



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

1 StR 320/17

vom

7. Dezember 2017

in der Strafsache

gegen

1.

2.

wegen Anstiftung zur unerlaubten Einfuhr mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge u.a.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 7. Dezember 2017, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Raum,

die Richter am Bundesgerichtshof
Prof. Dr. Jäger,
Bellay
und die Richterinnen am Bundesgerichtshof
Cirener,
Dr. Hohoff,

Richterin am Landgericht
als Vertreterin der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt
als Verteidiger des Angeklagten A. ,
Rechtsanwalt - in der Verhandlung -
als Verteidiger des Angeklagten O. ,

Justizobersekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Gründe:

1 Das Landgericht hat die Angeklagten wegen „gemeinschaftlichen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Anstiftung zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge“ verurteilt und deswegen gegen den Angeklagten A. auf eine Freiheitsstrafe von fünf Jahren und drei Monaten, gegen den Angeklagten O. auf eine solche von fünf Jahren und sechs Monaten erkannt. Gegen dieses Urteil wendet sich der Angeklagte A. mit seiner auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützten Revision. Er macht geltend, es läge eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation vor, die schon zu einem Verfahrenshindernis führe. Der Angeklagte O. beanstandet allgemein die Verletzung sachlichen Rechts.

I.

2 1. Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

3 Der nicht revidierende Mitangeklagte An. , der nicht vorbestraft war und in Ma. /Spanien lebte, traf im Zeitraum zwischen Ende Januar bis Anfang Februar 2016 auf eine ihm zuvor schon bekannte Person. Hierbei handelte es sich um eine Vertrauensperson (VP) des Landeskriminalamtes Baden-Württemberg. Die VP zeigte Interesse an der Lieferung einer größeren Menge Amphetamin nach Deutschland und gab an, dort Abnehmer für eine solche Lieferung zu haben. „Zu Gunsten des Angeklagten An. “ ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die VP den Tatentschluss bei diesem Angeklagten „wesentlich mitbestimmt bzw. mithervorgerufen hat“.

- 4 Anfang Februar 2016 sicherte der Mitangeklagte An. der VP zu, sich wegen des Geschäfts mit seinem sich in K. aufhaltenden Freund, dem Angeklagten A. in Verbindung zu setzen. Letzterer erklärte sich gegenüber An. bereit, das Rauschgiftgeschäft in Deutschland durchzuführen. In einem Chat vom 8. Februar 2016 kamen der Angeklagte A. und der Mitangeklagte An. überein, dass es bei dem Geschäft um eine Menge von 50 kg gehen solle. Die weitere Abwicklung des Geschäfts sollte in Deutschland erfolgen. In Umsetzung dieses Plans kam es am 2. März 2016 zu einem ersten Treffen zwischen An. , der VP und den von dieser als angeblichen Kaufinteressenten, VE 1, und dessen Begleiter, VE 2, vorgestellten verdeckten Ermittlern. An. und VE 1 übernahmen die Verkaufsverhandlungen, in deren Rahmen An. in Aussicht stellte, zunächst 25 kg und in Kürze weitere 25 kg liefern zu können und hierfür den zuvor mit dem Angeklagten A. ausgehandelten Preis von 2.100 Euro je Kilogramm forderte. Als VE 1 sich mit dem Preis nicht einverstanden erklärte, sagte An. , über den Preis könne man sicher noch verhandeln. Ihm sei an einer dauerhaften und zuverlässigen Geschäftsverbindung gelegen, dann könnten auch weitaus größere Mengen geliefert werden.
- 5 Im Anschluss an das Treffen stimmte sich An. mit dem Angeklagten A. per Chat dahingehend ab, dass man mit dem Kaufinteressenten eine dauerhafte Geschäftsbeziehung eingehen wolle und nach dem ersten erfolgreichen Geschäft weitere folgen sollten. Der Angeklagte A. stellte in Aussicht, bei künftigen Geschäften einen niedrigeren Preis zu fordern.
- 6 Der Angeklagte A. setzte sich zur Beschaffung des Amphetamins wiederum mit dem nichtrevidierenden Mitangeklagten P. in Verbindung. Dieser handelte zwar mit Marihuana und Ecstasy, konnte aber kein Amphetamin in der gewünschten Größenordnung besorgen. Deshalb wandte sich

P. an den ihm aus früheren Geschäften bekannten Angeklagten O. , der das Rauschgift beschaffen konnte. P. musste sich in der Folge den Weisungen des Angeklagten O. unterwerfen.

