



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

5 StR 650/17

vom

4. Juli 2018

in der Strafsache

gegen

1.

2.

3.

wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 4. Juli 2018,  
an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof Dr. Mutzbauer,  
als Vorsitzender

die Richter am Bundesgerichtshof  
Prof. Dr. Sander,  
Dr. Berger,  
Prof. Dr. Mosbacher,  
Köhler  
als beisitzende Richter,

Bundesanwalt  
als Vertreter des Generalbundesanwalts,

Rechtsanwältin V.  
als Verteidigerin des Angeklagten Y. ,

Rechtsanwalt N.  
als Verteidiger des Angeklagten A. C. ,

Rechtsanwältin H.  
als Verteidigerin des Angeklagten B. ,

Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 20. Juli 2017 mit den Feststellungen aufgehoben, soweit

- a) das Verfahren hinsichtlich der Angeklagten Y. und A. C. eingestellt und
- b) der Angeklagte B. freigesprochen worden ist.

Insoweit wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts Hamburg zurückverwiesen.

- Von Rechts wegen -

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat angenommen, die Angeklagten Y. und der von einem weiteren Vorwurf freigesprochene A. C. seien zu ihrer Tat jeweils rechtsstaatswidrig provoziert worden, und hat das Verfahren infolgedessen eingestellt (§ 260 Abs. 3 StPO). Den Angeklagten B. hat es freigesprochen. Gegen diese Verfahrenseinstellungen und den Freispruch B. s wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihren auf die Verletzung materiellen Rechts ge-

stützten Revisionen. Die vom Generalbundesanwalt vertretenen Rechtsmittel haben Erfolg.

I.

2 Im allein entscheidungsrelevanten Tatkomplex des „Scheingeschäfts“ legt die Anklageschrift den Angeklagten sowie dem deswegen rechtskräftig verurteilten K. C. zur Last, mit fünf Kilogramm Kokaingemisch gehandelt zu haben. Hierzu hat das Landgericht folgende Feststellungen getroffen:

3 1. Durch die Aussage einer Vertrauensperson (VP1) geriet der Angeklagte A. C. in den Verdacht, mit weiteren Familienmitgliedern mit Kokain im Kilogramm Bereich zu handeln. K. C., einer seiner Brüder, sei der „Kopf“ des Drogenhandels. Weitere Brüder (F. und C.) sowie sein Cousin O. seien ebenfalls involviert. Die Gruppierung betreibe einen „Kulturverein“ und einen Kiosk in H. . Von beiden Einrichtungen aus werde mit Betäubungsmitteln gehandelt. Nach Aufnahme der Ermittlungen am 9. Dezember 2015 wurden zahlreiche Überwachungsmaßnahmen ermittlungsrichterlich genehmigt. Zudem erhielt eine weitere Vertrauensperson (VP2) den Auftrag, ein Betäubungsmittelgeschäft anzubahnen. Es konnte nicht festgestellt werden, welche Vorteile ihr hierfür in Aussicht gestellt wurden und ob deren Ausmaß von einem Ermittlungserfolg abhängig war.

4 Die VP2 gab am 26. Januar 2016 im Rahmen einer Vernehmung durch ihren „Führer“ an, zu einem nicht näher bezeichneten Zeitpunkt von dem bis dahin nicht verdächtigten Angeklagten Y. an einem nicht näher feststellbaren Ort auf Kokaingeschäfte angesprochen worden zu sein, wobei dieser Lieferungen von bis zu zehn Kilogramm in Aussicht gestellt habe. Infolge dieses Angebots habe ein weiteres Treffen stattgefunden, zu dem der Angeklagte Y. ei-

ne Person mitgebracht habe, die sich als „K.“ vorgestellt habe und bei der es sich nach den Angaben des Angeklagten Y. um einen „großen Koksdealer“ handeln sollte. „K.“ habe die VP2 gefragt, was diese in der Lage sei abzuwickeln. Die VP2 habe daraufhin nach Qualität und Preis gefragt. „K.“ habe geantwortet, dass es um „gestempelte Pakete“ gehe und man erst mal „eins machen“ solle, womit sich die VP2 einverstanden erklärt habe. „K.“ habe dann mitgeteilt, dass der weitere Kontakt über den Angeklagten Y. laufen solle.

