



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

1 StR 197/21

vom

16. Dezember 2021

in der Strafsache

gegen

1.

alias:

2.

3.

wegen zu 1. und 2.: Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge u.a.

zu 3.: Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge

hier: Revisionen der Angeklagten H. und Hö.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Hauptverhandlung vom 18. November 2021 in der Sitzung am 16. Dezember 2021, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Raum,

Richter am Bundesgerichtshof
Bellay,
Richterin am Bundesgerichtshof
Dr. Fischer,

Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Leplow
und Richterin am Bundesgerichtshof
Dr. Pernice,

Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt
als Verteidiger des Angeklagten H. ,

Rechtsanwalt
als Verteidiger des Angeklagten Hö. ,

Justizangestellte – in der Verhandlung vom 18. November 2021 –,
Amtsinspektorin – bei der Verkündung am 16. Dezember 2021 –
als Urkundsbeamtinnen der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Angeklagten H. wird das Urteil des Landgerichts Freiburg im Breisgau vom 23. Februar 2021 – auch zugunsten des Mitangeklagten I. – aufgehoben,
 - a) soweit diese beiden Angeklagten im Fall II. 11. der Urteilsgründe verurteilt worden sind;
 - b) im Ausspruch über die gegen diese beiden Angeklagten jeweils verhängte Gesamtstrafe.
2. Die weitergehende Revision des Angeklagten H. und die Revision des Angeklagten Hö. werden verworfen.
3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels des Angeklagten H. , an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
4. Der Angeklagte Hö. hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Von Rechts wegen

Gründe:

1. Das Landgericht hat den Angeklagten H. wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in vier Fällen und wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in sieben Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und in fünf Fällen in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von

drei Jahren und zwei Monaten verurteilt. Gegen den nicht revidierenden Mitangeklagten I. hat es wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in vier Fällen und wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren verhängt. Den Angeklagten Hö. hat das Landgericht wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu der Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt und die Vollstreckung der Strafe zur Bewährung ausgesetzt; im Übrigen hat es diesen Angeklagten freigesprochen. Gegen alle Angeklagten hat das Landgericht Einziehungsentscheidungen getroffen.

2 Die mit einem Verfahrenshindernis begründete und im Übrigen auf die Rüge einer Verletzung formellen sowie materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten H. hat – unter Erstreckung auf den nicht revidierenden Mitangeklagten I. – den aus der Urteilsformel ersichtlichen Teilerfolg. Im Übrigen ist das Rechtsmittel ebenso wie das des Angeklagten Hö., der ebenfalls ein Verfahrenshindernis geltend macht und die Verletzung formellen und materiellen Rechts beanstandet, unbegründet.

A.

3 Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

4 I. Fälle II. 1. bis 6. der Urteilsgründe

5 Der Angeklagte H. handelte im Zeitraum Oktober und November 2019 mit Kokain (Wirkstoffgehalt jeweils mindestens 35 Prozent Kokainhydrochlorid) und Cannabisprodukten (Wirkstoffgehalt jeweils mindestens 7,5 Prozent THC), wobei er jeweils eine Hälfte der eingekauften Betäubungsmittel weiterveräußerte und die andere Hälfte für seinen Eigenkonsum verwendete. Durch den Verkauf

der Betäubungsmittel wollte sich der Angeklagte eine dauerhafte Einnahmequelle von einigem Umfang verschaffen.

6 Im Einzelnen erwarb der Angeklagte H. am 22. Oktober 2019 zehn Gramm Kokain (Fall II. 1. der Urteilsgründe), am 9. November 2019 20 Gramm Kokain und 50 Gramm Marihuana (Fall II. 2. der Urteilsgründe), am 15. November 2019 14 Gramm Kokain (Fall II. 3. der Urteilsgründe), am 19. November 2019 fünf Gramm Kokain und 50 Gramm Haschisch (Tat II. 4. der Urteilsgründe), am 23. November 2019 zehn Gramm Kokain und 50 Gramm Marihuana (Tat II. 5. der Urteilsgründe) sowie am 30. November 2019 zehn Gramm Kokain (Tat II. 6. der Urteilsgründe) und veräußerte jeweils die Hälfte von diesen Betäubungsmitteln gewinnbringend weiter.

7 II. Fälle II. 7. bis 11. der Urteilsgründe

8 Zu einem nicht näher bestimmbareren Zeitpunkt vor dem 4. März 2020 kamen der Angeklagte H. und der nicht revidierende Mitangeklagte I. überein, künftig unter arbeitsteiliger Begehungsweise aus der Flüchtlingsunterkunft, in der sie lebten, heraus mit Marihuana und Kokain Handel zu treiben und den hieraus erzielten Gewinn unter sich aufzuteilen (Angeklagter H. etwa 2/3, Mitangeklagter I. mindestens 1/3 des Ertrags), um sich eine fortlaufende Einnahmequelle von erheblichem Umfang zu schaffen.