7 Am 4. März 2016 fand ein weiteres Treffen in Deutschland statt. Hieran nahmen An. , die Angeklagten A. und P. sowie VE 1 und VE 2 teil. Nun führte P. die Verhandlungen mit VE 1, wobei er sich aber an die telefonisch erteilten Weisungen des Angeklagten O. hielt. Er erklärte, derzeit 20 bis 30 kg Amphetamin zu haben und bei einer Liefermenge von 50 kg eine Vorauszahlung von 30.000 Euro zu benötigen. Bei Folgegeschäften könne bis zu 300 kg geliefert werden. Während man sich auf einen Preis von 100.000 Euro für 50 kg Amphetamin einigte, blieb die Frage der Vorauszahlung ungeklärt. Bei diesem Treffen gab sich der Angeklagte A. gegenüber VE 1 als Garant für die Durchführung des Geschäfts aus.

8 Am 6. März 2016 traf man sich erneut; an dem Treffen nahmen neben VE 1 noch P. und die Angeklagten A. und O. teil. P. erklärte gegenüber VE 1, dass O. derjenige sei, der die Entscheidungen treffe und er schon viele Jahre für ihn tätig sei. Der Preis von 2.000 Euro pro Kilogramm wurde nicht mehr verhandelt, nachdem der Angeklagte O. erklärt hatte, schließlich müssten alle etwas verdienen. Im Mittelpunkt der Verhandlungen stand die Frage der Vorauszahlung. Schließlich einigte man sich auf den Vorschlag von VE 1, dass am Tag der Übergabe des Rauschgifts in M. eine Person mit den 100.000 Euro nach K. zu dem Angeklagten P. kommen und dort vor der Übergabe des Rauschgifts das Geld zeigen solle. Der Angeklagte O. bestätigte die früheren Angaben von P. , dass bei späteren Geschäften größere Mengen möglich seien und es nach oben keine Grenze gebe. VE 1 und der An-

geklagte O. einigten sich schließlich noch auf die Entlohnung des Kuriers.

9

Am 11. März 2016 wurde das Geschäft schließlich durchgeführt. Während VE 1 und der neu auftretende verdeckte Ermittler VE 3 nach K. zu P. und dem Angeklagten O. fahren, warteten VE 2 und die aus Ma. und K. anreisenden An. und A. in M. auf die Ankunft des als Rauschgiftkurier eingesetzten, nichtrevidierenden Mitangeklagten S. Jener war zuvor von dem niederländischen Lieferanten des Angeklagten O., dem gesondert Verfolgten Ö., für diese Fahrt mit dem Amphetamin von den Niederlanden nach M. angeworben worden. P. und der Angeklagte A. hielten untereinander telefonischen Kontakt. Verabredungsgemäß zeigten VE 1 und VE 3 dem P. das Geld auf dem Parkplatz eines Cafés. P. fertigte hiervon ein Foto und sandte dieses an den Angeklagten O.. VE 3 wartete am Parkplatz mit dem Geld, VE 1 und P. fahren in dessen Wohnung, wo er VE 1 von seinen Geschäften mit von dem Angeklagten O. bezogenem Rauschgift berichtete. Später traf auch der Angeklagte O. selbst ein. Er war sehr nervös und erklärte, schon seit zwei Tagen nicht mehr geschlafen zu haben. Um durchzuhalten, habe er „zwei bis drei Nasen“ genommen. Auch in der Wohnung konsumierte er Rauschgift. Er hatte P. eine neue SIM-Karte für künftige Geschäfte besorgt, denn schon im Vorfeld hatte er darauf bestanden, dass P. ihn mit einer anderen Nummer als VE 1 anrufen solle. Der Angeklagte O. klärte ab, wann der Kurier in M. eintreffen werde. Zu dieser Zeit fahren VE 1 und P. zum Parkplatz. Der Angeklagte O. hatte – entgegen dem Ansinnen der VE 1 – es abgelehnt, mitzukommen; er zog es vor, in der Wohnung zu bleiben, falls etwas „schieflaufen sollte“. Bevor P. aufbrechen konnte, musste er noch den Porsche des Angeklagten O. auf einen zuvor arrangier-

ten Garagenparkplatz umparken. Darauf hatte dieser bestanden, damit der Wagen nicht auf der Straße gesehen werden konnte.