5 Ein weiteres vom VP-Führer in Auftrag gegebenes Treffen am 9. Februar 2016 wurde polizeilich observiert. Zudem wurde der von dem Angeklagten Y. genutzte Pkw, in dem dieser sich mit der VP2 über das geplante Betäubungsmittelgeschäft unterhielt, akustisch überwacht. Im Rahmen dieser Gespräche versicherte der Angeklagte Y. der VP2, dass alles, was er für richtig halte, gemacht werden könne. Im Anschluss hieran erhielt die VP2 von ihrem „Führer“ den Auftrag, am 16. Februar 2016 ein Geschäft über fünf Kilogramm Kokain zum Preis von 190.000,- Euro durchzuführen.

6 Noch am selben Tag entschuldigte sich die VP2 bei dem Angeklagten per Textnachricht dafür, dass es zu einem Missverständnis gekommen sei. Der Angeklagte Y. solle dem „Ab.“ sagen, nächste Woche am Dienstag werde es sicher „klappen“. Dann sollten an dem Platz von heute „fünf Frauen“ sein, die VP2 werde „Kleidung“ für diese dabei haben. Der Angeklagte Y. antwortete kurze Zeit später, dass es „okay“ sei und so sein solle, wie die VP2 es wolle. Am 12. Februar 2016 wurde der genannte Termin nochmals von beiden Beteiligten bestätigt. Auch am folgenden Tag kommunizierten der Angeklagte Y. und die VP2 mittels Textnachrichten. Der Angeklagte schrieb „Zwei Blondinen, Mädels wie Models, sogar rasiert“, worauf die VP2 unverzüglich antwortete: „2? Waren es nicht 5?“. Der Angeklagte Y. verwies auf die getroffene Abspra-

che. Die VP2 schrieb daraufhin: „ok. 5 Frauen“. Der Angeklagte fragte, ob die VP2 „fünf Stück erledigen könne“. Die VP2 sicherte dies zu.

7 Am 16. Februar 2016 fuhr sie mit dem Angeklagten Y. in dessen Fahrzeug zur Raststätte S. –O. . Im Auto unterhielten sie sich konspirativ über das bevorstehende Geschäft und die Möglichkeit der Abwicklung zukünftiger Lieferungen. Dabei brachte die VP2 das Gespräch auf „K. Ab. “, woraufhin sie vom Angeklagten Y. aufgefordert wurde, nicht im Auto zu sprechen.

8 An der Raststätte begaben sich beide zum Fahrzeug eines dort wartenden, nicht offen ermittelnden Polizeibeamten (NoeP). Dieser nahm eine Sporttasche aus dem Kofferraum und reichte sie dem inzwischen auf der Rückbank sitzenden Angeklagten Y. , der das darin befindliche Geld (190.000,- Euro) prüfte. Anschließend legte es der Angeklagte in die Tasche zurück, die der NoeP wiederum im Kofferraum verstaute. Etwa gegen 12:30 Uhr fuhr der Angeklagte Y. wieder ab.

9 In den folgenden Stunden traf sich der Angeklagte Y. mit F. C. und hatte zudem telefonische Kontakte mit konspirativem Charakter zu O. und A. C. . Letzterer telefonierte gegen 14:00 Uhr mit dem Angeklagten B. , erkundigte sich, wo sich dieser aufhalte und kündigte sodann sein Kommen in wenigen Minuten an.

10 Nach Rückkehr des Angeklagten Y. zur Raststätte S. –O. um 15:18 Uhr rief dieser von der dortigen Telefonzelle aus den Angeklagten A. C. an und forderte ihn auf, sofort und nicht „leer“ zu kommen, so wie es besprochen worden sei. Außerdem erläuterte er den Anfahrtsweg zur Raststätte. Die VP2 berichtete unterdessen dem NoeP, dass fünf Kilogramm Kokain

nicht geliefert werden könnten, da am Vortag sechs Kilogramm verkauft worden und deshalb nur noch vier Kilogramm vorhanden seien.

11           Gegen 15:42 Uhr trafen auch die Angeklagten A.     C.     und B. an der Raststätte ein. Die drei Angeklagten sprachen etwa zehn Minuten mit der VP2, wobei entweder der Angeklagte B.     oder der Angeklagte A. C.     in Richtung der Raststätte S.     –W.     zeigte. Danach fahren diese beiden Angeklagten wieder ab. Die VP2 berichtete daraufhin dem NoeP, dass nunmehr doch fünf Kilogramm Kokain geliefert werden könnten, jedoch in zwei hälftigen Mengen. Sie berichtete ferner, dass es Meinungsverschiedenheiten bezüglich des Übergabeortes gegeben habe und die Verkäufer aufgrund der dort besseren Abfahrtsmöglichkeiten die andere Seite der Raststätte vorgeschlagen hätten; dies habe er abgelehnt.

