



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

4 StR 436/09

vom

11. Februar 2010

in der Strafsache

gegen

wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 11. Februar 2010, an der teilgenommen haben:

Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof
Dr. Tepperwien,

Richter am Bundesgerichtshof
Maatz,
Athing,
Dr. Ernemann,
Dr. Franke
als beisitzende Richter,

Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt
als Verteidiger,

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Bielefeld vom 18. Juni 2009 wird verworfen.
2. Der Beschwerdeführer hat die Kosten des Rechtsmittels zu tragen.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt. Hiergegen richtet sich die Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügt.
- 2 Die Nachprüfung des Urteils auf Grund der Revisionsrechtfertigung hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben. Der Erörterung bedarf nur die Verfahrensrüge, mit der die Revision einen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens geltend macht.
- 3 1. Der Rüge liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:
- 4 a) Nach den Feststellungen stand der anderweitig verfolgte L. wegen des Verdachts der Begehung von Betäubungsmittelstraftaten unter polizeilicher Observation. In diesem Zusammenhang wurde am 17. Januar 2009 in M. ein Treffen zwischen L. und dem Angeklagten beobachtet. Der Angeklagte, der zuvor bei L. telefonisch zwei Kilo-

gramm Kokaingemisch bestellt hatte, war bis dahin der Polizei nicht als Abnehmer des L. bekannt. Nachdem der Angeklagte von L. ca. 1,7 kg Kokaingemisch übernommen hatte, verbrachte er die Drogen in einen von ihm zuvor in M. am Hauptbahnhof abgestellten Pkw, um anschließend mit diesem zu seinen Eltern nach B. zu fahren. Da sich die weitere Observierung des Angeklagten auf der Autobahn bei schlechter Witterung und wegen der von ihm streckenweise eingehaltenen sehr hohen Geschwindigkeiten schwierig gestaltete und er nach Einschätzung der Polizeibeamten zu entkommen drohte, entschloss sich die polizeiliche Einsatzleitung zum Zugriff, als der Angeklagte die Autobahn verließ, um an einer Gaststätte eine Pause einzulegen. Nachdem der Angeklagte sich in die Gaststätte gegeben hatte, ließen Beamte der observierenden Einheit Luft aus dem rechten Vorderreifen des vom Angeklagten geführten Fahrzeugs. Anschließend täuschten zur Unterstützung herbeigerufene örtliche Polizeibeamte eine allgemeine Verkehrskontrolle vor, um nicht zu offenbaren, dass es sich um eine observierende Ermittlung handelte, deren weiterer Erfolg nicht gefährdet werden sollte. Auf Grund „vermeintlich oder tatsächlich nervöser Reaktion“ des Angeklagten wurde der Pkw durchsucht und eine Teilmenge von 700 g Kokain gefunden. Bei einer späteren weiteren Durchsuchung des Fahrzeugs wurde die Restmenge von ca. 1 kg Kokain sichergestellt.

- 5 b) Der Angeklagte hat im Ermittlungsverfahren keine Angaben zur Sache gemacht. In der Hauptverhandlung hat er die Tat gestanden und eingeräumt, das Kokain von L. zum Zwecke des Weiterverkaufs erworben zu haben. Weitere Angaben, etwa zu den Hintergründen und der Vorgeschichte der Tat, zu dem Umfang seiner Kontakte zu L. und zu den Namen seiner Abnehmer hat er unter Hinweis auf eine mögliche Gefährdung seiner persönlichen Sicherheit nicht gemacht.

6 2. Die Revision beanstandet, dass dem Angeklagten weder bei seiner richterlichen Vernehmung anlässlich des Erlasses des Haftbefehls vom 18. Januar 2009 noch bei seiner polizeilichen Vernehmung vom 19. Januar 2009 noch bei seiner Vernehmung anlässlich des Haftprüfungstermins vom 27. Februar 2009 die Tatsache der vorausgegangenen Observation offenbart worden sei. Er sei vielmehr davon ausgegangen, dass das Rauschgift bei einer zufälligen Verkehrskontrolle bei ihm vorgefunden worden sei. Auch in den Ermittlungsakten, in die sein Verteidiger Einsicht genommen habe, sei der Vorgang so beschrieben gewesen, als habe es sich wegen einer Reifenpanne um einen Zufallsfund gehandelt.

7 3. Der Rüge bleibt bereits deshalb der Erfolg versagt, weil sie nicht den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO entspricht.

8 a) Nach dieser Vorschrift müssen die den geltend gemachten Verstoß enthaltenden Tatsachen so vollständig und genau dargelegt werden, dass das Revisionsgericht allein auf Grund dieser Darlegung das Vorhandensein eines Verfahrensmangels feststellen kann, wenn die behaupteten Tatsachen bewiesen sind oder bewiesen werden (st. Rspr., vgl. nur Kuckein in KK 6. Aufl. § 344 Rdn. 38 mit zahlr. Nachw.). Dem wird das Revisionsvorbringen in mehrfacher Hinsicht nicht gerecht.