10 Gegen 18.50 Uhr traf der Kurier S. am vereinbarten Treffpunkt in M. ein, wo An. und der Angeklagte A. auf ihn warteten. Er führte drei Pakete mit insgesamt 50 kg Amphetamingemisch im Kofferraum seines Fahrzeugs mit sich. Nachdem das erste Paket in den Kofferraum der VE 2 umgeladen worden war, erfolgte die Festnahme aller Angeklagten.

11 Von den 50 kg feuchtem Amphetamingemisch verblieben nach der Trocknung noch 30,505 kg. In dem ersten Paket waren 1.875,099 g (14,99 %), in den beiden anderen Paketen befanden sich zusammen 2.990,935 g (16,62 %) Amphetaminbase. Bei einem von dem Angeklagten O. verhandelten Ankaufspreis von 1,30 Euro pro Gramm und dem Weiterverkaufspreis von 2 Euro pro Gramm, wollten die Angeklagten An. , A. , P. und O. einen Gewinn von 35.000 Euro erzielen. Hiervon sollte An. 10.000 Euro bekommen, der Rest sollte zu unklar gebliebenen Teilen aufgeteilt werden.

12 2. Das Landgericht hat sich von dem festgestellten Sachverhalt vor allem anhand der geständigen Angaben der Angeklagten An. und P. sowie der Angaben der VE 1 bis 3 und den weiteren Ermittlungsbeamten, aber auch anhand des Inhalts von Chatprotokollen überzeugt. Die Einlassung des Angeklagten O. , der angegeben hat, sich bei diesem Geschäft noch keinen Gewinn versprochen zu haben, hat es ebenso für widerlegt erachtet wie die Äußerungen des Angeklagten A. , es sei um den Kauf von Kleidern in M. oder einen Autokauf gegangen.

- 13 An. hat insbesondere angegeben, von einem Bekannten von früher zur Tat animiert worden zu sein. Er habe dessen Drängen nachgegeben, obwohl er bisher noch nichts mit Betäubungsmittelgeschäften zu tun gehabt habe, weil sein Baugeschäft schlecht gelaufen sei und er seine frühere Lebensgefährtin und seine Tochter habe unterstützen wollen. Weil das Rauschgift nach Deutschland geliefert werden sollte, habe er sich mit dem ihm bekannten Angeklagten A. in Verbindung gesetzt. Der Führungsbeamte der VP hat angegeben, dass die VP mit der Information an das Landeskriminalamt herangetreten sei, dass der später identifizierte An. 50 kg Amphetamingemisch in Deutschland zum Kauf anbieten würde.
- 14 3. Das Landgericht hat den Verkauf des Amphetamingemischs durch die Angeklagten an VE 1 als gemeinschaftliches unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit gemeinschaftlicher Anstiftung des Angeklagten S. zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gewertet.
- 15 Bei der Strafzumessung hat das Landgericht zu Gunsten aller Angeklagten gewertet, dass es sich um eine von einer VP des Landeskriminalamtes inszenierte Tat gehandelt habe, welche überwacht gewesen sei und bei welcher nicht die Gefahr bestanden habe, dass das eigens für die Tat hergestellte Amphetamingemisch in den Verkehr gelange. Da die VP nicht vernommen werden konnte, hat es zu Gunsten des An. angenommen, dass dieser in einem Maße zur Tatbegehung animiert worden sei, welches bei der Strafzumessung berücksichtigt werden müsse, weswegen die Strafe dieses Angeklagten niedriger festzusetzen sei als die der Angeklagten A. und O. .

II.

16 Ein die Verurteilung der Angeklagten A. und O. ausschließendes Verfahrenshindernis aufgrund rechtsstaatswidriger Tatprovokation liegt nicht vor.

