



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

5 StR 199/21

vom
18. August 2021
in der Strafsache
gegen

1.

2.

wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln u.a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und der Beschwerdeführer am 18. August 2021 gemäß § 349 Abs. 2 und 4, § 357 sowie entsprechend § 354 Abs. 1 StPO beschlossen:

1. Auf die Revisionen der Angeklagten R. und A. wird das Urteil des Landgerichts Bremen vom 18. Dezember 2020 – auch soweit es den Mitangeklagten J. betrifft – im Einziehungsausspruch dahin abgeändert, dass die Einziehung des Wertes von Taterträgen lediglich in folgender Höhe angeordnet wird und im Übrigen entfällt:
 - a) gegenüber den Angeklagten R. und A. gesamtschuldnerisch in Höhe von 80 Euro,
 - b) gegenüber dem Angeklagten R. in Höhe weiterer 300 Euro,
 - c) gegenüber dem Angeklagten J. in Höhe von 70 Euro.
2. Die weitergehende Revision des Angeklagten A. wird verworfen. Er hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.
3. Auf die Revision des Angeklagten R. wird das vorgenannte Urteil, soweit es ihn betrifft, im Ausspruch über die für Fall II.2.b) verhängte Einzelstrafe und die Gesamtstrafe aufgehoben. Seine weitergehende Revision wird verworfen. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten dieses Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

1 Das Landgericht hat die Angeklagten wie folgt verurteilt: den Angeklagten R. wegen dreier Fälle des bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln und wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit tätlichem Angriff auf Vollstreckungsbeamte und mit Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten, den Angeklagten A. wegen dreier Fälle des bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln und wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und elf Monaten. Zudem hat es, auch soweit es den nichtrevidierenden Mitangeklagten J. betrifft, hinsichtlich folgender Beträge die Einziehung des Wertes des Erlangten angeordnet: gegen A. und J. als Gesamtschuldner 10.800 Euro, gegen A. und R. weitere 10.800 Euro als Gesamtschuldner, gegen A. weitere 8.100 Euro. Die jeweils mit Sach- und Verfahrensrügen geführten Revisionen der Angeklagten erzielen den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg und sind im Übrigen unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO). Der Erörterung bedarf nur das Folgende:

2 1. Die Rüge des Angeklagten A., das Landgericht habe seine Mitteilungspflicht aus § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO verletzt, bleibt ohne Erfolg.

3 a) Folgendes Verfahrensgeschehen liegt zugrunde:

4 Vor Beginn der Hauptverhandlung kam es zu keinen Gesprächen zwischen den Verfahrensbeteiligten, deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung war. Der Vorsitzende der Strafkammer hatte wenige Tage vor dem ersten Hauptverhandlungstag auf Bitte der Verteidigung des Angeklagten J.

schriftlich mitgeteilt, die Kammer werde einen Verständigungsvorschlag erarbeiten, sobald sich alle Verfahrensbeteiligten dazu geäußert hätten, ob überhaupt grundsätzliches Interesse an solchen Gesprächen bestehe; dies solle nach Beginn der Hauptverhandlung geklärt werden. Am dritten Hauptverhandlungstag (4. Mai 2020) unterbrach der Vorsitzende die Hauptverhandlung, die Kammer führte anschließend ein Rechtsgespräch mit den Verteidigern und dem Vertreter der Staatsanwaltschaft, was im Protokoll wie folgt notiert wurde: „Sodann sollen zwischen den Mitgliedern der Kammer, den Verteidigern und dem Vertreter der Staatsanwaltschaft Gespräche im Hinblick auf eine Verständigung nach § 257c StPO geführt werden.“

- 5 In diesem Gespräch wurde zwischen den Beteiligten erörtert, ob von minder schweren Fällen des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge bzw. des Bandenhandels mit Betäubungsmitteln auszugehen sei und ob deren Bejahung Gegenstand einer Verständigung sein könne. Während der Kammervorsitzende die Bejahung beider Fragen für vertretbar hielt, äußerte der Vertreter der Staatsanwaltschaft grundlegende Bedenken und lehnte deshalb die Möglichkeit einer Verständigung ab. Am nächsten Hauptverhandlungstag (15. Mai 2020) teilte der Vorsitzende mit, dass das Gespräch vom vorherigen Verhandlungstag ohne Ergebnis geblieben sei. Im Protokoll heißt es dazu: „Die Kammer gab bekannt, dass am 04.05.2020 ein Gespräch zwischen den Mitgliedern der Kammer, den Verteidigern und dem Vertreter der Staatsanwaltschaft gem. § 257c StPO geführt worden ist, eine Verständigung derzeit jedoch nicht zustande kommt.“ Anschließend gaben die übrigen Verfahrensbeteiligten Erklärungen zur Sach- und Rechtslage ab. Der Angeklagte A. wurde von seinem Verteidiger in allgemeiner Form über das Gesprächsergebnis informiert. Nach einer späteren dienstlichen Erklärung hat der Vorsitzende in der Hauptverhandlung vom 15. Mai 2020 erklärt, dass die Kammer die Annahme eines minder