12           Gegen 16:30 Uhr traf K.     C.     mit seinem Fahrzeug gemeinsam mit A.     C.     an der Raststätte S.     –O.     ein. Er erklärte dem Angeklagten Y.     und der VP2, dass er mit einer Kokainübergabe an diesem Ort nicht einverstanden sei und das Geschäft in einem nahegelegenen Restaurant durchführen wolle. Als die VP2 trotz Vermittlungsversuchen des Angeklagten Y.     den geforderten Ortswechsel ablehnte, erklärte der Angeklagte K. C.     , dass das Geschäft dann nicht stattfinden werde und verließ die Raststätte. Die VP2 signalisierte dem NoeP mit einer Handbewegung, dass das Geschäft fehlgeschlagen sei.

13           Die Angeklagten A.     C.     und Y.     begaben sich zu dessen Pkw und fuhren ebenfalls davon. Auf der Fahrt unterhielten sie sich über das gescheiterte Geschäft und die ablehnende Haltung der VP2 zu dem von K. C.     vorgeschlagenen Übergabeort. Der Angeklagte Y.     äußerte sinnge-

mäßig, dass er nicht wisse, weshalb die VP2 den anderen Übergabeort nicht akzeptiert habe. Die VP2 kenne ihn nicht und habe kein Vertrauen.

14            2. Das Landgericht hat die Feststellungen bezüglich der Tathandlungen der schweigenden Angeklagten im Wesentlichen aufgrund der Angaben der polizeilichen Ermittlungsführer und des NoeP, des Inhalts der Observationsberichte sowie aufgrund der Erkenntnisse aus der Pkw-Innenraum- und der Telekommunikationsüberwachung getroffen. Den infolge von Sperrerklärungen ausschließlich durch die VP-Führer eingeführten Angaben der beiden Vertrauenspersonen hat es keinen bzw. einen nur geringen Beweiswert beigemessen, da bei der Würdigung von Angaben einer Verhörsperson eine besonders vorsichtige und kritische Vorgehensweise geboten sei. Feststellungen dürften auf solche Beweismittel regelmäßig nur dann gestützt werden, wenn die Angaben durch andere wichtige Beweisanzeichen bestätigt würden.

15            Das Landgericht war aus diesem Grund der Ansicht, insbesondere zum konkreten Auftrag der VP2 hinsichtlich der Einzelheiten des Scheingeschäfts und zur Entstehung des Kontakts zwischen der VP2 und dem Angeklagten Y. - keine Feststellungen treffen zu können. Die Angaben der VP2 zur Kontaktgenese hat es als „ausgesprochen lebensfremd“ (UA S. 28) bewertet. Es sei nicht nachvollziehbar, dass die VP2 „aus dem Nichts“ von dem Angeklagten Y. angesprochen worden sei und dieser sogleich Kokaingeschäfte in der angegebenen Größenordnung thematisiert habe. „Zugunsten des Angeklagten Y.“ ist das Landgericht davon ausgegangen, dass dieser den Betäubungsmittelhandel nicht initiiert habe. Weiter konnte es nicht ausschließen, „dass zur Anbahnung des Betäubungsmittelgeschäfts (auch) unlautere Mittel von der VP2“ (UA S. 28) eingesetzt worden seien, um den Angeklagten Y. zur Durchführung des Geschäfts zu bewegen.



