



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

1 StR 78/14

vom

21. Oktober 2014

in der Strafsache

gegen

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

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom
21. Oktober 2014, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Raum

und die Richter am Bundesgerichtshof
Rothfuß,
Prof. Dr. Jäger,
Prof. Dr. Radtke,
Prof. Dr. Mosbacher,

Richterin am Landgericht
als Vertreterin der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt - in der Verhandlung -,
Rechtsanwalt ,
Rechtsanwalt - in der Verhandlung -
als Verteidiger,

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Würzburg vom 9. August 2013 mit den Feststellungen aufgehoben,
 - a) soweit der Angeklagte im Fall II.A.4. der Urteilsgründe verurteilt worden ist;
 - b) im Ausspruch über die Dauer des Vorwegvollzugs eines Teils der Freiheitsstrafen vor dem Maßregelvollzug.
2. Die weitergehende Revision der Staatsanwaltschaft und die Revision des Angeklagten werden verworfen.
3. Der Angeklagte hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.
4. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels der Staatsanwaltschaft, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Gründe:

1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in sieben Fällen sowie wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge unter Einbeziehung von Strafen aus zwei früheren Verurteilungen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und vier Monaten verurteilt. Darüber hinaus hat es ihn der unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge schuldig gesprochen und dafür gegen ihn eine Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verhängt (Fall II.A.4. der Urteilsgründe). Es hat die Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt angeordnet und einen Vorwegvollzug von einem Jahr und fünf Monaten bestimmt. Von zwei weiteren Vorwürfen des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge ist er freigesprochen worden.

2 Der Angeklagte wendet sich mit mehreren Verfahrensrügen und der näher ausgeführten Sachrüge gegen seine Verurteilung. Die Staatsanwaltschaft hat ihr Rechtsmittel überwiegend zu Ungunsten, im Hinblick auf die Unterbringung in der Entziehungsanstalt aber auch zu Gunsten des Angeklagten eingelegt. Sie erhebt ebenfalls zahlreiche Verfahrensbeanstandungen und die ausgeführte Sachrüge. Das Rechtsmittel des Angeklagten ist erfolglos. Die vom Generalbundesanwalt teilweise vertretene Revision der Staatsanwaltschaft erzielt lediglich den aus dem Urteilstenor ersichtlichen Erfolg.

A.

3 Nach den Feststellungen des Landgerichts veräußerte der Angeklagte in wenigstens sieben Fällen jeweils mindestens 20 g Methamphetamin („Crystal-

Speed“) mit einem Wirkstoffgehalt von jeweils wenigstens 40 % zu einem Grammpreis von zumindest 30 Euro an seine Tochter, die Zeugin W. bzw. an deren Lebensgefährten, den Zeugen S. . Der Angeklagte nahm dabei billigend in Kauf, dass die Zeugen ihrerseits den Großteil dieser Betäubungsmittel an den Zeugen I. zu einem Grammpreis von 60 Euro weiter veräußerten. Dem Angeklagten, der zeitweilig als V-Person für das Bayerische Landeskriminalamt tätig war, kam es darauf an, den Zeugen I. gleichsam „anzufüttern“, um diesen später gegenüber dem Landeskriminalamt als Betäubungsmittelstraftäter benennen zu können und dafür eine finanzielle Entlohnung zu erhalten (Taten II.A.3. der Urteilsgründe).

4 Weiterhin hat das Landgericht festgestellt, dass der Angeklagte sich mit dem Zeugen H. auf einem Autohof getroffen hatte. Kurz nach diesem etwa halbstündigen Treffen wurde der Zeuge von einer Polizeistreife kontrolliert. Er führte dabei rund 63 g Methamphetamin mit einer Wirkstoffkonzentration von 63,7 % bei sich. Das Tatgericht hat den genauen Ablauf des vorausgegangenen Treffens mit dem Angeklagten nicht zu klären vermocht. Es hat aber festgestellt, dass lediglich zwei Abläufe in Frage kommen: Entweder brachte der Zeuge das Methamphetamin bereits zu dem Treffen mit und bat den im Umgang mit diesem Rauschgift erfahrenen Angeklagten um eine Prüfung der Qualität, bevor der Zeuge es an eine dritte Person weiterverkaufen wollte, wobei der Angeklagte die Prüfung vornahm und eine gute Qualität bescheinigte. Oder der Angeklagte verkaufte dem Zeugen die Drogen zu einem Grammpreis von 60 Euro, wobei er dem Zeugen eine spätere Zahlung einräumte. Eine dritte Geschehensvariante hat das Landgericht ausgeschlossen (Tat II.A.2. der Urteilsgründe).