17 a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK aufgrund polizeilicher Tatprovokation vor, wenn eine unverdächtige und zunächst nicht tatgeneigte Person durch eine von einem Amtsträger geführte Vertrauensperson in einer dem Staat zurechenbaren Weise zu einer Straftat verleitet wird und dies zu einem Strafverfahren führt (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2016 – 4 StR 252/15, NStZ 2016, 232 Rn. 3; Urteil vom 10. Juni 2015 – 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276 Rn. 24; Beschluss vom 19. Mai 2015 – 1 StR 128/15, BGHSt 60, 238 Rn. 24 f.). Ein in diesem Sinne tatprovokierendes Verhalten ist gegeben, wenn eine polizeiliche Vertrauensperson in Richtung auf das Wecken der Tatbereitschaft oder eine Intensivierung der Tatplanung mit einiger Erheblichkeit stimulierend auf den Täter einwirkt. Auch bei anfänglich bereits bestehendem Anfangsverdacht kann eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation vorliegen, soweit die Einwirkung im Verhältnis zum Anfangsverdacht „unvertretbar übergewichtig“ ist (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2016 – 4 StR 252/15, NStZ 2016, 232 Rn. 3; Urteil vom 10. Juni 2015 – 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276 Rn. 24; Beschluss vom 19. Mai 2015 – 1 StR 128/15, BGHSt 60, 238 Rn. 24 f.; Urteil vom 11. Dezember 2013 – 5 StR 240/13, NStZ 2014, 277, 279 Rn. 34 mwN). Im Rahmen der erforderlichen Abwägung sind insbesondere Grundlage und Ausmaß des gegen den Betroffenen bestehenden Verdachts, Art, Intensität und Zweck der Einflussnahme sowie die eigenen, nicht fremdgesteuerten Aktivitäten des Betroffenen in den Blick zu nehmen (BGH, Urteil vom 10. Juni 2015 – 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276 Rn. 24; Urteil vom 23. Mai 1984 – 1 StR 148/84, BGHSt 32, 345, 346 f.). Spricht

eine polizeiliche Vertrauensperson eine betroffene Person lediglich ohne sonstige Einwirkung darauf an, ob diese Betäubungsmittel beschaffen könne, handelt es sich nicht um eine Tatprovokation (BGH, Beschluss vom 19. Januar 2016 – 4 StR 252/15, NStZ 2016, 232 Rn. 3; Beschluss vom 19. Mai 2015 – 1 StR 128/15, BGHSt 60, 238 Rn. 24 f.; Urteile vom 30. Mai 2001 – 1 StR 42/01, BGHSt 47, 44, 47 und vom 18. November 1999 – 1 StR 221/99, BGHSt 45, 321, 338).

- 18 Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte liegt eine Art. 6 Abs. 1 EMRK verletzende polizeiliche Provokation vor, wenn sich die Ermittlungsperson nicht auf eine „weitgehend passive“ Strafvermittlung beschränkt hat. Der Gerichtshof prüft dabei, ob es objektive Anhaltspunkte für den Verdacht gab, dass der Täter an kriminellen Aktivitäten beteiligt oder tatgeneigt war (vgl. BGH, Urteil vom 19. Mai 2015 – 1 StR 128/15, BGHSt 60, 238 Rn. 27 mwN). Bei der Frage, ob eine Person tatgeneigt war, hält der Gerichtshof nach Maßgabe des konkreten Einzelfalls u.a. die erwiesene Vertrautheit des Betroffenen mit aktuellen Preisen von Betäubungsmitteln, dessen Fähigkeit, solche kurzfristig zu beschaffen, sowie seine Gewinnbeteiligung für bedeutsam (vgl. EGMR, Urteil vom 23. Oktober 2014 – 54648/09, NStZ 2015, 412, 414 Rn. 49 ff. mwN). Bei der Differenzierung zwischen einer rechtmäßigen Infiltrierung durch eine Ermittlungsperson und der (konventionswidrigen) Provokation einer Straftat befasst sich der Gerichtshof mit der Frage, ob Druck ausgeübt wurde, die Straftat zu begehen. Dabei hat der Gerichtshof unter anderem darauf abgestellt, ob die Ermittlungsperson von sich aus Kontakt zu dem Täter aufgenommen, ihr Angebot trotz anfänglicher Ablehnung erneuert oder den Täter mit den Marktwert übersteigenden Preisen geködert hat (vgl. EGMR, Urteil vom 23. Oktober 2014 – 54648/09, NStZ 2015, 412, 414 Rn. 52 mwN).

wird aber für beide Angeklagte aus der Zusammenschau mit der tatsächlichen Einbindung in die Betäubungsmittelhändlerszene belegt.

21 So waren beide ohne weiteres bereit, bei dem Betäubungsmittelgeschäft gegen Gewinnbeteiligung mitzumachen. Sie hatten jeweils Kontakte, die eine kurzfristige Beschaffung von Amphetamingemisch in einer beachtlichen Größenordnung ermöglichte. Dabei zeigten sie sich mit den aktuellen Gepflogenheiten im Rahmen eines solchen Geschäfts vertraut.