- 16            3. a) Danach hat das Landgericht eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation bejaht und das Verfahren gegen den unbestraften Angeklagten Y. gemäß § 260 Abs. 3 StPO eingestellt. Es könne zudem nicht ausgeschlossen werden, dass die VP2 bei der Gestaltung des Betäubungsmittelgeschäfts einen zu weiten Spielraum gehabt habe, wobei weiter nicht aufklärbar gewesen sei, ob der VP2 bei Sicherstellung einer größeren Menge von Betäubungsmitteln eine höhere Vergütung in Aussicht gestellt worden sei. Angesichts dieser Kumulation von Verstößen gegen die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens sei eine strafmildernde Kompensation unzureichend. Vielmehr sei das Verfahren insbesondere angesichts der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR, Urteil vom 23. Oktober 2014 – 54648/09 „Furcht gegen Deutschland“, NStZ 2015, 412) und des 2. Strafsenats des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 10. Juni 2015 – 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276) einzustellen.
- 17            Entsprechendes gelte für den Angeklagten A. C. . Die bei der Provokation des Angeklagten Y. festgestellten Verstöße wirkten sich insofern mittelbar aus. Denn der Angeklagte Y. habe den Angeklagten A. C. in die Tat verstrickt. Zudem handele es sich auch bei dem Angeklagten A. C. um eine unbestrafte Person, gegen die nur ein äußerst vager Anfangsverdacht bestanden habe, der eine Maßnahme wie die Anbahnung eines Kokaingeschäfts im Kilogramm Bereich nicht gerechtfertigt hätte.
- 18            b) Den Angeklagten B. hat das Landgericht – trotz der Überzeugung davon, dass dieser sich am 16. Februar 2016 gemeinsam mit dem Angeklagten A. C. zur Raststätte S. –O. begeben und sich dort mit dem Angeklagten Y. sowie der VP2 getroffen hat – freigesprochen, da es keine konkreten Tatbeiträge zu einem Betäubungsmittelgeschäft habe feststellen können. Insbesondere das Gespräch, in dem der Angeklagte B. der VP2 die Anlieferung von zweieinhalb Kilogramm Kokain in Aussicht gestellt haben soll, könne

allein auf die Bekundungen des VP-Führers gestützt werden. Hinreichende Beweiszeichen, die diese Angaben des Zeugen vom Hörensagen stützen könnten, hat das Landgericht als nicht gegeben erachtet.

II.

19 Die Revision der Staatsanwaltschaft hinsichtlich des Angeklagten A.  
C. ist rechtswirksam auf die Entscheidung zum „Scheingeschäft“ beschränkt.

20 Zwar hat die Staatsanwaltschaft eingangs ihrer Revisionsbegründung keine Beschränkung erklärt und am Ende ihrer Ausführungen die (uneingeschränkte) Aufhebung des Urteils mit den Feststellungen beantragt. Mit diesem die Entscheidung zum weiteren Komplex des „Betäubungsmittellagers“ einschließenden Revisionsantrag steht jedoch der übrige Inhalt der Revisionsbegründungsschrift nicht in Einklang. Aus dieser ergibt sich, dass die Revisionsführerin allein die Beweiswürdigung zum „Scheingeschäft“ und die sich hieran anknüpfende Annahme eines Verfahrenshindernisses für fehlerhaft hält. Ausführungen zum zweiten Tatkomplex enthält die Revisionsbegründungsschrift nicht. Da sich somit Revisionsantrag und Inhalt der Revisionsbegründung widersprechen, ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs das Angriffsziel des Rechtsmittels durch Auslegung zu ermitteln (vgl. BGH, Urteile vom 12. April 1989 – 3 StR 453/88, BGHR StPO § 344 Abs. 1 Antrag 3, und vom 25. November 2003 – 1 StR 182/03, NStZ-RR 2004, 118).

21 Nach dem hierbei maßgeblichen Sinn der Revisionsbegründung ist allein der Teil des Urteils, der sich mit dem „Scheingeschäft“ beschäftigt, Gegenstand des Revisionsangriffs. Denn bei dem weiteren Komplex handelt es sich um eine andere prozessuale Tat, bei der es um Betäubungsmittelfunde im Rahmen von

mehrere Monate später vorgenommenen Durchsuchungen geht. Deren Einbeziehung liegt fern, zumal dabei auch weitere Drogenarten (Marihuana und Hero-in) gefunden wurden. Unter Berücksichtigung von Nr. 156 Abs. 2 RiStBV versteht der Senat daher das gesamte Revisionsvorbringen dahin, dass die Staatsanwaltschaft Feststellungen und Sachentscheidung zum „Betäubungsmittelager“ nicht angreifen will (vgl. BGH, Urteil vom 25. April 2013 – 4 StR 296/12 mwN).

### III.

22 Die den Einstellungsentscheidungen (1.) und dem Freispruch (2.) vom Landgericht zugrundegelegten Feststellungen erweisen sich als nicht tragfähig.

23 1. Der Senat kann nicht feststellen, ob ein die Einstellungsentscheidungen tragendes Verfahrenshindernis besteht.

