



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

5 StR 273/23

vom
13. März 2024
in der Strafsache
gegen

wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge

ECLI:DE:BGH:2024:130324U5STR273.23.0

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 13. März 2024,
an der teilgenommen haben:

Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof Cirener,

Richter am Bundesgerichtshof Gericke,

Richter am Bundesgerichtshof Köhler,

Richterin am Bundesgerichtshof Resch,

Richter am Bundesgerichtshof von Häfen,

Staatsanwältin

als Vertreter des Generalbundesanwalts,

Rechtsanwalt F. ,

Rechtsanwalt M. ,

Rechtsanwalt B.

als Verteidiger,

Justizhauptsekretärin

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Kiel vom 22. Februar 2023 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

- Von Rechts wegen -

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten vom Vorwurf des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge aus tatsächlichen Gründen freigesprochen. Die auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision der Staatsanwaltschaft hat mit der Sachrüge Erfolg.

I.

2 1. Die Staatsanwaltschaft hat den Angeklagten angeklagt, am 15. Dezember 2021 und davor in einer Gartenlaube einer Kleingartenparzelle rund 1.025 Gramm sowie am selben Tag im Aschenbecher eines Pkw gut 64 Gramm Kokain mit einem Wirkstoffgehalt von 84,6 und 83,6 Prozent zur gewinnbringenden Veräußerung verwahrt zu haben.

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

4 a) Der Angeklagte hielt sich jedenfalls ab Mitte des Jahres 2021 regelmäßig auf dem Gelände der von seinem Bruder gepachteten Gartenparzelle auf, wo er Gartenarbeiten verrichtete und alleine, aber auch mit Freunden und Verwandten seine Freizeit verbrachte. Vor dem Betreten durch Unberechtigte war das Gartengrundstück mit einem Vorhängeschloss geschützt, zu dem der Angeklagte einen Schlüssel besaß. Am 15. Dezember 2021 hielt sich der Angeklagte für einen Zeitraum von etwa ein bis eineinhalb Stunden auf dem Grundstück auf. Am selben Tag wurde die Gartenparzelle aufgrund einer gegen seinen Bruder ergangenen richterlichen Anordnung durchsucht. Dabei wurden insgesamt 1.025,21 Gramm Kokain mit einem durchschnittlichen Wirkstoffgehalt von 84,6 Prozent aufgefunden und sichergestellt. Ein Kokainstein mit einem Gewicht von etwa 540 Gramm, ein Beutel mit circa 100 Gramm Kokain, ein Beutel mit rund 35 Gramm Kokain sowie zwei Handschuhe mit 50 Gramm und zweimal 20 Gramm Kokain waren in einem Hohlraum unterhalb des Schlafraums gelagert. In einem Hohlraum in der Wand des Toilettenraums befanden sich drei Beutel mit jeweils etwa 100 Gramm Kokain. Zudem wurden 65.000 Euro gefunden, die hinter der Abdeckung eines Gasofens versteckt worden waren. Aufgrund der verborgenen Lagerung war das Kokain „bei einer äußerlichen Sichtung“ der Gartenlaube nicht zu erkennen.

5 b) Das Landgericht hat sich nicht davon überzeugen können, dass die Funde dem schweigenden Angeklagten zuzuordnen sind. Es lägen zwar Indizien vor, die „zumindest“ auf seine Nähe zu einem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln hindeuten. „Weder für sich genommen noch in der Gesamtschau“ könne dies aber seine Überzeugung begründen, dass der Angeklagte mit dem in der Gartenlaube aufgefundenen Kokain gehandelt oder an einem Handel mit den Drogen mitgewirkt hat. Der den Angeklagten belastende Umstand, dass im Aschenbecher des Pkw, mit dem der Angeklagte zur Gartenparzelle gefahren war, rund 65 Gramm Kokain und ein Mobiltelefon gefunden wurde, sei nicht verwertbar gewesen; die aus dem Mobiltelefon des Angeklagten ausgelesenen Nachrichten seien deswegen schon gar nicht in die Hauptverhandlung eingeführt worden. Denn das Auto sei durchsucht worden, obwohl weder eine richterliche Anordnung noch Gefahr im Verzug vorgelegen habe. Es bestehe daher ein Beweisverwertungsverbot. Das Gleiche gelte für den Umstand, dass eine DNA-Spur des Angeklagten am Knoten einer Umverpackung und eines Handschuhs in Zusammenhang mit Drogenfunden in einem anderen Ermittlungsverfahren festgestellt worden sei.