9 1. Auf der Grundlage dieser Übereinkunft veräußerten der Angeklagte H. und der Mitangeklagte I. in den Fällen II. 7. bis 11. der Urteilsgründe Betäubungsmittel an einen Verdeckten Ermittler, der in der Flüchtlingsunterkunft am 4. März 2020 zunächst zehn Gramm Marihuana zu einem Preis von 90 € erwarb (Tat II. 7. der Urteilsgründe) und sich erkundigte, ob der Angeklagte und der Mitangeklagte auch größere Mengen an Betäubungsmitteln veräußern würden.

Dies bejahte der Angeklagte H. dahin, dass auch 100 Gramm Marihuana oder mehr möglich seien. Zudem bot H. dem Verdeckten Ermittler Kokain zum Grammpreis von 100 € beziehungsweise ab einer Menge von fünf Gramm zum Grammpreis von 80 € an und überließ ihm seine Mobilfunknummer.

10 2. Am 18. März 2020 begab sich der Verdeckte Ermittler erneut in die Flüchtlingsunterkunft, wo ihn der Mitangeklagte I. darauf ansprach, „wie viel er dieses Mal haben wolle“ (UA S. 8). Die auf Erwerb von 100 Gramm Marihuana gerichtete Äußerung des Verdeckten Ermittlers „100“ verstand I. zunächst dahin miss, dass eine Betäubungsmittelmenge für einen Preis von 100 € gewünscht sei. Trotz nachfolgend getroffener Einigung auf eine Menge von 100 Gramm Marihuana übergab H. nur 89,75 Gramm Marihuana mit einer Wirkstoffmenge von 14,315 Gramm THC an den Verdeckten Ermittler, weil nicht mehr Marihuana vorrätig war. Zudem erwarb der Verdeckte Ermittler 0,315 Gramm Kokaingemisch (Wirkstoffmenge 0,063 Gramm Kokainhydrochlorid) von den Angeklagten (Tat II. 8. der Urteilsgründe).

11 3. Am frühen Nachmittag des 29. April 2020 rief der Verdeckte Ermittler den Angeklagten H. an. Dieser sagte ihm auf seine Frage, dass er „genügend“ Betäubungsmittel – Marihuana und Kokain – vorrätig habe. In der Unterkunft teilte der Mitangeklagte I. dem Verdeckten Ermittler, der 100 Gramm Marihuana und fünf Gramm Kokain kaufen wollte, sodann mit, dass nur etwa 50 bis 60 Gramm Marihuana vorrätig seien beziehungsweise er mit Rücksicht auf andere Kunden nur eine solche Menge an ihn verkaufen wolle. Der Verdeckte Ermittler fragte I. erneut, ob er auch größere Mengen – etwa drei Kilogramm Marihuana beziehungsweise 50 bis 100 Gramm Kokain verkaufe. I., der sich unbeeindruckt zeigte, bejahte dies, erklärte aber, das noch mit seinem „Kollegen“ abklären zu müssen. Der Verdeckte Ermittler erwarb 47,65 Gramm Marihuana

(Wirkstoffmenge mindestens 7,6 Gramm THC) von den beiden Angeklagten, wobei H. darauf hinwies, dass sie für den Abend noch eine „größere Lieferung“ Marihuana und Kokain erwarteten. Auch H. sprach der Verdeckte Ermittler bei dieser Gelegenheit noch einmal auf eine „größere Menge“ an, worauf dieser entgegnete, dies mit seinem Lieferanten abzuklären (Fall II. 9. der Urteilsgründe).

12 4. Noch am selben Nachmittag rief H. den Verdeckten Ermittler an und teilte ihm mit, dass die erwartete Lieferung eingetroffen sei und er sein „Zeug“ abholen könne. In der Unterkunft traf der Verdeckte Ermittler H. und I. sowie eine weitere unbekannte Person mit mindestens einer 150-Gramm-Tüte und einer 200-Gramm-Tüte Marihuana an, als diese das Betäubungsmittel in Plomben verpackten. Er erwarb 85,4 Gramm Marihuana (Wirkstoffmenge 13,621 Gramm THC) von den Angeklagten und fragte erneut, was mit der „größeren Menge“ sei. Der Angeklagte H. erwiderte, dass er drei Kilogramm Marihuana und 50 bis 100 Gramm Kokain liefern könne, er den Preis aber noch nicht nennen könne, diesen jedoch in Kürze in Erfahrung bringen werde (Tat II. 10. der Urteilsgründe).