24 a) Ein Verfahrenshindernis – wie es das Landgericht zugunsten der Angeklagten Y. und A. C. angenommen hat – wird nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs durch solche Umstände begründet, die es ausschließen, dass über einen Prozessgegenstand mit dem Ziel einer Sachentscheidung verhandelt werden darf. Die Umstände müssen dabei so schwer wiegen, dass von ihrem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein die Zulässigkeit des gesamten Verfahrens abhängig gemacht werden muss (BGH, Urteile vom 9. Dezember 1987 – 3 StR 104/87, BGHSt 35, 137, 140; vom 25. Oktober 2000 – 2 StR 232/00, BGHSt 46, 159, 168 f., und vom 6. September 2016 – 1 StR 104/15, wistra 2017, 193, 195). Selbst schwere Verfahrensfehler, wie etwa der Verstoß gegen § 136a Abs. 1 StPO (also die Herbeiführung einer Aussage des Beschuldigten durch Misshandeln, Quälen, Täuschen oder das Verabreichen von Mitteln), führen – insofern schon nach der ausdrücklichen

Bewertung durch den Gesetzgeber – nicht ohne weiteres zu einem Verfahrenshindernis (BGH, Urteile vom 6. September 2016 – 1 StR 104/15, aaO, und vom 25. Oktober 2000 – 2 StR 232/00, aaO, 173).

25 Auf dieser Grundlage ist ein die Verurteilung der genannten Angeklagten ausschließendes Verfahrenshindernis aufgrund rechtsstaatswidriger Tatprovokation – wie es vom Landgericht bejaht worden ist – nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs – auch unter Berücksichtigung der die Entscheidung des 2. Strafsenats im Urteil vom 10. Juni 2015 (2 StR 97/14) tragenden Gründe – lediglich in extremen Ausnahmefällen, also bei einer besonders hohen Eingriffsintensität gegeben (vgl. BVerfG, NJW 2015, 1083; BGH, Urteil vom 7. Dezember 2017 – 1 StR 320/17, NStZ 2018, 355; Beschluss vom 19. Mai 2015 – 1 StR 128/15, BGHSt 60, 238, 244 f.). Denn das Rechtsstaatsprinzip schützt nicht nur Belange des Beschuldigten, sondern auch das Interesse an einer der materiellen Gerechtigkeit dienenden Strafverfolgung (BGH, Beschluss vom 19. Mai 2015 – 1 StR 128/15, aaO, 241).

26 Ausgangspunkt ist dabei, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK aufgrund polizeilicher Tatprovokation nur dann vorliegt, wenn eine nicht verdächtige 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, Beschlüsse vom 19. Januar 2016 – 4 StR 252/15, NStZ 2016, 232, und vom 19. Mai 2015 – 1 StR 128/15, BGHSt 60, 238, 244 f.; Urteil vom 7. Dezember 2017 – 1 StR 320/17, NStZ 2018, 355, 356). 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 Erheb-

lichkeit 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 (BGH, Beschlüsse vom 19. Januar 2016 – 4 StR 252/15, NStZ 2016, 232, und vom 19. Mai 2015 – 1 StR 128/15, BGHSt 60, 238; Urteile vom 10. Juni 2015 – 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276, 284 f., und vom 11. Dezember 2013 – 5 StR 240/13, NStZ 2014, 277, 279). 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, Urteile vom 10. Juni 2015 – 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276, 285 und 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, Beschlüsse vom 19. Januar 2016 – 4 StR 252/15, NStZ 2016, 232 und vom 19. Mai 2015 – 1 StR 128/15, BGHSt 60, 238; Urteile vom 18. November 1999 – 1 StR 221/99, BGHSt 45, 321, 338, und vom 7. Dezember 2017 – 1 StR 320/17, NStZ 2018, 355, 357).

27 Auch 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 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, NStZ 2015, 412, 414). 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, aaO).