22 (1) Ausweislich der Feststellungen war der Angeklagte A. schon am 8. Februar 2016 bereit, ein Geschäft über 50 kg Rauschgift in Deutschland durchzuführen, obwohl der ihm bekannte An. erst Anfang Februar, mithin wenige Tage zuvor, eine Kontaktaufnahme zu ihm in Aussicht gestellt hatte. Für ein über die Anfrage An. s hinausgehendes Einwirken auf diese Bereitschaft gibt es keine Anhaltspunkte und solches wird auch von dem Revisionsführer A. nicht behauptet. In dem am 8. Februar 2016 festgestellten Chatverkehr zwischen An. und dem Angeklagten A.

wurde zudem auch schon mit Begriffen zur Verschleierung des Geschäftsgegenstands kommuniziert, was ebenfalls eine gewisse gedankliche Vorbefassung im Sinne eines übereinstimmenden Verständnisses der Kommunikationspartner von den verschleiern den Begriffen voraussetzt. Nach dem ersten Treffen zwischen den angeblichen Kaufinteressenten und An. am 2. März 2016 erklärte der Angeklagte A. auch sofort seine Absicht, eine dauerhafte Geschäftsbeziehung einzugehen – sich also nicht etwa nur auf das einmalige, von der VP angeregte Geschäft beschränken zu wollen – und stellte für diesen Fall niedrigere Preise für Folgegeschäfte in Aussicht.

- 23 (2) Der Angeklagte O. war ebenfalls in dem oben aufgezeigten Sinne tatgeneigt. Dies findet darin Ausdruck, dass er in ständigen Rauschgiftgeschäftsbeziehungen zu P. stand und auf dessen Anfrage zur Beschaffung des Rauschgifts bereit war, ohne dass es weiterer Einwirkung bedurft hätte. Dies konnte er, da er die nötigen Kontakte zu einem Hersteller des Amphetamingemischs in den Niederlanden besaß. Er übernahm mit seiner Zusage maßgeblich die Ausgestaltung der konkreten Geschäftsabwicklung und wirkte planerisch auf sie ein, etwa im Hinblick auf die Preisgestaltung, die Vorauszahlung, den Kurierlohn, seine Anwesenheit am Geldübergabeort und die konspirative Kommunikationsform. Dabei handelte er jedenfalls auch, um von folgenden Geschäften zu profitieren, die er dahingehend umschrieb, dass es nach oben keine Grenzen gebe.
- 24 bb) Eine unvertretbar Übergewichtige staatlich veranlasste Einwirkung auf das konkrete Betäubungsmittelgeschäft im Übrigen – etwa vermittelt durch den Mittäter An. , dessen Entschluss ausweislich der Feststellungen durch die polizeiliche Vertrauensperson mitverursacht worden war – liegt nicht vor.
- 25 Auch gegenüber dem nicht revidierenden Mitangeklagten An. sind die durch die Grundsätze des fairen Verfahrens oder das Rechtsstaatsprinzip gezogenen Grenzen des zulässigen polizeilichen Lockspitzeinsatzes nicht überschritten worden. Daher kommt es auf die Frage nicht an, inwieweit eine unzulässige Tatprovokation nur gegenüber einem Täter innerhalb einer Kette von nacheinander hinzugezogenen Mittätern das gesamte Strafverfahren überhaupt derart bemakeln könnte, dass es gegen alle Tatbeteiligte, auch solche, die tatgeneigt und auf die nicht unvertretbar Übergewichtig eingewirkt worden war, einzustellen wäre.

26 (1) Zwar ist insoweit in Rechnung zu stellen, dass An. nicht vorbe-
straft war. Für seine Tatgeneigtheit spricht aber, dass seine Einbindung in den
Betäubungsmittelhandel durch sein ziel- und gewinnorientiertes Handeln belegt
wird. So hatte er mit dem Angeklagten A. in kürzester Zeit einen po-
tenten Ansprechpartner für die Beschaffung der in Aussicht genommenen Grö-
ßenordnung zur Hand und er selbst behielt 10.000 Euro von auf vier Personen
aufzuteilenden 35.000 Euro für sich. Auch auf der Grundlage der Feststellungen
lag eine unverhältnismäßige Einwirkung der späteren Vertrauensperson auf
An. nicht vor. Dass Letztgenannter sich aus finanziellen Gründen für die
Zusage gegenüber der späteren Vertrauensperson entschieden hat, begründet
eine solche Annahme nicht, sondern dürfte vielmehr bei Betäubungsmittelge-
schäften das vorherrschende Motiv sein. Für eine irgendwie geartete massive
Einwirkung, sei es durch Insistieren trotz anfänglicher Ablehnung, das Vorspie-
geln einer Notlage der Vertrauensperson (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 10. Juni
2015 – 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276 Rn. 27) oder das Ködern durch überzoge-
ne Gewinnerwartungen fehlen Anhaltspunkte. Spricht aber eine polizeiliche Ver-
trauensperson eine betroffene Person ohne sonstige Einwirkung darauf an, ob
diese Betäubungsmittel beschaffen könne, handelt es sich nicht um eine Tat-
provokation (BGH, Beschlüsse vom 19. Januar 2016 – 4 StR 252/15, NStZ
2016, 232 Rn. 3 und vom 19. Mai 2015 – 1 StR 128/15, BGHSt 60, 238
Rn. 24 f.).