13 5. In der Folge "kam es zu mehreren Telefonaten" zwischen dem Verdeckten Ermittler und dem Angeklagten H. betreffend das vom Verdeckten Ermittler erwünschte „größere Geschäft“, in deren Rahmen sich beide auf eine Lieferung von drei Kilogramm Marihuana für 18.000 € und 100 Gramm Kokain zu einem Preis von 6.800 € verständigten und einen Termin für die Übergabe auf den 12. Mai 2020 vereinbarten. Zur Beschaffung der zugesagten Mengen an Betäubungsmitteln, für die der Angeklagte H. zunächst keine Lieferanten finden konnte, wandte sich H. schlussendlich an den Angeklagten Hö., der die Lieferung des Marihuanas durch die gesondert Verfolgten B. und N. sowie des Kokains durch unbekannte Dritte organisierte. Bei der Übergabe der Betäu-

bungsmittel (2.800,5 Gramm Marihuana mit einer Wirkstoffmenge von mindestens 385,3488 Gramm THC) am 12. Mai 2020, an der sich auch der Mitangeklagte I. durch Abwiegen der Betäubungsmittel beteiligte, griffen Einsatzkräfte – noch vor der Anlieferung des Kokains – zu (Tat II. 11. der Urteilsgründe).

14

B. Revisionen

15

I. Revision des Angeklagten H.

16

1. Die Verurteilung des Angeklagten H. im Fall II. 11. der Urteilsgründe hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

17

a) Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Tatgeschehen insoweit von einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation geprägt ist und dem diesbezüglichen Verfahren daher wegen Verletzung von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG sowie Art. 6 Abs. 1 EMRK ein – von Amts wegen zu beachtendes – Verfahrenshindernis entgegensteht. Einer zulässigen Verfahrensrüge bedarf es für die Geltendmachung eines solchen Verfahrenshindernisses – anders als für die Geltendmachung eines Beweisverwertungsverbots – nicht (vgl. BGH, Urteil vom 4. Juli 2018 – 5 StR 650/17 Rn. 28; vgl. zur früheren, durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und die Entscheidung des zweiten Strafsenats vom 10. Juni 2015 – 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276 überholte Rechtsprechung BGH, Urteil vom 21. Oktober 2014 – 1 StR 78/14 Rn. 8; Beschlüsse vom 19. Juli 2000 – 3 StR 245/00, BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 Satz 1 fair-trial 3 Rn. 5 f. und vom 11. Mai 2010 – 4 StR 117/10 Rn. 3).

18

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist das Gebot des fairen Verfahrens gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 6 Abs. 1 EMRK durch eine polizeiliche Tatprovokation verletzt, wenn eine unverdächtige

und zunächst nicht tatgeneigte Person durch einen Amtsträger oder eine von diesem geführte Vertrauensperson in einer dem Staat zurechenbaren Weise zu einer Straftat verleitet wird und dies zu einem Strafverfahren führt (vgl. BGH, Urteile vom 7. Dezember 2017 – 1 StR 320/17, BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 Satz 1 fair-trial 13 Rn. 17 und vom 10. Juni 2015 – 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276 Rn. 24; Beschlüsse vom 19. Januar 2016 – 4 StR 252/15 Rn. 3 und vom 19. Mai 2015 – 1 StR 128/15, BGHSt 60, 238 Rn. 24 f.).

- 19 (a) Ein in diesem Sinne tatprovokierendes Verhalten ist anzunehmen, wenn ein Verdeckter Ermittler oder eine polizeiliche Vertrauensperson mit dem Ziel, eine Tatbereitschaft zu wecken oder die Tatplanung zu intensivieren, über das bloße „Mitmachen“ hinaus mit einiger Erheblichkeit stimulierend auf den Täter einwirkt (BGH, Urteile vom 10. Juni 2015 – 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276 Rn. 24 und vom 30. Mai 2001 – 1 StR 116/01 Rn. 15 mwN). Auch bei bereits bestehendem Anfangsverdacht kann die Rechtsstaatswidrigkeit einer Tatprovokation dadurch begründet sein, dass die Einwirkung im Verhältnis zum Anfangsverdacht „unvertretbar übergewichtig“ ist (vgl. BGH, Urteile vom 7. Dezember 2017 – 1 StR 320/17, BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 Satz 1 fair-trial 13 Rn. 17; vom 10. Juni 2015 – 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276 Rn. 24 und vom 11. Dezember 2013 – 5 StR 240/13, BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 Satz 1 fair-trial 8 Rn. 34 mwN; Beschlüsse vom 19. Januar 2016 – 4 StR 252/15 Rn. 3 und vom 19. Mai 2015 – 1 StR 128/15, BGHSt 60, 238 Rn. 24 f. mwN). Im Rahmen der erforderlichen Abwägung sind insbesondere Grundlage und Ausmaß des gegen den Betroffenen bestehenden Verdachts, aber auch Art, Intensität und Zweck der Einflussnahme sowie die eigenen, nicht fremdgesteuerten Aktivitäten des Betroffenen in den Blick zu nehmen (BGH, Urteile vom 7. Dezember 2017 – 1 StR 320/17, BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 Satz 1 fair-trial 13 Rn. 17; vom 10. Juni 2015 – 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276 Rn. 24 und vom 23. Mai 1984 – 1 StR 148/84, BGHSt 32, 345, 346 f.).