9 b) Bedenken gegen die Zulässigkeit der Rüge bestehen schon deshalb, weil weder der Inhalt des anlässlich der Festnahme des Angeklagten angefertigten polizeilichen Aktenvermerks noch Einzelheiten zu seiner Beschuldigtenvernehmung vom 19. Januar 2009 und zum Haftprüfungstermin vom 27. Februar 2009 mitgeteilt werden. Soweit diesbezüglich auf einzelne Aktenstellen ver-

wiesen wird, vermag dies nicht den erforderlichen eigenen Sachvortrag zu ersetzen (vgl. Kuckein in KK aaO Rdn. 39 m.w.N.). Die Revision verschweigt zudem, dass der Angeklagte spätestens mit der am 25. Juni 2009 erhobenen Anklage über den wahren Hintergrund seiner Festnahme in Kenntnis gesetzt worden ist. Insbesondere aber bleibt der Vermerk des sachbearbeitenden Staatsanwaltes vom 12. Mai 2009 völlig unerwähnt, in welchem dieser den wahren Sachverhalt schildert, die Gründe bezeichnet, die nach seiner Auffassung einer früheren Unterrichtung des Angeklagten entgegenstanden und schließlich seine Bemühungen um eine möglichst frühzeitige Offenlegung des Sachverhalts schildert. Ohne vollständige und genaue Kenntnis der vorgenannten Verfahrerstatsachen ist dem Senat jedoch die revisionsrechtliche Prüfung, ob der gerügte Verfahrensverstoß vorliegt, nicht möglich.

10 4. Die Rüge wäre aber auch unbegründet.

11 a) Allerdings ist das Verhalten der Ermittlungsbehörden mit Blick auf den fair trial – Grundsatz rechtlich bedenklich. Zwar hätte bei Gefährdung des Untersuchungsziels nach § 147 Abs. 2 StPO die Möglichkeit bestanden, dem Verteidiger vor Abschluss der Ermittlungen die Einsicht in die Akten insgesamt oder teilweise zu versagen (zur Problematik bei richterlichen Entscheidungen im Ermittlungsverfahren - namentlich bei Haftentscheidungen - vgl. aber Lüderssen/Jahn in Löwe/Rosenberg StPO 26. Aufl. § 147 Rdn. 75 ff.; Meyer-Goßner StPO 52 Aufl. § 147 Rdn. 25 a). Auch die Unterrichtung über die Durchführung der Observation hätte aus diesem Grunde bis zu zwölf Monaten ohne richterliche Zustimmung zurückgestellt werden können (vgl. § 101 Abs. 4 Satz 1 Nr. 12, Abs. 5, Abs. 6 Satz 1 StPO). Die vorgenannten Vorschriften gestatten jedoch weder die Darstellung eines unwahren Sachverhalts in den Ermittlungsakten

noch die aktive Täuschung des Beschuldigten über die wahren Hintergründe seiner Festnahme.

12 b) Ob ein Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens vorliegt, bedarf hier jedoch keiner abschließenden Entscheidung, da auszuschließen ist, dass ein solcher sich zum Nachteil des Angeklagten ausgewirkt haben kann.

13 aa) Der Angeklagte hat zu keinem Zeitpunkt im Ermittlungsverfahren Angaben zur Sache gemacht. In Anbetracht der klaren Beweislage - das Rauschgift wurde in dem zur Tatzeit allein von ihm benutzten Fahrzeug vorgefunden - kann ausgeschlossen werden, dass sich das Verschweigen der gegen L. gerichteten Observationsmaßnahme und das Vortäuschen eines „Zufallsfundes“ bei der Haftentscheidung zu Lasten des Angeklagten ausgewirkt hat. Der Angeklagte hat zudem – was die Revision ebenfalls vorzutragen unterlässt – im Haftprüfungstermin vom 27. Februar 2009 durch seinen Verteidiger den Haftprüfungsantrag zurückgenommen.

14 bb) Der Angeklagte ist mit Anklageerhebung über den wahren Sachverhalt unterrichtet worden. Seine Verteidigungsrechte in der Hauptverhandlung sind daher durch die Falschdarstellung in keiner Weise berührt worden. Die Revision räumt insoweit selbst ein, dass das beanstandete Verhalten für den Angeklagten „keine unmittelbaren Folgen“ gehabt habe.

15 cc) Entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts besteht auch kein Anhaltspunkt dafür, dass sich der gerügte Verstoß auf den Strafausspruch ausgewirkt haben kann. Dafür, dass der Angeklagte – hätte er bereits im Ermittlungsverfahren die wahren Umstände seiner Festnahme gekannt – von der Möglichkeit des § 31 BtMG Gebrauch gemacht hätte, ist nichts ersichtlich.

Vielmehr spricht dagegen, dass er es auch in der Hauptverhandlung in Kenntnis des wahren Sachverhalts abgelehnt hat, Angaben im Sinne des § 31 BtMG zu machen. Zudem war er bereits bei seiner polizeilichen Beschuldigtenvernehmung vom 19. Januar 2009 nach § 31 BtMG belehrt worden; dessen ungeachtet hat er weder zu diesem Zeitpunkt noch später, etwa als er erstmals mit Anklageerhebung von den Hintergründen seiner Festnahme erfuhr, von der Möglichkeit der Offenbarung von Wissen im Sinne dieser Vorschrift Gebrauch gemacht.

- 16 Schließlich vermag der Senat angesichts der vorgenannten Umstände auch auszuschließen, dass nach der so genannten Vollstreckungslösung (vgl. BGHSt -GS- 52, 124) – ungeachtet der Frage ihrer Anwendbarkeit auf Fälle der Verletzung des Grundsatzes des fairen Verfahrens - ein Verstoß nicht nur festzustellen, sondern darüber hinaus ein Teil der erkannten Strafe für vollstreckt zu erklären wäre.

Tepperwien

Maatz

Athing

Ernemann

Franke