5 Während einer polizeilichen Kontrolle des von dem Angeklagten geführten Fahrzeugs wurde in dessen Kleidung insgesamt 9,71 g Methamphetamin

mit einem Wirkstoffgehalt von 75 % aufgefunden. Das Rauschgift hatte der Angeklagte zuvor in der Tschechischen Republik erworben und in die Bundesrepublik verbracht. In der Fahrertür seines Fahrzeugs befand sich, wie der Angeklagte wusste, während der Beschaffungsfahrt ein „Einhandmesser“. „Ob der Angeklagte dieses Messer zu dem Zweck bei sich führte, Dritte zu verletzen“ (UA S. 20), hat das Landgericht nicht mit Sicherheit festzustellen vermocht (Tat II.A.4. der Urteilsgründe).

B.

6 Die Revision des Angeklagten hat keinen Erfolg.

I.

7 Ein der Verurteilung des Angeklagten entgegenstehendes Verfahrenshindernis besteht nicht. Soweit er ein solches auf eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK) stützen will, begründete ein derartiger Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gerade kein Verfahrenshindernis (BGH, Urteile vom 23. Mai 1984 – 1 StR 148/84, BGHSt 32, 345, 355; vom 18. November 1999 – 1 StR 221/99, BGHSt 45, 321, 324 ff.; vom 11. Dezember 2013 – 5 StR 240/13, NStZ 2014, 277, 280 Rn. 37 mwN). Im Übrigen ergeben sich aus den Urteilsgründen keinerlei Anhaltspunkte für das Vorliegen der Voraussetzungen einer Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK verletzenden rechtsstaatswidrigen Tatprovokation (zu den Voraussetzungen BGH, Urteile vom 18. November 1999 – 1 StR 221/99, BGHSt 45, 321, 326 ff.; vom 30. Mai 2001 – 1 StR 42/01, BGHSt 47, 44, 47 ff.; Beschluss vom 11. Mai 2010 – 4 StR

117/10, NStZ-RR 2010, 289 [nur LS]; Urteil vom 11. Dezember 2013 – 5 StR 240/13, NStZ 2014, 277, 279 Rn. 34 f.). Die vom Landgericht nicht ausgeschlossene Kenntnis eines Führungsbeamten des Angeklagten bei dem Bayerischen Landeskriminalamt von dessen Betäubungsmittelgeschäften stellt ersichtlich keine solche Provokation dar.

8 Sollen – wie hier – nicht aus den Urteilsgründen ersichtliche Umstände eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation begründen, bedarf es der Erhebung einer den Anforderungen von § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO genügenden Verfahrensrüge (vgl. BGH, Beschlüsse vom 19. Juli 2000 – 3 StR 245/00, NStZ 2001, 53; vom 11. Mai 2010 – 4 StR 117/10, NStZ-RR 2010, 89; siehe auch Beschluss vom 26. Mai 2004 – 2 ARs 33/04, StraFo 2004, 356 mwN). Daran fehlt es.

II.

9 Die erhobenen Verfahrensrügen greifen nicht durch.

10 1. Die Rüge der Verletzung der Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens (§ 338 Nr. 6 StPO hier i.V.m. § 172 Nr. 1a GVG) ist nicht gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO zulässig ausgeführt.

11 Um den gesetzlichen Anforderungen zu entsprechen, müssen die den behaupteten Verfahrensmangel begründenden Tatsachen so genau und vollständig mitgeteilt werden, dass das Revisionsgericht im Sinne einer vorweggenommenen Schlüssigkeitsprüfung ohne Rückgriff auf die Akten beurteilen kann, ob der geltend gemachte Verfahrensfehler vorliegt, wenn die behaupteten Tatsachen bewiesen werden (vgl. Senat, Beschlüsse vom 8. Januar 2013 – 1 StR 602/12, NStZ 2013, 672; vom 11. März 2014 – 1 StR 711/13, NStZ 2014, 532 f.

jeweils mwN). Diese Prüfung wird dem Senat im Hinblick auf den von der Revision behaupteten Verfahrensfehler nicht ermöglicht.