II.

6 Die vom Generalbundesanwalt vertretene Revision der Staatsanwaltschaft hat Erfolg.

7 1. Die Verfahrensrügen dringen allerdings nicht durch, weil sie nicht den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO entsprechen und daher unzulässig sind.

8 a) Nach § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO sind die den geltend gemachten Verstoß enthaltenden Tatsachen so vollständig und genau darzulegen, dass das Revisionsgericht allein anhand der Revisionsbegründung in die Lage versetzt wird, über den geltend gemachten Mangel endgültig zu entscheiden. Für den Revisionsvortrag wesentliche Schriftstücke oder Aktenstellen sind im Einzelnen zu bezeichnen und – in der Regel durch wörtliche Zitate beziehungsweise eingefügte Abschriften oder Ablichtungen – zum Bestandteil der Revisionsbegründung zu machen (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 12. Juli 2023 – 6 StR 417/22, NStZ-RR 2023, 284 mwN). Diese Anforderungen gelten gleichermaßen und unterschiedslos für jeden Beschwerdeführer, sei es der Angeklagte, der Nebenkläger oder – wie hier – die Staatsanwaltschaft.

9 b) Die Staatsanwaltschaft wird dem für keine der erhobenen Verfahrensbeanstandungen gerecht.

10 aa) Soweit sie eine Verletzung des § 261 StPO rügt, weil das Landgericht zu Unrecht angenommen habe, die bei der Durchsuchung des am Tattag vom Angeklagten genutzten Autos aufgefundenen Beweise (rund 65 Gramm Kokain, ein Mobiltelefon des Angeklagten) seien nicht verwertbar, beschränkt sich ihr Revisionsvortrag darauf, die Urteilsgründe auszugsweise wiederzugeben und in Bezug zu nehmen. Dies genügt nicht den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO.

11 Wird beanstandet, das Tatgericht habe zu Unrecht ein Beweisverwertungsverbot wegen einer Verletzung des Richtervorbehalts nach § 105 Abs. 1 StPO angenommen, weil das Ergebnis der Abwägung zwischen dem staatlichen Interesse an einer Tataufklärung und dem Individualinteresse des Betroffenen an der Wahrung seiner Rechtsgüter den Angeklagten rechtsfehlerhaft begünstige, müssen jedenfalls alle Polizeiberichte und andere Unterlagen vorgelegt werden,

die mit der Durchsuchungsmaßnahme im Zusammenhang stehen. Denn nur auf dieser Grundlage kann das Revisionsgericht das Gewicht des in Rede stehenden Verfahrensverstößes prüfen, das sich vor allem danach bemisst, ob der Rechtsverstöß gutgläubig, fahrlässig oder vorsätzlich oder gar willkürlich begangen wurde. Dies wiederum ist aber für die Frage des Vorliegens eines Beweisverwertungsverbot es von entscheidender Bedeutung (vgl. BGH, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 StR 319/21, NStZ 2022, 125; Beschluss vom 5. April 2022 – 3 StR 16/22, NJW 2022, 2126, 2128).