- 20 (b) Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte verletzt eine polizeiliche Provokation Art. 6 Abs. 1 EMRK, wenn sich die Ermittlungsperson nicht auf eine „weitgehend passive“ Strafermittlung beschränkt hat (EGMR, Urteile vom 15. Oktober 2020 – 40495/15, 40913/15, 37273/15 Rn. 112 und vom 23. Oktober 2014 – 54648/09 Rn. 48). Dabei ist zu prüfen, ob es objektive Anhaltspunkte für den Verdacht gab, dass der Täter an kriminellen Aktivitäten beteiligt oder tatgeneigt war (vgl. EGMR, Urteile vom 15. Oktober 2020 – 40495/15, 40913/15, 37273/15 Rn. 115 und vom 23. Oktober 2014 – 54648/09 Rn. 48 ff.; vgl. auch BGH, Urteile vom 7. Dezember 2017 – 1 StR 320/17, BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 Satz 1 fair-trial 13 Rn. 18 und vom 19. Mai 2015 – 1 StR 128/15, BGHSt 60, 238 Rn. 27 mwN). Für die Frage, ob eine Person tatgeneigt war, ist – im Anschluss an den Gerichtshof – im Einzelfall u.a. die erwiesene Vertrautheit des Betroffenen mit aktuellen Preisen von Betäubungsmitteln, dessen Fähigkeit, solche kurzfristig zu beschaffen, sowie seine Gewinnbeteiligung bedeutsam (vgl. EGMR, Urteile vom 23. Oktober 2014 – 54648/09 Rn. 49 ff. mwN und vom 15. Oktober 2020 – 40495/15, 40913/15, 37273/15 Rn. 115; vgl. auch BGH, Urteil vom 7. Dezember 2017 – 1 StR 320/17, BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 Satz 1 fair-trial 13 Rn. 18).
- 21 Bei der Differenzierung zwischen einer rechtmäßigen Infiltrierung durch eine Ermittlungsperson und der (konventionswidrigen) Provokation einer Straftat ist weiterhin maßgeblich, ob auf den Angeklagten Druck ausgeübt wurde, die Straftat zu begehen. Dabei ist unter anderem darauf abzustellen, 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, Urteile vom 23. Oktober 2014 – 54648/09 Rn. 52 mwN und vom 15. Oktober 2020 – 40495/15, 40913/15, 37273/15 Rn. 116; vgl. auch BGH, Urteil vom 7. Dezember 2017 – 1 StR 320/17, BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 Satz 1 fair-trial 13 Rn. 18).

- 22 (c) Eine Straftat kann auch dann auf einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation beruhen, wenn sich der Täter aufgrund der Einwirkung des Verdeckten Ermittlers auf die ihm angesonnene Intensivierung der Tatplanung einlässt oder hierdurch seine Bereitschaft wecken lässt, eine Tat mit einem erheblich höheren Unrechtsgehalt zu begehen („Aufstiftung“; vgl. BGH, Beschluss vom 28. Februar 2018 – 4 StR 640/17; Urteile vom 30. Mai 2001 – 1 StR 42/01, BGHSt 47, 44, 51 und vom 30. Mai 2001 – 1 StR 116/01 Rn. 17 f.). In einem solchen Fall kommt es darauf an, ob der Täter auf die ihm angesonnene Intensivierung der Tatplanung ohne Weiteres eingeht, beziehungsweise sich geneigt zeigt, die Tat mit dem höheren Unrechtsgehalt zu begehen oder an ihr mitzuwirken (BGH, Urteil vom 30. Mai 2001 – 1 StR 42/01, BGHSt 47, 44, 51). Eine derartige – auf eine Tat mit erheblich höherem Unrechtsgehalt – gerichtete Tatgeneigtheit ist durch das Tatgericht gesondert festzustellen. Geht die qualitative Steigerung der Verstrickung des Täters mit einer Einwirkung durch die Ermittlungsperson einher, die von einiger Erheblichkeit ist, so liegt ein Fall der unzulässigen Tatprovokation vor. In diesem Falle kann ein Konventionsverstoß angenommen werden, dem entsprechend Rechnung zu tragen ist (vgl. BGH, Urteil vom 30. Mai 2001 – 1 StR 42/01, BGHSt 47, 44, 51).
- 23 bb) Nach den vorgenannten Maßstäben kann hier eine den Grundsatz des fairen Verfahrens und das Rechtsstaatsprinzip verletzende Tatprovokation in Bezug auf den Angeklagten H. nicht ausgeschlossen werden. Die bisherigen Feststellungen lassen nicht die Beurteilung zu, ob sich die den Polizeibehörden zuzurechnende Einflussnahme auf das Tatgeschehen im Rahmen des rechtlich Zulässigen hielt.
- 24 Der nicht wegen Verstoßes gegen das Betäubungsmittelgesetz vorbestrafte Angeklagte H. handelte bis zum ersten Verkaufsvorgang an den Verdeckten Ermittler zwar mit Cannabisprodukten und auch mit Kokain, dies aber