schweren Falles des § 30a Abs. 1 BtMG bzw. § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG, insbesondere auch für den Angeklagten A. , weiterhin durchaus für möglich halte, dass jedoch eine Verständigung nach § 257c StPO an rechtlichen Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit einer Verständigung über die Annahme eines minder schweren Falles scheitere.

6 Auf die anschließende schriftsätzlich geäußerte Bitte des Verteidigers des Angeklagten J. , die Strafkammer möge nach Beratung einen schriftlichen Verständigungsvorschlag unterbreiten, schrieb der Vorsitzende zurück, dies sei nicht möglich, weil die Staatsanwaltschaft ernst zu nehmende rechtliche Bedenken gegen eine Verständigung geäußert habe, die einen minder schweren Fall beinhalte. Der Schriftwechsel wurde den anderen Verteidigern zeitnah bekannt gegeben. Am 24. Hauptverhandlungstag gab der Angeklagte A. über seinen Verteidiger eine teilgeständige Erklärung zu den in seiner Wohnung gefundenen erheblichen Betäubungsmittelmengen ab. Weitere Erörterungen zur Frage einer Verständigung fanden nicht statt. Der Angeklagte A. rügt als Verstoß gegen § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO, dass die Mitteilung über das außerhalb der Hauptverhandlung am 4. Mai 2020 geführte Gespräch defizitär sei.

7 b) Einen Rechtsfehler deckt die Revision mit diesem Vortrag nicht auf.

8 aa) Nach § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO teilt der Vorsitzende zu Beginn der Hauptverhandlung mit, ob Erörterungen nach den §§ 202a, 212 StPO stattgefunden haben, wenn deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung (§ 257c StPO) gewesen ist, und wenn ja, deren wesentlichen Inhalt. Diese Pflicht gilt nach § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO auch im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung, soweit sich Änderungen gegenüber der Mitteilung zu Beginn der Hauptverhandlung ergeben haben.

9 Die Mitteilungspflicht greift ein, sobald bei im Vorfeld oder neben der Hauptverhandlung geführten Gesprächen ausdrücklich oder konkludent die Möglichkeit und die Umstände einer Verständigung im Raum stehen. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn Fragen des prozessualen Verhaltens in Konnex zum Verfahrensergebnis gebracht werden und damit die Frage nach oder die Äußerung zu einer Straferwartung nahelegt (BVerfG, Urteil vom 19. März 2013 – 2 BvR 2628/10 u.a., BVerfGE 133, 168 Rn. 85; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 4. Februar 2020 – 2 BvR 900/19, NJW 2020, 2461). Selbst wenn Gesprächsteilnehmer verständigungsbezogene Themen aufgreifen, müssen ihre Erörterungen nicht zwingend Mitteilungspflichten auslösen, denn es ist auch in solchen Fällen vorstellbar, dass die Unterredungen lediglich als mitteilungsirrelevante Rechtsgespräche über den Verfahrensstand nach § 212 StPO einzustufen sind (KK-StPO/Schneider, 8. Aufl., § 243 Rn. 38). So verhält es sich hier.

10 Zwar war das in Unterbrechung der Hauptverhandlung am 4. Mai 2020 geführte Gespräch als ein solches „nach § 257c StPO“ angekündigt. Inhaltlich ging es aber – auch nach dem Vortrag der Revision – darin nicht darum, eine Frage des prozessualen Verhaltens in Konnex zum Verfahrensergebnis zu bringen. Zunächst sollte vielmehr als Vorfrage möglicher Verständigungsgespräche die Frage geklärt werden, ob überhaupt die Möglichkeit einer Verständigung bei Annahme eines minder schweren Falls besteht, ohne dass ein Prozessverhalten des Angeklagten in Rede stand. Hierzu bestand auch Anlass, denn diese Rechtsfrage stellt sich in der Praxis in zahlreichen Fällen, in denen die Annahme eines minder schweren Falls (insbesondere bei Verbrechen, etwa nach §§ 29a ff. BtMG) nahelegt, der Angeklagte für diesen Fall den Schutz des § 257c Abs. 4 StPO erstrebt und deshalb an einer formgerechten Verständigung unter Einbeziehung eines minder schweren Falls ein ganz erhebliches Interesse hat

(vgl. zur praktischen Relevanz der Rechtsfrage Schmitt, FS Tolksdorf, 2014, 399, 403 f.; LR-StPO/Stuckenberg, 27. Aufl., § 257c Rn. 33).