27 (2) Auch aus den Angaben des An. und dem Hinweis auf ein nicht
näher spezifiziertes „Drängen“ ergibt sich solches nicht. Allein der Umstand,
dass das Ansinnen der späteren Vertrauensperson den Entschluss zur konkre-
ten Tat bei An. „wesentlich mitbestimmt bzw. mithervorgerufen hat“, stellt
angesichts seiner zu Tage getretenen Tatgeneigtheit keine rechtsstaatswidrige
Tatprovokation dar.

- 28 (3) Dass das Landgericht die Mitwirkung des verdeckten Ermittlers bei der Strafzumessung berücksichtigt hat, belegt gleichfalls nicht, dass es von einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation ausgegangen ist. Denn es ist nicht gehindert, eine solche Mitwirkung auch dann strafmildernd einzustellen, wenn sich diese in rechtstaatlichen Grenzen hält (vgl. BGH, Urteil vom 4. Juni 1992 – 4 StR 99/92, NStZ 1992, 488).
- 29 c) Aus den Verfahrensakten ergeben sich keine weiter gehenden Anhaltspunkte für eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation. Der Senat war daher nicht zu weiterer freibeweislicher Aufklärung gedrängt.
- 30 d) Da danach eine das Recht der Angeklagten auf ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 6 Abs. 1 EMRK) verletzende Tatprovokation nicht vorliegt, kommt es nicht mehr darauf an, ob und unter welchen Bedingungen daraus ein Verfahrenshindernis resultiert (vgl. hierzu BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 18. Dezember 2014 – 2 BvR 209/14, NJW 2015, 1083 Rn. 43; BGH, Urteil vom 10. Juni 2015 – 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276 Rn. 24; Beschluss vom 19. Mai 2015 – 1 StR 128/15, BGHSt 60, 238 Rn. 24 f.). Dabei wäre aber zu beachten, dass aus dem Rechtsstaatsgedanken herzuleitende Verfahrenshindernisse eine seltene Ausnahme darstellen, weil das Rechtsstaatsgebot nicht nur die Belange des Beschuldigten, sondern auch das Interesse an einer der materiellen Gerechtigkeit dienenden Strafverfolgung schützt (BVerfG, Beschluss vom 18. Dezember 2014 – 2 BvR 209/14, NJW 2015, 1083, 1084 ff.; BGH, Beschluss vom 26. Juli 2017 – 3 StR 52/17, ZInsO 2017, 2314).

III.

31 Die weiteren, vom Angeklagten A. erhobenen Verfahrensrügen führen nicht zum Erfolg der Revision.

32 1. Die Rüge einer Verletzung des § 338 Nr. 8 StPO durch die Sitzordnung in der Hauptverhandlung ist unzulässig. Dies gilt bereits deswegen, weil von dem Zwischenrechtsbehelf des § 238 Abs. 2 StPO kein Gebrauch gemacht wurde; dies wäre aber erforderlich gewesen, da eine auf die Sachleitung bezogene Anordnung beanstandet wird (vgl. hierzu BGH, Beschlüsse vom 20. September 2016 – 3 StR 84/16, NJW 2017, 181, 182 und vom 20. Januar 2016 – 4 StR 376/15, StV 2016, 771). Die Rüge würde aber auch nicht den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO genügen. Denn es wird weder vortragen, dass der Platz neben dem Angeklagten für seinen Wahlverteidiger freigehalten worden war, der aber nicht erschien, noch, dass der Angeklagte mehrfach in der Hauptverhandlung zum Ausdruck gebracht hatte, mit seiner entfernt sitzenden Pflichtverteidigerin nicht zusammen arbeiten zu wollen. Dies wäre aber erforderlich gewesen, um beurteilen zu können, ob der geltend gemachte Verfahrensfehler vorliegt, da der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 8 StPO nur dann gegeben ist, wenn die Möglichkeit eines kausalen Zusammenhangs zwischen dem Verfahrensverstoß und dem Urteil konkret besteht (vgl. Nachweise bei Gericke in KK-StPO, 7. Aufl., § 338 Rn. 101).