nur in Mengen, die den Grenzwert der nicht geringen Menge nicht überstiegen. Er war damit zwar bereits (auf unterer Ebene des Vertriebsgeschehens) in den Betäubungsmittelhandel verstrickt, weshalb insoweit auch ein greifbarer Anfangsverdacht weiterer Tatneigung bestand, dies aber bis zum Eingreifen des Verdeckten Ermittlers nur bezüglich überschaubarer Betäubungsmittelmengen im zweistelligen (Verkauf/Handeltreiben einerseits und Besitz zwecks Eigenkonsums andererseits) und niedrigen dreistelligen (Einkauf für Handeltreiben und Eigenkonsum) Grammbereich.

25 (a) Anhaltspunkte dafür, dass der Angeklagte auch hinsichtlich deutlich oberhalb der geltenden Grenzwerte für nicht geringe Mengen, insbesondere um einen „Quantensprung“ (vgl. hierzu BGH, Urteile vom 30. Mai 2001 – 1 StR 42/01 BGHSt 47, 44, 51 und vom 30. Mai 2001 – 1 StR 116/01 Rn. 17 f.) über den bisher gehandelten Mengen liegender und damit qualitativ gänzlich anders einzuordnender Geschäfte tatgeneigt gewesen sein könnte, als der Verdeckte Ermittler ihn anlässlich des ersten verfahrensgegenständlichen Betäubungsmittelgeschäfts darauf ansprach, ob er auch „größere“ Mengen verkaufen könne, ergeben sich aus dem landgerichtlichen Urteil nicht.

26 Insbesondere die Reaktion des Angeklagten auf die erste Anfrage des Verdeckten Ermittlers, dass er auch „100 Gramm Marihuana oder mehr“ (UA S. 8) sowie Kokain von mehr als fünf Gramm verkaufen könne, gibt keinen Hinweis darauf, dass der Angeklagte H. bereits zu diesem Zeitpunkt hinsichtlich einer ganz erheblich über dem Grenzwert der nicht geringen Menge liegenden Lieferung von mehreren Kilogramm Cannabis und erheblichen Mengen an Kokain tatgeneigt gewesen sein könnte. Der Angeklagte H. kam nach der ersten Anfrage des Verdeckten Ermittlers auch nicht etwa selbst auf das vom Ermittler bekundete Erwerbsinteresse größeren Umfangs zurück; vielmehr war es der Verdeckte Ermittler, der den Angeklagten nachfolgend wiederholt auf die Möglichkeit

der Abwicklung eines größeren Betäubungsmittelgeschäfts in der Größenordnung von drei Kilogramm Marihuana und 50 bis 100 Gramm Kokain ansprach. Auf diese weiteren Nachfragen ließ der Angeklagte zwar jeweils ein gewisses Interesse an der Abwicklung eines solchen Geschäfts erkennen; er gab aber gleichzeitig zu verstehen, dass er über die Beschaffungsmöglichkeiten und die bei derartigen Liefermengen üblichen Preise nicht informiert war. Tatsächlich gelang es dem Angeklagten nach den getroffenen Feststellungen auch nicht, die vom Verdeckten Ermittler abgefragte Liefermenge von seinem bisherigen Lieferantenkreis zu beschaffen, weshalb er schließlich an den Angeklagten H. herantrat, der schlussendlich den Einkauf der abgefragten Menge organisierte.

27 (b) Im Übrigen teilt das landgerichtliche Urteil nur mit, dass der Angeklagte und der Verdeckte Ermittler nach dem 29. April 2020 mehrmals telefonierten und sich auf die vom Verdeckten Ermittler erwünschte Lieferung einigten. Wer die Telefonate jeweils initiierte und was genau deren Gegenstand und Inhalt war, lässt sich den Urteilsgründen indes nicht entnehmen. Der Senat vermag danach auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen nicht zu beurteilen, ob die Einwirkung des Verdeckten Ermittlers auf den Angeklagten H. noch in unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten angemessenem Verhältnis zu dem sich auf Betäubungsmittelgeschäfte von deutlich geringerem Umfang beziehenden Anfangsverdacht stand oder ob diese Einwirkung „erheblich“ im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs war. Insbesondere ist dem Senat eine Beurteilung nicht möglich, ob die Einwirkung des Verdeckten Ermittlers auf den Angeklagten in einer Gesamtbetrachtung als „Druck“ im Sinne der vorgenannten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Bundesgerichtshofs zu bewerten ist und ob sich das Verhalten des Verdeckten Ermittlers trotz dessen festgestellter – wiederholter – Nachfragen nach einem

„größeren“ Geschäft in der Gesamtschau noch als „weitgehend passive Ermittlungstätigkeit“ im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Bundesgerichtshofs darstellt.