11 Das Bundesverfassungsgericht hat aus § 257c Abs. 2 Satz 1 StPO unter Berücksichtigung der Systematik und von Sinn und Zweck des gesetzlichen Regelungskonzepts gefolgert, dass eine Strafrahmenschiebung nicht Gegenstand einer Verständigung sein darf, und zwar auch dann nicht, wenn sie sich auf Sonderstrafrahmen für besonders schwere oder minder schwere Fälle im Vergleich zum Regelstrafrahmen beziehe. Dies hat es damit begründet, dass die Regelungstechnik der besonders schweren und minder schweren Fälle eine spezifische Nähe zu Qualifikations- und Privilegierungstatbeständen aufweise und die Sonderstrafrahmen Ausdruck des Unwert- und Schuldgehalts seien, den der Gesetzgeber einem unter Strafe gestellten Verhalten beigemessen habe. Mit der Normierung von Sonderstrafrahmen bringe der Gesetzgeber – nicht anders als bei Qualifikationen und Privilegierungen – zum Ausdruck, innerhalb eines Deliktstypus eine Differenzierung schon auf der Ebene der Strafrahmenswahl für geboten zu erachten. Bei umfassender Würdigung des dem Verständigungsgesetz zugrundeliegenden Regelungskonzepts könne deshalb nicht davon ausgegangen werden, der Gesetzgeber habe diese Bewertung für den Fall einer Verständigung aufgeben und den Begriff der „Rechtsfolge“ in § 257c Abs. 2 Satz 1 StPO auch auf Strafrahmenschiebungen ausdehnen wollen (BVerfG, Urteil vom 19. März 2013 – 2 BvR 2628/10 u.a., BVerfGE 133, 168 Rn. 74; vgl. auch aaO Rn. 109 und Rn. 130).

12 Der Bundesgerichtshof hat in Anwendung dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben die Annahme eines minder schweren Falls im Rahmen einer Verständigung nach § 257c StPO jedenfalls dann als unbedenklich angesehen, wenn die

Zubilligung des Sonderstrafrahmens in nach herkömmlichen Strafzumessungsregeln nicht zu beanstandender Weise an den aus dem Geständnis abzuleitenden bestimmenden Strafzumessungsgrund anknüpft und es zu keiner Drucksituation für den Angeklagten kommt (vgl. BGH, Beschluss vom 25. April 2013 – 5 StR 139/13, NStZ 2013, 540; zustimmend H. Schneider, NStZ 2014, 192, 195). Weitergehend hat er zudem erwogen, ob ein unbenannter minder schwerer Fall generell zulässiger Gegenstand einer Verständigung sein könne, weil sich die vom Bundesverfassungsgericht dagegen angebrachten Argumente auf Regelbeispiele benannter besonders schwerer Fälle bezögen (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Januar 2017 – 3 StR 216/16, NStZ 2017, 363 m. Anm. Bittmann).

13 In der Literatur wird diese Frage kontrovers diskutiert (vgl. KK-StPO/Moldenhauer/Wenske, 8. Aufl., § 257c Rn. 18 ff.; LR-StPO/Stuckenberg, 27. Aufl., § 257c Rn. 33, jeweils mwN). Teilweise wird angenommen, eine Verständigung dürfe nicht auf die Vereinbarung eines minder schweren Falls gerichtet sein, weil die Strafraumenverschiebung eine nahe Verwandtschaft mit dem Schuldspruch aufweise (Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl., § 257c Rn. 10). Teilweise wird vertreten, auch im Falle einer Verständigung sei eine Strafraumenverschiebung nicht generell verboten, sofern diese nicht „zum Gegenstand“ einer Verständigung gemacht werde; liege nahe, dass eine Strafraumenverschiebung auch aus anderen Gründen in Betracht komme, sei eine Verständigung unter Einschluss der Annahme eines minder schweren Falls möglich, wobei sich die Klarstellung empfehle, dass nicht erst die Verständigung zur Annahme des Sonderstrafrahmens geführt habe (Mosbacher, NZWiSt 2013, 201, 203; ähnlich Kudlich, NStZ 2013, 379, 380 f.; vgl. auch HK-StPO/Temming, 6. Aufl., § 257c Rn. 26; SSW-StPO/Ignor, 4. Aufl., § 257c Rn. 59). Nach anderer Ansicht soll die diesbezügliche Auffassung des Bundesverfassungsgerichts inhaltlich defizitär, im geltenden Recht ohne Rückhalt und

