

Gericht, Az.:
BGH, 1 StR 197/21

Datum:
16.12.2021

Fundstelle:
NSTZ 2023, 243

Der gelieferte Lieferer

Das Landgericht hat den Angeklagten H am 23. Februar 2021 wegen Betäubungsmitteldelikten in fünf Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und zwei Monaten verurteilt. Gegen den nicht revidierenden Mitangeklagten hat es wegen Betäubungsmitteldelikten eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren verhängt.

Nach den Feststellungen des Landgerichts betrieb der nicht einschlägig vorbestrafte Angeklagte H im Zeitraum Oktober und November 2019 einen schwunghaften Handel mit Kleinmengen an Cannabisprodukten und Kokain.

Spätestens Anfang März 2020 schloss er sich mit dem nicht revidierenden, bis dahin nicht vorbestraften Mitangeklagten zusammen, um fortan gemeinsam Betäubungsmittel zu veräußern. Am 4. März 2020 nahm ein Verdeckter Ermittler mit dem Angeklagten H Kontakt auf, erwarb von diesem 10 Gramm Marihuana und fragte, ob es auch möglich sei, eine "größere Menge" zu erwerben. Der Angeklagte erklärte dazu, dass er auch „100 Gramm Marihuana oder mehr“ sowie Kokain von mehr als fünf Gramm verkaufen könne.

In der Folgezeit kaufte der Verdeckte Ermittler in drei weiteren Fällen Cannabisprodukte und Kokain im zweistelligen (Cannabis) beziehungsweise einstelligen (Kokain) Grammbereich, fragte dabei aber wiederholt nach der Möglichkeit einer größeren Lieferung, die er auf drei Kilogramm Marihuana und 50 bis 100 Gramm Kokain konkretisierte. Nach der als glaubhaft bewerteten Einlassung des Angeklagten H habe der Verdeckte Ermittler hierbei „immer“ auf die gemeinsame Herkunft aus dem afghanischen/pakistanischen Raum hingewiesen und „irgendwas von zusammenhalten“ erzählt. Außerdem habe er darauf hingewiesen, dass er „Probleme mit früheren Lieferanten“ habe.

Der Angeklagten H, der bis zum ersten Verkaufsvorgang an den Verdeckten Ermittler zwar mit Cannabisprodukten und auch mit Kokain, aber nur in Mengen, die den Grenzwert der nicht geringen Menge nicht überstiegen gehandelt hatte, und der Mitangeklagte konnten diese Menge an Betäubungsmittel nicht über ihren bisherigen Lieferanten beschaffen. Auch die hierfür üblichen Preise kannten sie nicht. Dennoch gelang es Ihnen schlussendlich, die vom Verdeckten Ermittler nachgefragten Mengen über den weiteren Angeklagten D zu beschaffen (Fall II. 11. der Urteilsgründe).

Im Übrigen teilt das landgerichtliche Urteil noch 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, führt das Urteil nicht aus.

Bei der Übergabe der Betäubungsmittel an den Verdeckten Ermittler griff die Polizei zu.

Der Angeklagte H findet die Sache nicht so fair und wüsste gerne von Ihnen, ob Sie eine Möglichkeit sehen, das Urteil erfolgreich anzufechten.

A. Zulässigkeit der Revision

- I. Statthaftigkeit
- II. Rechtsmittelbefugnis
- III. Beschwer
- IV. Form/Frist d. Einlegung
- V. Form/Frist d. Begründung
- VI. kein(e) Rücknahme/Verzicht

B. Begründetheit der Revision

- I. **Prozessvoraussetzungen/-hindernisse**
rechtsstaatswidrige Tatprovokation, Art. 6 Abs. 1 EMRK
- II. Verfahrensfehler (absoluter/relativer)
- III. Sachrüge

Obersatz:

Es könnte ein anfechtbarer Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG oder Art. 6 Abs. 1 EMRK) vorliegen, indem das Gericht im Fall II. 11. der Urteilsgründe ein Sachurteil fällt und hierbei ein mögliches Verfahrenshindernis wegen rechtsstaatswidriger Tatprovokation übergang.

Problem:

Fraglich ist, ob einer verurteilten Tat eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation zugrunde lag, die nicht anders als durch die Annahme eines Verfahrenshindernisses und dementsprechend mit der Einstellung des Verfahrens gemäß §§ 206a, 260 Abs. 3 StPO kompensiert werden kann.

Lösung:

1) 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.

a) Das Gebot des fairen Verfahrens gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 6 Abs. 1 EMRK ist 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.

aa) Ein in diesem Sinne tatprovokierendes Verhalten ist nach Ansicht des BGH 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. Auch bei bereits bestehendem Anfangsverdacht kann die Rechtsstaatswidrigkeit einer Tatprovokation dadurch begründet sein, dass die Einwirkung im Verhältnis zum Anfangsverdacht „unvertretbar übergewichtig“ ist. 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.

bb) Nach dem EGMR verletzt eine polizeiliche Provokation Art. 6 Abs. 1 EMRK, wenn sich die Ermittlungsperson nicht auf eine „weitgehend passive“ Strafermittlung beschränkt hat. Dabei ist zu prüfen, ob es objektive Anhaltspunkte für den Verdacht gab, dass der Täter an kriminellen Aktivitäten beteiligt oder tatgeneigt war. 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. 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.

cc) 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 (sog. „Aufstiftung“). 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. 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.

b) 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. 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.

aa) Anhaltspunkte dafür, dass der Angeklagte auch hinsichtlich deutlich oberhalb der geltenden Grenzwerte für nicht geringe Mengen, insbesondere um einen „Quantensprung“ 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. Insbesondere die Reaktion des Angeklagten auf die erste Anfrage des Verdeckten Ermittlers, dass er auch „100 Gramm Marihuana oder mehr“ 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 D herantrat, der schlussendlich den Einkauf der abgefragten Menge organisierte.

bb) Im Übrigen teilt das landgerichtliche Urteil nur mit, dass der Angeklagte und der Verdeckte Ermittler nach dem 29. April 2020 mehrmals telefonierte 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. Das Revisionsgericht 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 Revisionsgericht 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 EGMR und des BGH darstellt.

cc) 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. 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, 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.

c) 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. Auch eine Einsichtnahme des Revisionsgerichts 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 EGMR, dem BVerfG und dem BGH 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.

2) 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 betroffenen Tat gemäß §§ 206a, 260 Abs. 3 StPO einzustellen wäre; für eine Berücksichtigung dieses Umstands über ein Beweisverwertungsverbot (vgl. BGH, 2 StR 97/14 v. 10.06.2015, BGHSt 60, 276 Rn. 49 ff.) oder im Rahmen der Strafzumessung wäre vorliegend kein Raum (vgl. EGMR, 40495/15, 40913/15, 37273/15 v. 15.10.2020 Rn. 123 f.; 54648/09 v. 23.10.2014 Rn. 68; BGH, a.a.O. Rn. 36 ff.).

Antrag:

Auf die Revision des Angeklagten H wird das Urteil des Landgerichts ... vom 23. Februar 2021 – auch zugunsten des Mitangeklagten – 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.

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.