28            b) Ob auf dieser Grundlage eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation vorliegt, die aufgrund ihrer Schwere zu einem Verfahrenshindernis führt, hat das Revisionsgericht zwar grundsätzlich selbst aufgrund der vorliegenden oder von ihm noch weiter zu treffenden ergänzenden Feststellungen und des Akteninhalts zu entscheiden. Es ist ihm aber nicht verwehrt, die Sache zur Nachholung fehlender Feststellungen an das Tatgericht zurückzuverweisen. Dazu kann insbesondere dann Anlass bestehen, wenn die Ermittlung der maßgebenden Tatsachen eine Beweisaufnahme wie in der tatgerichtlichen Hauptverhandlung erforderlich machen würde (BGH, Beschluss vom 18. November 2015 – 4 StR 76/15, NStZ-RR 2016, 42, 43). Entsprechendes kann gelten, wenn die Feststellung eines Verfahrenshindernisses von der Würdigung der vom Tatgericht erhobenen Beweise abhängt. Denn diese ist zumindest dann – wenn sie wie vorliegend untrennbar mit den Feststellungen zur Schuldfrage verbunden ist – Sache des Tatgerichts und liegt in dessen Verantwortung (vgl. BGH, Urteil vom 19. Oktober 2010 – 1 StR 266/10, BGHSt 56, 6, 10).

29            So verhält es sich hier. Denn hinsichtlich der Frage, ob die Taten der Angeklagten Y.        und A.        C.        rechtsstaatswidrig provoziert worden sind, hat das Landgericht wesentliche Umstände, die das Vorgehen der Angeklagten und die Entwicklung des Kontaktes des Angeklagten Y.        zur VP2 betreffen,

teilweise bewusst nicht in den Blick genommen und darüber hinaus einen Widerspruch bei seinen abwägenden Überlegungen nicht aufgelöst.

30 Dem Urteil lässt sich insofern entnehmen, dass die VP2 sich gegenüber ihrem „Führer“ namentlich zum Inhalt eines Gesprächs mit dem Angeklagten Y. am 9. Februar 2016, zu einem zuvor erfolgten Treffen sowie zum Entstehen des Kontakts insgesamt geäußert hat. Das Landgericht hat gemeint, diese durch den VP-Führer als einen Zeugen vom Hörensagen wiedergegebenen Angaben nicht berücksichtigen zu dürfen, weil sie nicht „durch andere wichtige Beweisanzeichen bestätigt worden“ seien, und sie infolgedessen in den Urteilsgründen nur partiell mitgeteilt. Diese Verfahrensweise war unzutreffend. Denn auch derart eingeführten Umständen kommt ein Beweiswert zu, mag er auch regelmäßig gering sein. Sie hätten daher mit dem ihnen zukommenden Gewicht in die Würdigung sämtlicher Beweisergebnisse eingestellt werden müssen, wären jedoch nur dann geeignet gewesen, die Angeklagten belastende Feststellungen zu tragen, sofern sie im Rahmen der Gesamtwürdigung durch andere gewichtige Beweisanzeichen – gegebenenfalls auch nur mittelbar – bestätigt worden wären. Den Weg zu dieser Bewertung sämtlicher Beweisanzeichen – etwa dem zeitlich und organisatorisch offenbar straffen Ablauf bis zur beabsichtigten Kokainübergabe am 16. Februar 2016 – hat sich das Landgericht indes verstellt.

31 Es hat aufgrund der danach defizitären Prüfung ausdrücklich nicht festzustellen vermocht, wie der Kontakt zwischen der VP2 und dem Angeklagten Y. zustande gekommen ist und sich der Kokainhandel entwickelt hat. Selbst wenn das Landgericht dieses Ergebnis auf rechtsfehlerfreie Weise erzielt hätte, wäre ihm – worauf der Generalbundesanwalt zutreffend hingewiesen hat – die Annahme nicht gestattet gewesen, „dass zur Anbahnung des Betäubungsmittelgeschäfts (auch) unlautere Mittel von der VP2 eingesetzt wurden“. Denn es

ist weder durch den Zweifelssatz – bei dem es sich ohnehin nicht um eine auf einzelne Indizien anzuwendende Beweis-, sondern nach abgeschlossener Beweiswürdigung gegebenenfalls eingreifende Entscheidungsregel handelt – noch sonst geboten, zugunsten des Angeklagten Geschehensabläufe zu unterstellen, für deren Vorliegen – wie hier – keine Anhaltspunkte bestehen.

32 Dies gilt insbesondere für die Erkenntnisse aus den Telefon- und Pkw-Innenraum-Überwachungsmaßnahmen. Diese zeugen von einer ausnahmslos „kollegialen“ und geschäftsbezogenen Kommunikation zwischen beiden Beteiligten und deuten – im Einklang mit den Angaben der VP2 – in keiner Weise auf unlautere Einflussnahmen durch diese hin.

