichtlich der im Fall 1 gehandelten Menge stützt sich das Landgericht auf eine belastbare Schätzung aufgrund der Anzahl der am 11./12. März 2016 vom Angeklagten geführten Telefonate mit Kunden, in denen diese jeweils eine oder zwei Portionen Kokain zu 0,3 g bestellten. Die Anzahl dieser Telefonate ist aufgrund der Bekundungen des als Zeugen vernommenen ermittelnden Zollbeamten festgestellt worden. Im Fall 4 ist die gelieferte Menge sichergestellt worden. Dass sie teilweise für den Straßenverkauf bestimmt war, entnimmt die

Strafkammer daraus, dass der Bruder des Angeklagten unmittelbar nach der Lieferung das Haus verließ, um Plastiktüten für die Portionierung der gelieferten Menge zu kaufen. Im Übrigen konnte sich die Strafkammer insoweit auf die Angaben des nicht zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen A. stützen, dessen Einlassung in dem gegen ihn gerichteten Strafverfahren die Strafkammer durch Vernehmung der Berichterstatterin in zulässiger Weise eingeführt hat. Dieser hatte seinen eigenen Tatbeitrag im Fall 4 den Feststellungen entsprechend eingeräumt.

9           c) Hinsichtlich des Falles II.2 der Urteilsgründe kann der Senat demgegenüber ein Beruhen der hierfür ausgeurteilten Einsatzstrafe und damit auch der Gesamtstrafe auf dem Verfahrensfehler nicht ausschließen. Auf der Grundlage der beweiswürdigend belegten Annahme der Strafkammer, dass die Bande um den Angeklagten und seinen Bruder im gesamten Tatzeitraum pro Tag wenigstens 40 Portionen zu 0,3 g Kokain verkaufte, ergibt sich nicht die im Fall 2 für den Tatzeitraum vom 8. April bis zum 10. Mai 2016 festgestellte Handelsmenge von 600 g. Diese Feststellung kann nur auf den unzulässigerweise verwerteten Angaben des Bruders des Angeklagten in dem gegen ihn geführten Strafverfahren beruhen.

10           3. Soweit die Revision die Nichtanwendung des § 46b StGB rügt, weist der Senat ergänzend zur Stellungnahme des Generalbundesanwalts darauf hin, dass die Erklärung des Angeklagten, mit der er seine Tatbeiträge sowie die festgestellten Tatbeiträge seines Bruders, seiner Neffen und des Zeugen A. eingeräumt hat, zwei Tage nach deren Einlassungen in der Hauptverhandlung des gegen sie geführten Verfahrens abgegeben wurde und dort lediglich

zu den Verfahrensakten genommen, also nicht als Beweismittel verwertet wurde. Über diese Umstände durfte die Berichterstatteerin des gegen die Zeugen geführten Strafverfahrens vernommen werden.

Schneider

Dölp

König

Berger

Mosbacher