12 Dementsprechend hätte die Revision sowohl den in den Urteilsgründen erwähnten polizeilichen Einsatzplan zum Tattag und die Ergebnisse der am gleichen Tag durchgeführten Observation des Angeklagten als auch den Durchsuchungsbericht mitteilen müssen. Das Gleiche gilt für die – ebenfalls in den Urteilsgründen in Bezug genommene – gegen den gesondert verfolgten Bruder des Angeklagten gerichtete richterliche Anordnung zur Durchsuchung der Gartenparzelle nebst Kraftfahrzeugen. Denn auch daraus könnten sich Umstände ergeben, die bei der Prüfung eines Beweisverwertungsverbot es vom Senat heranzuziehen gewesen wären.

13 Daran ändert auch nichts, dass das Landgericht in den Urteilsgründen rechtlich nicht gebotene Ausführungen zu Verfahrensstoff gemacht hat, der für ein Verwertungsverbot relevant sein kann. Zwar können zur Ergänzung der Verfahrensrüge die Urteilsausführungen herangezogen werden, da das Revisionsgericht die Urteilsgründe bei einer umfassend erhobenen Sachrüge ohnehin zur Kenntnis nimmt (vgl. BGH, Beschluss vom 5. Juni 2018 – 4 StR 524/17; KK-StPO/Gericke, 9. Aufl., § 344 Rn. 39; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 66. Aufl., § 344 Rn. 21a). Der Umstand, dass die Urteilsgründe Ausführungen dazu enthal-

ten, warum die Beweise aus der Durchsuchung des Autos aus Sicht der Strafkammer nicht erhoben oder verwertet werden durften, befreit den Beschwerdeführer aber nicht von der Verpflichtung zu einem geordneten Vortrag der den geltend gemachten Verfahrensmangel begründenden Tatsachen im Sinne des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO. Dies folgt schon daraus, dass Ausführungen zu Verfahrensvorgängen im Urteil rechtlich nicht geboten sind und die vollständige Wiedergabe der maßgeblichen Verfahrensvorgänge in den Urteilsgründen mithin nicht gewährleistet ist. Zudem sind Feststellungen des Tatgerichts für das Revisionsgericht nicht bindend; vielmehr ist seine tatsächliche Sicht der Verfahrensvorgänge die allein maßgebliche (vgl. BGH, Urteil vom 8. August 2018 – 2 StR 131/18, NStZ 2019, 107, 108).

14 bb) Soweit die Staatsanwaltschaft eine Verletzung des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO rügt, weil das Landgericht ihren Antrag auf Verlesung dreier Gutachten über DNA-Spurentreffer abgelehnt hat, teilt sie – worauf der Generalbundesanwalt zu Recht hingewiesen hat – zahlreiche Unterlagen nicht mit, die in dem Beweisantrag und dem Ablehnungsbeschluss aufgeführt sind. Insbesondere werden die Gutachten zu den Spurentreffern und der Beschluss des Amtsgerichts Kiel nicht vorgetragen.

15 2. Die Revision der Staatsanwaltschaft hat jedoch mit der Sachrüge Erfolg, weil die Beweiswürdigung – auch eingedenk des eingeschränkten revisionsrechtlichen Prüfungsmaßstabs (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 28. April 2022 – 5 StR 511/21; Beschluss vom 5. Oktober 2022 – 3 StR 185/22; NStZ-RR 2022, 372, 373) – der rechtlichen Nachprüfung nicht standhält.

16 a) Die Beweiswürdigung leidet hinsichtlich der vom Angeklagten stammenden DNA-Mischspur an einem unter dem Hohlraum im Schlafzimmer versteckten Beutel mit Kokain an einem durchgreifenden Darlegungsmangel.