33 Auch ein Fall, in dem aufgrund der Sperrung eines potentiell entlastenden Beweismittels ausnahmsweise eine hypothetisch entlastende Aussage des gesperrten Zeugen in die Beweiswürdigung einzustellen sein könnte (vgl. BGH, Urteil vom 4. März 2004 – 3 StR 218/03, BGHSt 49, 112), liegt nicht vor. Die Rechtsprechung des EGMR zur – dem deutschen Verfahrensrecht grundsätzlich systemfremden – „Beweislast“ der Staatsanwaltschaft für das Nichtvorliegen einer Tatprovokation (vgl. nur EGMR, aaO, Rn. 53) erfordert angesichts der konkreten Umstände des vorliegenden Falls keine andere Bewertung.

34 Darüber hinaus erweist sich die Beweiswürdigung in einem Punkt als widersprüchlich. Hinsichtlich der seitens der VP2 vom Angeklagten Y. geordneten größeren Kokainmenge hält das Landgericht es einerseits für möglich, dass dieser nicht „in der Lage war, eine solche Menge zu beschaffen“. Andererseits bezieht es Inhalte am 16. Februar 2016 geführter Telefonate – insbesondere zwischen den Angeklagten Y. und A. C. – auf die Anlieferung von Kokain, die nur deshalb nicht erfolgt sei, „weil die Angeklagten Bedenken wegen des Orts der Übergabe hatten“. Für die Frage, ob die Angeklagten rechts-



staatswidrig zu ihrem Tun provoziert worden sind, wäre es jedoch bedeutsam gewesen, ob sie in der Lage waren, innerhalb eines kurzen Zeitraums fünf Kilogramm Kokain zu beschaffen. Der Widerspruch hätte daher in den Urteilsgründen aufgelöst werden müssen.

35           2. Auch hinsichtlich des Angeklagten B.       war das Urteil mit den Feststellungen aufzuheben. Die ihn betreffende Beweiswürdigung hält ebenfalls revisionsgerichtlicher Nachprüfung nicht stand; sie erweist sich als lückenhaft. Denn insbesondere dann, wenn das Tatgericht auf Freispruch erkennt, obwohl gegen einen Angeklagten – wie hier – ein ganz erheblicher Tatverdacht besteht, muss es in seine Beweiswürdigung und deren Darlegung alle gegen den Angeklagten sprechenden Umstände und Erwägungen einbeziehen und einer Gesamtwürdigung zuführen (vgl. BGH, Urteile vom 22. August 2002 – 5 StR 240/02, wistra 2002, 430 mwN; vom 6. September 2006 – 5 StR 156/06, wistra 2007, 18, 19, und vom 8. September 2011 – 1 StR 38/11, wistra 2011, 465, 466). Hieran fehlt es.

36           a) Zwar hat das Landgericht im Ansatzpunkt zutreffend erörtert, dass bei der Würdigung der Aussage eines Zeugen vom Hörensagen – hier der Vernehmungsperson – eine besonders vorsichtige und kritische Vorgehensweise geboten ist. Bei der Gesamtwürdigung hat es aber nicht beachtet, dass die durch den VP-Führer mitgeteilten Angaben der VP2 durch den gesamten auf der Grundlage der Schilderungen der Observationskräfte und des NoeP festgestellten äußeren Ablauf der Geschehnisse auf dem Parkplatz der Raststätte S.       –O. gestützt werden und sich zudem mit dem mitgeteilten, den Angeklagten B.       belastenden Inhalt des Gesprächs zwischen diesem und der VP2 in Einklang bringen lassen. Dieser Aspekt wäre ebenso bedeutsam gewesen wie der Umstand, dass der Angeklagte B.       sich – nach der Überzeugung des Landgerichts – an der Raststätte ausschließlich mit und auf Veranlas-

sung von Personen traf (UA S. 32), die planten, dort kurzfristig einen umfangreichen Betäubungsmittelhandel durchzuführen, und sich andere, strafrechtlich irrelevante Gründe für seine Anwesenheit nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme weder ergeben haben noch aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten sonst ersichtlich sind.