für den Rechtsanwender auch nicht verbindlich sein; sie könne nicht dahin verstanden werden, dass eine Verständigung nicht die Annahme eines minder schweren Falls beinhalten dürfe (vgl. MüKo-StPO/Jahn/Kudlich, § 257c Rn. 117; ähnlich Spaniol, StraFo 2014, 366, 369; vgl. auch Schuster, StV 2014, 109, 112 ff.; Salditt FS Tolksdorf, 2014, S. 377, 382).

14 Vor dem Hintergrund dieser überaus kontrovers diskutierten Rechtsfrage hat die Strafkammer – was sinnvoll erscheint – in einem ersten Schritt mit den Verfahrensbeteiligten erörtert, ob sich der Fall überhaupt für eine Verständigung eignet. Dies hat die Staatsanwaltschaft verneint und deshalb erklärt, sie könne einer Verständigung unter Annahme eines minder schweren Falls prinzipiell nicht zustimmen. Eine solche abstrakte Erörterung der Vorfrage, ob aus Rechtsgründen überhaupt eine Verständigung in einer bestimmten Konstellation möglich ist, stellt noch keine konkrete verständigungsbezogene und deshalb mitteilungs- pflichtige Erörterung im Sinne von § 243 Abs. 4 StPO dar, sondern eine bloße Erörterung der Rechtslage (vgl. KK-StPO/Schneider, 8. Aufl., § 243 Rn. 38 mwN).

15 2. Die Einziehungsentscheidung bedarf – auch soweit dies den nichtrevi- dierenden Mitangeklagten J. betrifft – der Korrektur. Bei der Bemessung der Einziehungsbeträge hat das Landgericht nicht nur die von den drei Angeklagten tatsächlich durch oder für die verfahrensgegenständlichen Taten erlangten Geld- beträge berücksichtigt, sondern auch solche, die auf einer Vielzahl weiterer im Rahmen einer Bandenabrede begangenen Taten beruhen.

16 a) Nach den Urteilsfeststellungen verkaufte der Angeklagte R. an mindestens 72 Tagen im Zeitraum vom 22. Dezember 2018 bis 20. Mai 2019 aus einer Wohnung heraus Cannabisprodukte im Wert von mindestens 150 Euro pro Tag, der Mitangeklagte J. erlangte im gleichen Zeitraum an ebenso vielen Tagen ebenfalls jeweils 150 Euro aus dem Verkauf von Drogen mit einem

„Lieferfahrzeug“. Beide gaben die aus dem Betäubungsmittelverkauf erzielten Erlöse an den Angeklagten A. , den Bandenchef, weiter und erhielten von ihm für ihre Tätigkeit pro Tag 100 Euro (R.) bzw. 70 Euro (J.). Darüber hinaus erhielt der Angeklagte A. aus weiteren Verkäufen eines seiner „Lieferfahrer“ im genannten Zeitraum weitere 8.100 Euro. Verfahrensgegenständlich sind dagegen lediglich drei Verkäufe geringer Mengen Cannabiskrauts durch den Angeklagten R. am 20. Dezember 2018 (2,7 g), am 2. Januar 2019 (3,6 g) und am 13. Februar 2019 (1,8 g), an denen der Angeklagte A. als Mittäter beteiligt war, und eine „Lieferfahrt“ des Angeklagten J. , bei der kein konkreter Verkauf festgestellt werden konnte. Zudem wurden bei allen drei Angeklagten bei verschiedenen Gelegenheiten zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmte Betäubungsmittelmengen gefunden.

17 b) Die vom Landgericht getroffene Einziehungsentscheidung erweist sich überwiegend als rechtsfehlerhaft.

18 Das Landgericht hat dabei nicht den Vorrang des § 73 StGB vor der erweiterten Einziehung nach § 73a StGB beachtet. Stammen die Erlöse aus konkret feststellbaren Erwerbstaten, scheidet eine erweiterte Einziehung von Taterträgen (§ 73a Abs. 1 StGB) beziehungsweise des Wertes von Taterträgen (§ 73c StGB) aus. Denn § 73a StGB ist subsidiär gegenüber § 73 StGB. Sofern – wie hier – eine konkrete Straftat als Herkunftstat eines Einziehungsgegenstandes festgestellt werden kann, kommt nur eine Einziehung nach § 73 Abs. 1, § 73c StGB in Betracht, die gegebenenfalls im Rahmen eines gesonderten Strafverfahrens wegen der Herkunftstat anzuordnen ist (st. Rspr., vgl. nur BGH, Beschluss vom 30. Juni 2021 – 3 StR 153/21 mwN), sofern nicht die Voraussetzungen von § 76a Abs. 1 und 3 StGB vorliegen und die Staatsanwaltschaft die gesonderte

Einziehung ausdrücklich beantragt hat (vgl. § 435 Abs. 1 Satz 1 StPO, hierzu auch BGH, Beschluss vom 6. Januar 2021 – 5 StR 454/20 mwN).