17 Das Landgericht hat aus dem Umstand keinen „hinreichend sicheren Rückschluss“ auf eine Tatbeteiligung des Angeklagten zu ziehen vermocht, weil es gemeint hat, eine Sekundärübertragung nicht ausschließen zu können. Zwar habe die hierzu vernommene Sachverständige dargelegt, dass „eine höhere Wahrscheinlichkeit“ für eine direkte Übertragung spreche; eine dahingehende eindeutige „Feststellung“ sei ihr aber nicht möglich gewesen. Denn die an der Durchsuchung der Gartenlaube beteiligten Polizisten hätten durchgehend jeweils das gleiche Paar Einmalhandschuhe getragen. Eine Übertragung von DNA von harten, glatten Oberflächen auf Handschuhe und von dort an einen Plastikbeutel sei „gut möglich“, wenn auch bei den hier verwendeten Plastikhandschuhen weniger wahrscheinlich als bei Stoffhandschuhen. Das Landgericht ist danach zur Auffassung gelangt, eine Sekundärübertragung sei „nicht derart fernliegend“, dass es sich eine „ausreichend sichere Überzeugung“ von einem direkten Kontakt des Angeklagten mit dem Kokainbeutel nicht habe bilden können.

18 Diese Erwägungen erweisen sich in zweierlei Hinsicht als rechtlich mangelhaft. Angesichts der hohen Beweisbedeutung einer Spur mit DNA eines Angeklagten am Tatobjekt ist schon die Darstellung des molekulargenetischen Sachverständigengutachtens in den Urteilsgründen lückenhaft. Zu Recht hat der Generalbundesanwalt darauf hingewiesen, dass sich dem Urteil nicht entnehmen lässt, welcher Art der Spureträger war. Dies aber kann für die Frage von Bedeutung sein, ob eine Sekundärübertragung nicht lediglich eine abstrakt denkbare Möglichkeit darstellt, und hätte daher vom Landgericht erörtert werden müssen. Der bloße Hinweis darauf, dass die Sachverständige eine direkte Übertragung für wahrscheinlicher gehalten habe, ihr „im Ergebnis“ eine dahingehende „Feststellung ... nicht möglich“ gewesen sei, bietet dem Senat keine ausreichende Grundlage für eine revisionsrechtliche Nachprüfung der Frage, ob der Würdigung des Landgerichts ein – rechtlich unbedenklicher – möglicher Schluss oder eine

bloße denktheoretische Möglichkeit zugrunde liegt. Zudem hat das Landgericht die Ergebnisse des molekulargenetischen Gutachtens nur unzureichend mitgeteilt, sodass sie für den Senat nicht nachvollziehbar sind. Das wäre aber auch für die hier bedeutsame Frage eines indirekten Transfers von DNA-Material notwendig gewesen, weil insoweit der DNA-Gehalt einer Spur und die Anzahl der Übereinstimmung untersuchter DNA-Profile – neben anderen Faktoren – von wesentlicher Bedeutung sein kann (vgl. BGH, Urteil vom 16. August 2023 – 5 StR 434/22 Rn. 26). Der bloße Verweis des Landgerichts auf eine „schwache Mischspur“ kann die rechtlich gebotene, für das Revisionsgericht nachvollziehbare Darstellung des molekulargenetischen Gutachtens nicht ersetzen.

19 b) Die Beweiswürdigung weist eine weitere erörterungsbedürftige Lücke auf.

20 Das Landgericht hat als gegen eine Tatbeteiligung des Angeklagten sprechend maßgeblich darauf abgestellt, dass die aufgefundenen Drogen möglicherweise Brüdern des Angeklagten zuzurechnen seien. Dies folge daraus, dass einer der Pächter der Gartenlaube gewesen sei und der andere sich im Juni 2021 dort aufgehalten habe. Dabei hat die Strafkammer jedoch nicht erkennbar berücksichtigt, dass sich ersterer nach Bekanntwerden der gegen ihn gerichteten Ermittlungen wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln nach Albanien abgesetzt hat und der Angeklagte deshalb ab Ende Juni 2021 polizeilich beobachtet wurde, weil er im Verdacht stand, „nach der Rückkehr seines Bruders nach Albanien dessen Betäubungsmittelgeschäfte“ fortzuführen. Folglich war dieser schon Monate vor dem Drogenfund aus Deutschland ausgereist und nicht mehr vor Ort. Hinsichtlich des anderen hätte es sich damit auseinandersetzen müssen, weshalb dieser die erst rund ein halbes Jahr nach seiner letzten festgestellten Anwesenheit auf der Gartenparzelle aufgefundenen Drogen – unter Ausschluss des