33 2. Soweit von der Revision die „Verletzung von Beweiserhebungspflichten“ beanstandet wird, richtet sich dies einerseits gegen das Unterlassen des Gerichts einem Beweisantrag nachzugehen, andererseits gegen das Unterlassen einer weiteren Aufklärung.

34 a) Der mit der Angriffsrichtung Verletzung des § 244 Abs. 3 StPO erhobenen Rüge liegt ein Antrag des Mitangeklagten An. zugrunde.

35 aa) Jener hatte in der Hauptverhandlung beantragt, die VP namens „R. “, zu der ein früherer Aufenthaltsort in Ma. mitgeteilt wird, zu vernehmen. Jene werde bekunden, dass sie dem An. den Vorschlag unterbreitet habe, mit Amphetamingeschäften viel Geld verdienen zu können. Auf den Einwand des An. , in Spanien keine entsprechenden Kontakte zu haben, habe die VP auf Deutschland als Durchführungsort verwiesen. Sie habe dann „drängend“ gefragt, ob An. nicht in Deutschland jemanden für ein solches Amphetamingeschäft kenne, woraufhin An. versprochen habe, sich danach umzuhören. Dadurch werde bewiesen, dass es sich anders abgepielt habe, als in einem Aktenvermerk eines Ermittlungsbeamten niedergelegt. Der Beweis Antrag schließt mit dem Bemerkten, die „Beweistatsache mag als wahr unterstellt werden“.

36 Nachdem sich das Landgericht vergeblich um die Namhaftmachung bzw. Ladung des Zeugen – auch in Spanien – und die Benennung durch das Baden-Württembergische Innen- und Justizministerium bemüht hatte, lehnte es den Antrag, den es als auf Beweisermittlung zielend angesehen hat, ab. Dabei hat es zum einen darauf abgestellt, dass es in dem Ersuchen um Benennung der VP an das Ministerium bereits sämtliche Gründe dargelegt habe, warum eine Sperrung der VP nicht für notwendig erachtet werde. Dennoch sei trotz Angebots einer Vernehmung unter Ausschluss der Öffentlichkeit oder einer audiovisuellen Vernehmung durch das Innenministerium eine Sperrerklärung erteilt worden. Deswegen sei „ein weiteres – nochmaliges – Zugehen auf das Ministerium“ nicht Erfolg versprechend. Zum anderen sei die Ermittlung der Personalien und einer ladungsfähigen Anschrift der VP nach Auskünften des Grundbuchamtes in Ma. und des spanischen Einwohnermeldeamtes sowie der spanischen Polizei gescheitert, so dass keine erfolgversprechenden weiteren Ansatzpunkte zur Ermittlung der Personalien vorlägen.

37 bb) Der Revisionsführer ist der Ansicht, es habe sich um einen Beweis-
antrag gehandelt, der nicht mit der gegebenen Begründung habe abgelehnt
werden dürfen. Vielmehr hätte das Landgericht dem Antrag mit einer Gegen-
vorstellung gegen die Sperrklärung des Innenministeriums Baden-
Württemberg nachgehen müssen.

38 cc) Losgelöst von der Frage der Rügeberechtigung (vgl. hierzu BGH, Be-
schluss vom 4. Mai 2011 – 5 StR 124/11, StV 2011, 458; Urteil vom 16. Juni
1983 – 2 StR 837/82, BGHSt 32, 10, 12), erweist sich die Rüge schon aus an-
deren Gründen als unzulässig. Denn der in dem Beweis Antrag des Mitange-
klagten in Bezug genommene Aktenvermerk wird nicht vorgetragen (vgl. hierzu
BGH, Urteil vom 17. Juli 2014 – 4 StR 78/14, NStZ 2014, 604). Zudem wird die
Sperrklärung für die eingesetzten verdeckten Ermittler nicht vorgetragen, ob-
wohl darauf in der Sperrklärung betreffend die VP verwiesen wird. Hierdurch
wird dem Senat entgegen § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO nicht ermöglicht, allein auf
der Grundlage des Revisionsvortrags ohne Rückgriff auf die Akten zu prüfen,
ob der Verfahrensfehler vorliegt, wenn die behaupteten Tatsachen bewiesen
werden.

39 b) Aus den aufgezeigten Gründen erweist sich auch die Rüge der Verlet-
zung der Aufklärungspflicht wegen unzureichenden Vortrags als unzulässig.

IV.