28 (c) Eine Einwirkung von einigem Gewicht liegt in Ansehung des wiederholten Nachfragens des Verdeckten Ermittlers wegen einer größeren Lieferung im Kilogramm Bereich, aber auch deshalb jedenfalls nicht fern, weil der Verdeckte Ermittler nach der vom Landgericht zugrunde gelegten Einlassung des Angeklagten H. „immer“ auf die gemeinsame Herkunft aus dem afghanischen/pakistanischen Raum hingewiesen und „irgendwas von zusammenhalten“ erzählt hatte (UA S. 15). Hinzu kommt, dass der Verdeckte Ermittler den Angeklagten nach dessen vom Landgericht als glaubhaft gewerteter Einlassung darauf hingewiesen hatte, dass er „Probleme mit früheren Lieferanten“ habe (UA S. 15), was sich – eine belastbare Beurteilung ist dem Senat wegen der nur rudimentären Darstellung im Urteil auch insoweit nicht möglich – als zusätzlicher Druck auf den Angeklagten ausgewirkt haben könnte.

29 cc) Ob von einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation auszugehen ist, die zu einem Verfahrenshindernis führt, hat das Revisionsgericht zwar grundsätzlich selbst aufgrund der getroffenen oder von ihm noch zu treffenden ergänzenden Feststellungen und des Akteninhalts zu entscheiden (vgl. BGH, Urteil vom 4. Juli 2018 – 5 StR 650/17 Rn. 28). Auch eine Einsichtnahme des Senats in die Verfahrensakten, insbesondere in die Vermerke des Verdeckten Ermittlers, würde aber eine Beurteilung, ob sich das Verhalten des Verdeckten Ermittlers in den zulässigen, vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, dem Bundesverfassungsgericht und dem Bundesgerichtshof gezogenen rechtsstaatlichen Grenzen halten würde, nicht erlauben; vielmehr bedarf es hierfür weiterer in einem tatgerichtlichen Beweisverfahren zu gewinnender Feststellungen sowie einer Würdigung der vom Tatgericht erhobenen Beweise. In einem solchen Fall

ist es dem Revisionsgericht nicht verwehrt, die Sache zur Nachholung fehlender Feststellungen an das Tatgericht zurückzuverweisen (BGH, Urteil vom 4. Juli 2018 – 5 StR 650/17 Rn. 28 mwN).

30

b) Das neue Tatgericht wird ausgehend von den zum Vorliegen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation entwickelten Maßstäben Feststellungen zu treffen haben, die eine belastbare Beurteilung ermöglichen, in welchem Umfang eine Verstrickung des Angeklagten H. und des Mitangeklagten I. in den Betäubungsmittelhandel bestand, wie weit deren Tatgeneigtheit vor der Einflussnahme des Verdeckten Ermittlers ging und wo diese ihre Grenzen fand. Weiter wird es sich damit auseinanderzusetzen haben, ob sich das Verhalten des Verdeckten Ermittlers als „weitgehend passive“ Ermittlungstätigkeit im Sinne der genannten Rechtsprechung darstellt. Dabei wird es auch in den Blick zu nehmen haben, ob das stimulierende Verhalten des Verdeckten Ermittlers nach einer vorzunehmenden Gesamtschau eine solche Erheblichkeit erreicht, dass sich dieses im Verhältnis zu dem den Ermittlungseinsatz etwa rechtfertigenden Anfangsverdacht einer bestehenden Tatgeneigtheit als „unvertretbar übergewichtig“ darstellt. Hierfür sind nicht nur konkrete Feststellungen zu Grundlage und Ausmaß des gegen den jeweiligen Angeklagten bestehenden Anfangsverdachts sowie dazu zu treffen, in welchem genauen Umfang dieser gegebenenfalls – ohne staatliche Einflussnahme – bereits eigene Aktivitäten im Bereich des Betäubungsmittelhandels entfaltet hatte, sondern auch zu Art, Intensität und Zweck der Einflussnahme des Verdeckten Ermittlers. Insoweit wird es insbesondere darauf Bedacht zu nehmen haben, ob die Einwirkung des Verdeckten Ermittlers – unter Berücksichtigung der von diesem entwickelten Initiativen zur Abwicklung eines größeren Betäubungsmittelgeschäfts, dessen Anspielung auf den gemeinsamen Migrationshintergrund und den Hinweis, dass er Probleme mit früheren Lieferanten habe – als „Druck“ im Sinne der vorgenannten Rechtsprechung zu bewerten sein könnte. All diese vorbezeichneten Umstände bilden die Grundlage für eine

durch das neue Tatgericht vorzunehmende Gesamtbewertung, ob wegen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation ein Verfahrenshindernis anzunehmen ist.