Angeklagten – besessen haben könnte, zumal die Annahme einer monatelangen Lagerung erheblicher Mengen Kokain in einer Gartenlaube, ohne dass den Urteilsgründen ein nachvollziehbarer Grund hierfür zu entnehmen ist, schon für sich genommen erörterungsbedürftig gewesen wäre.

21 c) Das Landgericht hat den Beweiswert gewichtiger für eine Täterschaft des Angeklagten sprechender Umstände mit rechtsfehlerhaften Erwägungen negiert.

22 aa) Es hat zutreffend als belastendes Indiz gewertet, dass der Angeklagte sich – außer im Juni und November 2021 – am Tattag (15. Dezember 2021) in der Gartenparzelle aufhielt, wofür ein unverfänglicher Grund angesichts der jahreszeitlich bedingten kühlen Wetterverhältnisse „zumindest nicht naheliegend“ gewesen sei. Diesen Umstand hat es indes unmittelbar damit entwertet, dass ausweislich der Angaben des Pächters der Nachbarparzelle auch im Winter „Arbeiten in einer Parzelle“ anfielen. Anhaltspunkte dafür, dass der Angeklagte solche am Tattag ausgeführt hat, fehlen jedoch. Vielmehr hat die polizeiliche Observation gerade keine Hinweise dafür ergeben, dass er an diesem Tag Arbeiten in der Parzelle verrichtet hat. Mit Blick auf die niedrigen Außentemperaturen hätte das Landgericht insofern zudem erörtern müssen, dass Bargeld in Höhe von 65.000 Euro hinter der Abdeckung des Gasofens in der Gartenlaube aufgefunden wurde. Denn es liegt jedenfalls nicht fern, dass der Angeklagte um den – auf kriminelle Machenschaften hindeutenden – Umstand wusste. Andernfalls hätte die Gefahr bestanden, dass er das Geld durch eine Inbetriebnahme des Ofens versehentlich beschädigt hätte.

23 bb) Ferner hat die Strafkammer zu Recht als einen gegen den Angeklagten sprechenden Umstand gewertet, dass er bei einer Verkehrskontrolle am 29. April 2021 mit 900 Euro als Fahrer eines Autos festgestellt wurde, das von

einer rechtskräftig verurteilten Drogenkurierin seines Bruders genutzt und in dessen Kofferraum ein „szenetypisches“ Gefäß gefunden worden war. Diesem Indiz hat es eine Beweisrelevanz abgesprochen, weil das Gefäß mangels Untersuchung auf Betäubungsmittelrückstände auch anderen Zwecken als dem Drogenhandel, etwa als Reaktionsgefäß für einen Coronatest, gedient haben oder von anderen Nutzern des Fahrzeugs zurückgelassen worden sein könnte. Dies ist unter mehreren Gesichtspunkten rechtsfehlerhaft.

24 (1) Den Urteilsgründen lässt sich schon kein tatsächlicher Anhaltspunkt dafür entnehmen, dass das aufgefundene „szenetypische“ Gefäß als Reaktionsgefäß für einen Coronatest verwendet worden sein könnte. Es ist jedoch weder im Hinblick auf den Zweifelssatz noch sonst geboten, zugunsten des Angeklagten von einer Annahme auszugehen, für deren Vorliegen das Beweisergebnis keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte erbracht hat (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juni 2015 – 5 StR 55/15, NStZ-RR 2015, 255, 256).