40 Die sachlich-rechtliche Überprüfung des Urteils weist zum Schuld- und
Strafausspruch keinen Rechtsfehler auf. Insoweit wird auf die zutreffenden Aus-
führungen in der Antragsschrift des Generalbundesanwalts verwiesen. Keinen
Bestand haben kann das Urteil allein insoweit als von der Anordnung der Un-

terbringung des Angeklagten O. in der Entziehungsanstalt abgesehen worden ist.

41 1. Das Landgericht hat angenommen, dass der Angeklagte zwar betäubungsmittelabhängig sei, mithin ein Hang im Sinne des § 64 StGB vorliege, aber die Tat nicht auf diesen Hang zurückgehe. Hierzu hat sie darauf abgestellt, dass der Angeklagte im Rotlichtmilieu jederzeit die Möglichkeit gehabt habe, sich Drogen zu beschaffen und erhebliche Geldmittel zur Verfügung gehabt habe. Die Tat sei ein reines Mittel zur Geldbeschaffung und zur Bestreitung des Lebensunterhaltes bzw. der Anhäufung von Gewinnen gewesen.

42 2. Diese Ablehnung eines symptomatischen Zusammenhangs zwischen dem Hang und der Tat begegnet durchgreifenden Bedenken. Die Anordnung einer Maßregel nach § 64 StGB kommt in Betracht, wenn es sich um eine rechtswidrige Tat handelt, die der Täter im Rausch begangen hat oder die auf seinen Hang zurückgeht. Dabei ist die erste Alternative nur ein Unterfall der zweiten, so dass diese den Oberbegriff darstellt. In beiden Fällen muss zwischen der Tat und dem Hang ein ursächlicher Zusammenhang bestehen (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 28. August 2013 – 4 StR 277/13, NStZ-RR 2014, 75). Dieser Zusammenhang liegt vor, wenn die Tat in dem Hang ihre Wurzel findet. Die konkrete Tat muss also Symptomwert für den Hang des Täters zum Missbrauch von Rauschmitteln haben, indem sich in ihr seine hangbedingte Gefährlichkeit äußert.

43 Ob der Angeklagte die Tat im Rausch begangen hat, nimmt das Landgericht aber bei der Prüfung des symptomatischen Zusammenhangs nicht in den Blick. Zwar hat es – sachverständig beraten – rechtsfehlerfrei angenommen, dass die Steuerungsfähigkeit des Angeklagten zur Tatzeit nicht erheblich beeinträchtigt war. Jedoch lassen die Ausführungen, insbesondere die Verweisung

auf den entsprechenden Abschnitt der Urteilsgründe, besorgen, dass es rechtsirrig davon ausgegangen ist, ein Rausch im Sinne des § 64 StGB setze eine erhebliche Verminderung des Hemmungsvermögens im Sinne des § 21 StGB voraus. Für die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt kommt es aber nicht darauf an, dass zumindest verminderte Schuldfähigkeit des Täters im Sinne des § 21 StGB feststeht. Entscheidend ist allein, dass im Einzelfall im Rausch der Anreiz für die Begehung der Tat liegt (BGH, Urteil vom 12. September 1990 – 1 StR 293/90, NJW 1990, 3282). Das ist vorliegend vom Landgericht nicht geprüft worden und lässt sich angesichts der festgestellten Konsummengen des Angeklagten O. auch nicht ohne weiteres ausschließen. Da sich auch die übrigen Voraussetzungen des § 64 StGB anhand der Urteilsfeststellungen nicht ausschließen lassen, beruht das Urteil auf diesem Fehler. Insbesondere ist das Fehlen eines „nachhaltigen Effekts“ einer im Jahre 2008 durchlaufenen viermonatigen Drogenentzugstherapie für sich genommen kein Anlass, das Fehlen einer hinreichenden Erfolgsaussicht zu konstatieren. Denn aus einem einmaligen Rückfall ergibt sich nicht ohne weiteres, dass der Angeklagte auch dieses Mal wieder rückfällig wird (vgl. BGH, Beschluss vom 23. Oktober 1996 – 4 StR 473/96, NStZ-RR 1997, 131).

44 Die Frage der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt bedarf daher – wiederum unter Hinzuziehung eines Sachverständigen – neuer tatrichterlicher Prüfung.

V.

45 Die Kostenentscheidung des Landgerichts betreffend den Angeklagten
A. entspricht der Sach- und Rechtslage, weswegen seine Kostenbe-
schwerde zu verwerfen war.

Raum

Jäger

Bellay

Cirener

Hohoff