31 c) Sollte das Verhalten des Verdeckten Ermittlers als rechtsstaatswidrige Tatprovokation zu werten sein, stünde dem Verfahren insoweit ein Verfahrenshindernis entgegen, so dass das Verfahren hinsichtlich der Tat II. 11. der Urteilsgründe gemäß §§ 206a, 260 Abs. 3 StPO einzustellen wäre; für eine Berücksichtigung dieses Umstands über ein Beweisverwertungsverbot (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juni 2015 – 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276 Rn. 49 ff.) oder im Rahmen der Strafzumessung wäre kein Raum (vgl. EGMR, Urteile vom 15. Oktober 2020 – 40495/15, 40913/15, 37273/15 Rn. 123 f. und vom 23. Oktober 2014 – 54648/09 Rn. 68; BGH, Urteil vom 10. Juni 2015 – 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276 Rn. 36 ff.).

32 d) Die Aufhebung des Urteils im Schuld- und Strafausspruch im Fall II. 11. der Urteilsgründe zieht die Aufhebung des Ausspruchs über die Gesamtstrafe nach sich. Die getroffenen Feststellungen sind von dem zur Aufhebung führenden Rechtsfehler nicht berührt und haben daher Bestand (§ 353 Abs. 2 StPO). Das neue Tatgericht wird indes weitergehende Feststellungen zum Verhalten des Verdeckten Ermittlers einerseits und des Angeklagten H. andererseits – insbesondere zu den von diesen geführten Telefonaten – zu treffen und das Geschehen erneut unter dem Gesichtspunkt einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation zu würdigen haben.

33 e) Die Aufhebung ist gemäß § 357 Satz 1 StPO auf den nicht revidierenden Mitangeklagten I. zu erstrecken. Denn dieser war nach den Feststellungen zuvor nicht in den Betäubungsmittelhandel verstrickt. Gegen ihn bestand damit nach den Urteilsgründen noch weniger ein Anfangsverdacht. Da sich die Nachfragen des Verdeckten Ermittlers auch an ihn richteten, leidet das Urteil

auch hinsichtlich des Mitangeklagten I. an dem zur Aufhebung führenden Rechtsfehler.

34 2. Im Übrigen ist die Revision unbegründet.

35 a) Ein Verfahrenshindernis wegen rechtsstaatswidriger Tatprovokation ist in den Fällen II. 7. bis 10. der Urteilsgründe entgegen der Auffassung der Revision nicht anzunehmen, weil sich die Handlungsmengen in diesen Fällen noch im ungefähren Rahmen des für den Angeklagten H. Üblichen bewegten und insoweit kein Anhalt dafür besteht, dass die Einwirkung des Verdeckten Ermittlers im Verhältnis zum Grad des Anfangsverdachts beziehungsweise der Tatneigung des Angeklagten erheblich gewesen sein könnte. Das Verhalten des Verdeckten Ermittlers hält sich insoweit in den rechtsstaatlich zulässigen Grenzen.

36 b) Die auf die Rüge einer Verletzung von § 261 StPO i.V.m. Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG sowie Art. 6 Abs. 1 EMRK gestützte Verfahrensbeanstandung ist aus den vom Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift genannten Gründen bereits unzulässig, mit Blick auf die Fälle II. 7. bis 10. der Urteilsgründe im Übrigen aus den unter 2. a) genannten Gründen auch unbegründet.

37 II. Revision des Angeklagten Hö.

38 Die Revision des Angeklagten Hö. bleibt ohne Erfolg.

39 1. Weder besteht ein Verfahrenshindernis aufgrund einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation noch greift die hierauf gestützte Verfahrensrüge, die ohnehin bereits unzulässig ist (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO), durch.