37           b) Zudem enthält das Urteil keine Angaben zu den persönlichen Verhältnissen des Angeklagten B. , insbesondere zu eventuellen (einschlägigen) Vorstrafen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind solche zwar in erster Linie bei verurteilenden Erkenntnissen notwendig, um das Revisionsgericht in die Lage zu versetzen, die Strafzumessungserwägungen nachvollziehen zu können. Bei freisprechenden Urteilen ist das Tatgericht aus sachlich-rechtlichen Gründen aber zumindest dann zu Feststellungen zur Person des Angeklagten verpflichtet, wenn diese – z. B. bei einschlägigen Vorverurteilungen – für die Bewertung des Tatvorwurfs eine Rolle spielen können und deshalb zur revisionsgerichtlichen Überprüfung des Freispruchs auf Rechtsfehler hin notwendig sind (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urteile vom 21. November 2013 – 4 StR 242/13, NStZ 2014, 172, und vom 23. Juli 2008 – 2 StR 150/08, BGHSt 52, 314, 315). Vorliegend liegt es nicht fern, dass die Lebensumstände des Angeklagten zur Tatzeit sowie eventuelle (einschlägige) Vorstrafen indizielle Bedeutung bei der umfassenden Würdigung des gegen ihn erhobenen Tatvorwurfs haben können.

#### IV.

38           Im Umfang der Aufhebung des angefochtenen Urteils bedarf die Sache somit neuer Verhandlung und Entscheidung. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat darauf hin, dass sich – nach den hierfür vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (vgl. nur EGMR, aaO, mwN), vom Bundesverfas-

sungsgericht (vgl. BVerfG, NJW 1987, 1874; 1995, 651, 652; 2015, 1083) und vom Bundesgerichtshof (vgl. BGH, Urteile vom 23. Mai 1984 – 1 StR 148/84, BGHSt 32, 345, 346 f.; vom 18. November 1999 – 1 StR 221/99, BGHSt 45, 321, 338; vom 30. Mai 2001 – 1 StR 42/01, BGHSt 47, 44, 47; vom 11. Dezember 2013 – 5 StR 240/13, NStZ 2014, 277, 279; vom 10. Juni 2015 – 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276, 284 f., und vom 7. Dezember 2017 – 1 StR 320/17, NStZ 2018, 355 m. Anm. Esser, NStZ 2018, 358; Beschlüsse vom 19. Mai 2015 – 1 StR 128/15, BGHSt 60, 238, 244 f.; vom 19. Januar 2016 – 4 StR 252/15, NStZ 2016, 232, 233; vom 28. Februar 2018 – 4 StR 640/17, und vom 13. März 2018 – 4 StR 614/17) entwickelten Maßstäben – selbst auf der Basis der vom Landgericht getroffenen Feststellungen ein aus einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation erwachsendes, ohnehin nur in extremen Ausnahmefällen in Betracht kommendes Verfahrenshindernis nicht ergeben würde.

39 Dies gilt zunächst für den Angeklagten Y. . Denn konkrete Feststellungen zu einer unvertretbar übergewichtigen Einwirkung der VP2 auf diesen Angeklagten etwa durch Insistieren trotz anfänglicher ernsthafter Ablehnung, „Ködern“ mit den Marktwert übersteigenden Preisen oder Schildern einer bedrohlichen Situation lassen sich dem Urteil nicht entnehmen. Letztlich war der Angeklagte – ungeachtet seiner bisherigen Unbestraftheit – ohne Weiteres dazu bereit, an einem erheblichen Kokaingeschäft mitzuwirken, verfügte über entsprechende Kontakte, pflegte einen konspirativen Kommunikationsstil und verhandelte über die Verkaufsmenge, deren Preis und den Ort der Übergabe.

40 Eine unvertretbar übergewichtige staatlich veranlasste Einwirkung auf den – nach den Angaben der VP1 tatverdächtigen – Angeklagten A. C. ist ebenfalls nicht ersichtlich. Dieser war gleichermaßen tatgeneigt, stand in Kontakt zum Angeklagten Y. sowie dem rechtskräftig verurteilten K. C. und wirkte an der geplanten Geschäftsabwicklung mit. Zudem hatte die VP2 in

der Anbahnungsphase des Geschäfts ausschließlich Kontakt zum Angeklagten Y. und traf am Tag der geplanten Übergabe erstmals auf den Angeklagten A. C. . Eine unzulässige (auch nur mittelbare) Einwirkung der VP2 auf diesen Angeklagten folgt hieraus nicht.

Mutzbauer

Sander

Berger

Mosbacher

Köhler