12 Es fehlt an Tatsachenvortrag zu dem Inhalt des von dem Zeugen KHK K. während seiner unter Ausschluss der Öffentlichkeit erfolgten Vernehmung übergebenen „grünen Zettels“. Da die Revision den Verfahrensfehler in der Augenscheinnahme dieses „Zettels“ durch die Verfahrensbeteiligten bei fortbestehendem Öffentlichkeitsausschluss sieht, hätte sie den ihr nach der Beweiserhebung durch Augenschein ersichtlich bekannten Inhalt des „Zettels“ vortragen müssen. Wie der Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift zutreffend ausgeführt hat, ist dem Senat ansonsten die Prüfung nicht möglich, ob der „grüne Zettel“ in unmittelbarem Zusammenhang mit der Vernehmung des Zeugen steht und daher die Öffentlichkeit auch während der Augenscheinseinnahme ausgeschlossen bleiben durfte (vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 1987 – 4 StR 614/87, NStZ 1988, 190). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs umfasst die Anordnung des Ausschlusses für die Dauer der Vernehmung eines Zeugen alle Vorgänge, die mit der Vernehmung im Zusammenhang stehen oder sich aus ihr entwickeln und daher zu diesem Verfahrensabschnitt gehören (siehe nur BGH, Urteil vom 9. November 1994 – 3 StR 420/94, BGHR GVG § 171b Abs. 1 Dauer 8 mwN).

13 2. Die Rüge der Verletzung von § 244 Abs. 5 Satz 2 bzw. § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO hinsichtlich der Vernehmung der Zeugin R. bleibt aus den Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts vom 9. April 2014 ohne Erfolg. Das gilt auch insoweit, als neben der behaupteten rechtsfehlerhaften Ablehnung des Beweisantrags auf Vernehmung der genannten Zeugin ein Verstoß gegen die Amtsaufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) geltend gemacht wird. Die Ablehnung von Beweisanträgen gemäß § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO erfolgt nach Maßgabe der Amtsaufklärungspflicht (BGH, Urteil vom 18. Januar

1994 – 1 StR 745/93, BGHSt 40, 60, 62; KK-StPO/Krehl, 7. Aufl., § 244 Rn. 212 mwN). Ist ein Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen anhand dieses Maßstabs ohne Rechtsfehler abgelehnt worden, liegt auch kein Verstoß gegen § 244 Abs. 2 StPO vor.

III.

14 Die umfassende Prüfung des Urteils auf die Sachrüge hin hat keinen den Angeklagten beschwerenden Rechtsfehler erbracht.

15 1. Wie der Generalbundesanwalt zutreffend aufgezeigt hat, enthält insbesondere die Beweiswürdigung des Landgerichts im Hinblick auf die Kenntnis von Beamten des Bayerischen Landeskriminalamts von den Betäubungsmitteltaten des Angeklagten auch unter Berücksichtigung der seitens des Bayerischen Innenministeriums abgegebenen Sperrerklärungen keine Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten. Die tatrichterliche Beweiswürdigung ist im Übrigen ebenfalls rechtsfehlerfrei.

16 2. Auf der Grundlage derart erfolgter Feststellungen hat das Landgericht den Angeklagten im Fall II.A.2. der Urteilsgründe ohne Rechtsfehler wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben des Zeugen H. mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verurteilt. Da es sich nach Erfüllung seiner Pflicht zu umfassender Sachverhaltsaufklärung (§ 244 Abs. 2 StPO) nicht davon hat überzeugen können, welcher der beiden allein in Betracht kommenden Geschehensabläufe sich tatsächlich zugetragen hat, ist es im Ergebnis unter Anwendung des Zweifelsgrundsatzes von der für den Angeklagten günstigeren Variante ausgegangen. Dies führt zur Verurteilung wegen Beihilfe zu der Haupttat des Zeugen H. .

17 3. Dass das Landgericht bei der Strafzumessung hinsichtlich der Taten II.A.2. sowie II.A.3. der Urteilsgründe die angenommene Kenntnis des Zeugen KHK K. von den Betäubungsmittelgeschäften des Angeklagten zu dessen Gunsten berücksichtigt hat, beschwert diesen ersichtlich nicht. Für eine noch weitergehende Berücksichtigung bestand kein Anlass. Die ohne Rechtsfehler getroffenen Feststellungen bieten keine Anhaltspunkte für das Vorliegen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation durch Beamte des Bayerischen Landeskriminalamts (B.I.).