40 a) Die Grundsätze einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation finden allerdings nicht nur auf denjenigen Täter Anwendung, der unmittelbar von einer in staatlichem Auftrag tätig gewordenen Person zur Begehung einer Straftat veranlasst wird; wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ausgeführt hat, kann eine Person vielmehr auch dann rechtsstaatswidrig provoziert worden sein, wenn sie keinen unmittelbaren Kontakt zu den verdeckt ermittelnden Polizeibeamten hatte, sondern durch einen Mittäter in die Tat verstrickt wurde, der seinerseits unmittelbar von der Polizei zur Begehung der Straftat angestiftet worden war (vgl. BGH, Urteil vom 11. Dezember 2013 – 5 StR 240/13, BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 Satz 1 fair-trial 8 Rn. 35; EGMR, Urteil vom 15. Oktober 2020 – 40495/15, 40913/15, 37273/15 Rn. 117; jew. mwN). So soll nach dem Gerichtshof insbesondere berücksichtigt werden, ob es für die Polizei vorhersehbar war, dass die unmittelbar zur Tat provozierte Person wahrscheinlich weitere Personen kontaktieren würde, die sich an der Tat beteiligen würden, ob die Aktivitäten dieser Personen auch durch das Verhalten der Polizeibeamten geleitet wurden und ob die beteiligten Personen von den innerstaatlichen Gerichten als Mittäter angesehen wurden (EGMR aaO mwN).

41 Dabei reicht ein bloßer Bedingungszusammenhang nicht aus. Entscheidend ist vielmehr, dass die „Druckausübung“ sich auch in dem Verhältnis zum mittelbar betroffenen Täter weiter fortgesetzt hat. In diesem Sinne ist deshalb im Anschluss an den Gerichtshof maßgeblich darauf abzustellen, ob die Aktivitäten des nicht in unmittelbarem Kontakt mit dem polizeilichen Ermittler gekommenen Täters vom Verhalten der Polizei geleitet waren, dieser also durch die staatlichen Ermittler in irgendeiner Form zu seiner Tatbeteiligung verleitet wurde (vgl. EGMR aaO Rn. 145 f.).

42 b) Dies ist bezüglich des Angeklagten Hö. nicht der Fall. Zwar war für die Ermittlungsbehörden erkennbar, dass H. und I. dritte Personen für die

Beschaffung der Betäubungsmittel einschalten würden; das Verhalten des Verdeckten Ermittlers hat indes für die Tatbeteiligung des Angeklagten Hö. keine maßgebliche Rolle gespielt; insbesondere war diese nicht durch den Einsatz des Verdeckten Ermittlers geleitet. Vielmehr ist nicht einmal erkennbar, dass der Angeklagte H. den Angeklagten Hö., der sich bei der Übergabe des Marihuana als Organisator des größeren Betäubungsmittelgeschäfts hervortat und seine guten Kontakte ins Betäubungsmittelmilieu betonte, überhaupt über die Initiativen des Verdeckten Ermittlers und dessen konkretes Auftreten in Kenntnis gesetzt hatte. Dass für den Angeklagten Hö. eine von dem Verdeckten Ermittler hervorgerufene Drucksituation bestanden hätte, ist nicht ersichtlich.

43 2. Die Verfahrensrüge, mit der die Revision beanstandet, dass der am 8. Dezember 2020 gestellte Beweisantrag auf Vernehmung des Zeugen S. zum Beweis der Tatsache, dass die Anschlussnummer des B. erst am 12. Mai 2020 in das Mobiltelefon des Angeklagten eingespeichert wurde, entgegen § 244 Abs. 6 Satz 1, Abs. 3 StPO nicht beschieden wurde, ist nicht in einer den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO genügenden Weise begründet und daher bereits unzulässig. Denn in der Revisionsbegründung wird nicht mitgeteilt, dass das Schreiben der Kriminalpolizeidirektion F. vom 7. Januar 2021 in der Hauptverhandlung verlesen wurde, aus dem sich das Ergebnis einer das Beweisthema betreffenden Nachuntersuchung ergibt, wonach der Zeitpunkt der Speicherung der Anschlussnummer des B. im Nachhinein nicht mehr feststellbar sei.

44 Die Rüge ist aber auch unbegründet, weil der Angeklagte und seine Verteidigung nicht darüber im Unklaren sein konnten, dass das Gericht nach Verlesung des Schreibens der Kriminalpolizei zu dem das Beweisthema betreffenden Ermittlungsergebnis von einer Erledigung des Beweisantrags ausgegangen ist (vgl. Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl., § 244 Rn. 83 mwN), und

zudem wegen des Inhalts des verlesenen Schreibens der Kriminalpolizei ausgeschlossen werden kann, dass das Urteil auf der fehlenden Bescheidung des Beweisantrags beruht.

45 3. Auch die auf die Sachrüge gebotene sachlich-rechtliche Überprüfung des Urteils hat keine Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten Hö. aufgedeckt. Weder der Schuld- noch der Strafausspruch begegnen rechtlichen Bedenken.

Raum	Bellay	Fischer
	Leplow	Pernice

Vorinstanz:

Landgericht Freiburg, 23.02.2021 - 2 KLS 685 Js 3922/20