25 (2) Das Landgericht hat sich zudem nicht damit auseinandergesetzt, dass der Angeklagte ein für Drogentransporte genutztes Fahrzeug führte und dabei 900 Euro Bargeld bei sich führte, obwohl dies für eine Verstrickung in den Drogenhandel sprechen könnte. Dies gilt umso mehr, als das Landgericht zu den persönlichen Verhältnissen des Angeklagten lediglich hat feststellen können, dass er nur bis zum Abschluss des Strafverfahrens in Deutschland geduldet ist. Angesichts dessen ist eine legale Herkunft des erheblichen Bargeldbetrages aber nicht naheliegend. Das Auffinden des Bargeldes beim Angeklagten hätte daher in der Zusammenschau mit der Nutzung eines Drogenkurierfahrzeugs in den Urteilsgründen erörtert werden müssen.

26 (3) Das Landgericht hat den Beweiswert der für eine Tatbeteiligung des Angeklagten sprechenden Feststellungen bei der Verkehrskontrolle rechtlich unzutreffend damit in Frage gestellt, dass die auf einen „Kontakt“ zu Betäubungsmittelgeschäften des Angeklagten hindeutenden Umstände keine Zuordnung „gerade“ zu den in der Gartenlaube gefundenen Drogen zuließen und sich aus dieser Nähe zu früheren Betäubungsmittelgeschäften kein „direkter Bezug“ hierzu ergebe. Danach kann der Senat nicht ausschließen, dass die Strafkammer das Wesen des Indiziennachweises verkannt hat. Denn hierdurch wird nicht eine unmittelbar entscheidungserhebliche Tatsache bewiesen, sondern von einer mittelbaren bedeutsamen Tatsache auf eine solche geschlossen (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 66. Aufl., § 261 Rn. 25).

27 d) Schließlich ist das Landgericht seiner Aufgabe nicht gerecht geworden, die einzelnen Beweisergebnisse in eine umfassende Gesamtwürdigung einzustellen. Denn die für die revisionsrechtliche Nachprüfung allein maßgeblichen Urteilsgründe lassen nicht erkennen, ob sich die Strafkammer des Umstandes bewusst war, dass einzelne Belastungsindizien, die für sich genommen zum Beweis der Täterschaft nicht ausreichen, doch in ihrer Gesamtheit die für eine Verurteilung notwendige Überzeugung des Tatgerichts begründen können (vgl. BGH, Urteil vom 28. April 2022 – 5 StR 511/21 Rn. 22). Vielmehr hat das Landgericht die einzelnen – teils mit rechtsfehlerhaften Erwägungen in ihrem Beweiswert mindestens relativierten – für eine Tatbeteiligung des Angeklagten sprechenden Indizien lediglich isoliert abgehandelt, ohne einen aus den Urteilsgründen erkennbaren inhaltlichen Bezug der Umstände zueinander herzustellen. Insbesondere ist es nicht ersichtlich, dass das Landgericht die wahrscheinlich auf einer Direktübertragung beruhende DNA-Spur des Angeklagten an einem der unter dem Hohlraum im Schlafzimmer versteckten Beutel mit Kokain mit dem ihr zukommenden Beweiswert in einer Gesamtschau mit den weiteren gegen den

Angeklagten sprechenden Umständen bewertet hat. Gerade mit Blick darauf, dass die vom Landgericht als Alternativtäter allein in Betracht gezogenen Brüder des Angeklagten nach den Urteilsgründen letztmalig Monate vor dem Tattag am Tatort waren, durfte sich das Landgericht angesichts des hohen Beweiswerts einer wahrscheinlich direkt angetragenen DNA-Spur am Tatobjekt nicht auf den bloßen isolierten Verweis zu Beginn und am Ende der Beweiswürdigung beschränken, es habe in einer „Gesamtschau“ eine „Gesamtwürdigung aller Indizien“ vorgenommen.

Cirener

Gericke

Köhler

Resch

von Häfen

Vorinstanz:

Landgericht Kiel, 22.02.2023 - 5 KLS 593 Js 27531/21