C.

18 Die Revision der Staatsanwaltschaft hat zu Ungunsten des Angeklagten Erfolg, soweit im Fall II.A.4. der Urteilsgründe die Verurteilung lediglich wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG) erfolgt ist. Im Übrigen dringt sie weder zu Ungunsten noch zu Gunsten des Angeklagten durch.

I.

19 Die Feststellungen des Landgerichts zu der Tat II.A.4. der Urteilsgründe sowie die zugrundeliegende Beweiswürdigung tragen nicht die rechtliche Wertung, eine bewaffnete Einfuhr i.S.d. § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG scheide aus, weil die Zweckbestimmung des mitgeführten Messers zur Verletzung von Personen nicht sicher habe festgestellt werden können (UA S. 86).

20 1. Das Landgericht hat bei der Beweiswürdigung und den darauf beruhenden Feststellungen nicht den zutreffenden rechtlichen Ausgangspunkt gewählt.

21 Der Tatbestand des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG setzt voraus, dass der Täter den bei der Tatbegehung mit sich geführten Gegenstand, wenn es sich bei diesem – wie hier – nicht um eine Schusswaffe handelt, zur Verletzung von Personen bestimmt hat. Um dieses Qualifikationsmerkmal zu verwirklichen, bedarf es einer darauf gerichteten Zweckbestimmung des Täters (BGH, Beschlüsse vom 25. Mai 2010 – 1 StR 59/10, NStZ 2011, 98; vom 6. November 2012 – 2 StR 394/12, StV 2013, 704; vom 8. Januar 2014 – 5 StR 542/13, NStZ 2014, 466 mwN). Eine solche Zweckbestimmung muss grundsätzlich vom Tatrichter näher festgestellt und begründet werden. Das Landgericht hat allerdings nicht erkennbar bedacht, dass solche näheren Feststellungen zur Zweckbestimmung durch den Täter nicht erforderlich sind, wenn es sich bei dem mitgeführten Gegenstand um eine sogenannte gekorene Waffe i.S.v. § 1 Abs. 2 Nr. 2b WaffG („tragbare Gegenstände“) handelt; bei derartigen Waffen liegt die Zweckbestimmung zur Verletzung von Personen ohne weitere Feststellungen regelmäßig auf der Hand (BGH, Beschlüsse vom 6. November 2012 – 2 StR 394/12, StV 2013, 704; vom 8. Januar 2014 – 5 StR 542/13, NStZ 2014, 466). Gekorene Waffen sind die von Anlage 1 Abschnitt 1 Unterabschnitt 2 Nr. 2.1. zu § 1 Abs. 4 WaffG erfassten Gegenstände, zu denen u.a. Springmesser, Fallmesser, Faustmesser sowie Butterfly- oder Faltmesser gehören (Weber, BtMG, 4. Aufl., § 30a Rn. 114 mwN).

22 Die Feststellungen des Landgerichts erschöpfen sich in der Bezeichnung des von dem Angeklagten im Transportfahrzeug mitgeführten Gegenstandes als „Einhandmesser“. Diese Bezeichnung legte eine Prüfung nahe, ob es sich bei dem Messer um eine gekorene Waffe in dem vorgenannten Sinne handelte.

Sämtliche der vorgenannten Messertypen (zu den Anforderungen an die Beschaffenheit im Einzelnen Anlage 1 Abschnitt 1 Unterabschnitt 2 Nr. 2.1.1. bis Nr. 2.1.4. zu § 1 Abs. 4 WaffG sowie Heinrich in Münchener Kommentar zum StGB, Band 8, 2. Aufl., § 1 WaffG Rn. 125 - 128) als gekorene Waffen lassen sich als „Einhandmesser“ bezeichnen. Da das Landgericht über die Bezeichnung als „Einhandmesser“ hinaus keinerlei nähere Beschreibung der Beschaffenheit des Messers vorgenommen hat, ist nicht zu erkennen, ob es sich um ein Einhandmesser im Sinne von § 42a Abs. 1 Nr. 3 WaffG oder um eines der vorgenannten Messertypen als „tragbare Gegenstände“ gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 2b WaffG und damit um gekorene Waffen handelte.