19 Der Einziehung des Wertes von Taterträgen unterliegen daher lediglich die aus den verfahrensgegenständlichen Taten erlangten Erlöse und der hierfür erhaltene Tatlohn. Weil das Landgericht hinsichtlich der aus den drei Verkaufstaten erlangten Erlöse keine konkreten Feststellungen treffen konnte, andererseits einen Mindestverkaufspreis von 10 Euro pro Gramm festgestellt hat, errechnet sich die Einziehung des Wertes von Taterträgen wie folgt: bei dem Angeklagten R. für drei Verkaufstage 300 Euro Tatlohn zuzüglich durch den Drogenverkauf für insgesamt knapp über 8 g Cannabis mindestens erlangter 80 Euro, bei dem Angeklagten A. die von R. an ihn weitergegebenen 80 Euro und bei dem Angeklagten J. für die verfahrensgegenständliche Lieferfahrt Tatlohn in Höhe von 70 Euro.

20 c) In entsprechender Anwendung von § 354 Abs. 1 StPO lässt der Senat den überschießenden Teil der Einziehungsanordnung – nach § 357 StPO auch bezüglich des von demselben Rechtsfehler betroffenen nichtrevidierenden Mitangeklagten J. – entfallen.

21 3. Bei dem Angeklagten R. weist die Bemessung der für Fall II.2.b) verhängten Einzelstrafe in Höhe von einem Jahr und neun Monaten (Einsatzstrafe) einen Rechtsfehler zu seinem Nachteil auf. Das Landgericht hat ausdrücklich strafscharfend gewertet, dass der Angeklagte die Tat am 30. August 2018 begangen hat, obwohl er aufgrund einer Verurteilung des Amtsgerichts Bremen vom 23. Juni 2018 wegen Betäubungsmittelhandels unter einschlägiger Bewährung stand. Die Bewährungszeit aus der in Bezug genommenen Verurteilung begann indes erst mit der Rechtskraft der Vorverurteilung (12. November 2018) zu laufen (§ 56a Abs. 2 Satz 1 StGB).

22 Auf diesem Rechtsfehler beruht die Zumessung der Einzelstrafe auch (vgl. § 337 Abs. 1 StPO). Zwar darf auch die Warnwirkung einer noch nicht rechtskräftigen Vorverurteilung bei der Strafzumessung zu Lasten des Angeklagten eingestellt werden, was im Einzelfall gegen ein Beruhen des Urteils auf dem Rechtsfehler sprechen kann (vgl. BGH, Urteil vom 10. September 2020 – 4 StR 14/20). Im vorliegenden Fall hat das Landgericht bei seiner Strafzumessung aber neben der Tatsache der Vorverurteilung ausdrücklich auf ein Handeln unter laufender einschlägiger Bewährung abgestellt. Der Senat kann demnach nicht ausschließen, dass die Strafkammer ohne den Rechtsfehler zu einem für den Angeklagten günstigeren Ergebnis gelangt wäre.

23 Die Aufhebung der Einsatzstrafe zieht den Wegfall der Gesamtstrafe nach sich. Der Aufhebung von Feststellungen bedarf es nicht, weil diese von dem bloßen Wertungsfehler nicht betroffen sind (vgl. § 353 Abs. 2 StPO); sie können um solche ergänzt werden, die den bisherigen nicht widersprechen.

24 4. Der lediglich geringfügige Erfolg seiner Revision lässt es nicht unbillig erscheinen, den Angeklagten A. insgesamt mit den Kosten seines Rechtsmittels zu belasten (vgl. § 473 Abs. 4 StPO; BGH, Beschlüsse vom 26. Mai 2021 – 5 StR 458/20; vom 29. Juli 2021 – 4 StR 536/20).

Cirener

RiBGH Dr. Berger ist im Urlaub und kann nicht unterschreiben.
Cirener

Mosbacher

Köhler

von Häfen

Vorinstanz:

Landgericht Bremen, 18.12.2020 - 6 KLS 560 Js 68262/18 (24/19)