23 Das Landgericht hat seiner Beweiswürdigung, in der es auf eine tatsächliche Zweckbestimmung durch den Angeklagten abgestellt hat, wegen seines rechtsfehlerhaften Maßstabs überspannte Anforderungen an das Vorliegen des Qualifikationsmerkmals gestellt. Da bei gekorenen Waffen die notwendige Zweckbestimmung regelmäßig auf der Hand liegt, ist nicht auszuschließen, dass es bei zutreffendem rechtlichen Ausgangspunkt zu einer anderen Würdigung gelangt wäre.

24 2. Der Senat hebt die insoweit getroffenen Feststellungen insgesamt auf, um dem neuen Tatrichter widerspruchsfreie Feststellungen zu den Voraussetzungen des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG zu ermöglichen. Diese eröffnen dem neuen Tatrichter für den Fall, dass es sich bei dem mitgeführten Messer um eine Waffe in dem vorgenannten Sinne handeln sollte, auch die Möglichkeit, das Vorliegen eines minder schweren Falls gemäß § 30a Abs. 3 BtMG unter Berücksichtigung der dafür maßgeblichen Umstände in den Blick zu nehmen.

25 3. Die Aufhebung der Verurteilung im Fall II.A.4. der Urteilsgründe erfordert, den Ausspruch über die Dauer des Vorwegvollzugs aufzuheben. Die die-

sem zugrundeliegende Berechnung des Landgerichts geht von der Summe der Gesamtfreiheitsstrafe und der jetzt weggefallenen gesonderten Freiheitsstrafe für den Fall II.A.4. aus. Damit entfallen auch die diesbezüglichen Feststellungen.

II.

26 Die weitergehende Revision der Staatsanwaltschaft zu Ungunsten des Angeklagten erzielt keinen Erfolg.

27 1. Die zahlreichen erhobenen Verfahrensrügen dringen aus den in der Antragsschrift des Generalbundesanwalts genannten Gründen nicht durch. Lediglich ergänzend verweist der Senat darauf, dass die Rüge der Verletzung der Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) im Zusammenhang mit der unterbliebenen Vernehmung des Zeugen Sc. nicht ordnungsgemäß (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) ausgeführt ist. Es mangelt u.a. an der Angabe konkreter Beweistatsachen. Soweit eine Verletzung von § 261 StPO hinsichtlich früherer Aussagen des Zeugen I. gerügt wird, genügt das Vorbringen ebenfalls nicht den gesetzlichen Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO.

28 2. Die auf die Taten zu II.A.2. und 3. der Urteilsgründe sowie den Teilfreispruch bezogenen Sachrüge ist gleichfalls erfolglos.

29 a) Der Freispruch des Angeklagten von dem Vorwurf zweier weiterer Taten des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Ziffern 1 und 2 der Anklage vom 20. August 2012) hält rechtlicher Überprüfung stand. Das Landgericht hat das Aussageverhalten der Zeugin W. und des Zeugen S. ausführlich gewürdigt und in nicht zu beanstandender Weise dargelegt, warum es sich nicht von den zur Verurteilung erforderlichen tatsächli-

chen Umständen hat überzeugen können. Rechtsfehler in der Beweiswürdigung liegen – wie der Generalbundesanwalt zutreffend ausgeführt hat – nicht vor.

30 b) Entsprechendes gilt für die Verurteilung des Angeklagten wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Fall II.A.2. der Urteilsgründe). Auf die Ausführungen zu B.III. wird verwiesen.

31 c) Die Strafzumessung des Landgerichts ist nicht zu beanstanden. Die zugunsten des Angeklagten erfolgte Berücksichtigung der Kenntnis des Zeugen KHK K. von den Betäubungsmittelgeschäften des Angeklagten beruht auf einer rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung und hält sich strafzumessungsrechtlich innerhalb des dem Tatrichter zustehenden Beurteilungsspielraums.

32 d) Aus den in der Antragsschrift des Generalbundesanwalts ausführlich dargelegten Gründen ist die Anordnung der Maßregel des § 64 StGB ebenso ohne Rechtsfehler erfolgt wie das Unterbleiben der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB. Die auf die Unterbringungs Voraussetzungen des § 64 StGB abzielenden Verfahrensrügen der Staatsanwaltschaft dringen aus den bereits genannten Erwägungen (C.II.1.) nicht durch.

III.

33 Die zu Gunsten des Angeklagten eingelegte, auf die Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) bezogene Revision der Staatsanwaltschaft bleibt aus den Gründen des vorstehenden Absatzes erfolglos.

Raum

Rothfuß

Jäger

Radtke

Mosbacher