

Bearbeiter: Karsten Gaede

Zitiervorschlag: BGH 1 StR 42/01, Urteil v. 30.05.2001, HRRS-Datenbank, Rn. X

BGH 1 StR 42/01 - Urteil v. 30. Mai 2001 (LG Augsburg)

BGHSt 47, 44; Grundsatz des fairen Verfahrens; Tatprovokation; Abgrenzung zur voraussetzungslosen bloßen Nachfrage; Verdeckter Ermittler; Vertrauensperson (VP); Verhältnismäßigkeit (deliktsspezifisches Verhältnis) zwischen provozierte Tat und dem individuell bestehendem Tatverdacht; Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Zurechenbarkeit; Strafzumessung

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 1 GG; § 152 StPO; § 29a BtMG; § 46 StGB

Leitsätze

1. Der Grundsatz des fairen Verfahrens (gemäß Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK) kann verletzt sein, wenn das im Rahmen einer Tatprovokation durch eine von der Polizei geführte Vertrauensperson (VP) angesonnene Drogengeschäft nicht mehr in einem angemessenen, deliktsspezifischen Verhältnis zu dem jeweils individuell gegen den Provozierten bestehenden Tatverdachts steht (Fortführung von BGHSt 45, 321). (BGHSt) Das schließt eine bloße Nachfrage, ob der Tatverdächtige sich auf ein erheblich unrechtsgesteigertes Drogengeschäft einläßt, oder ein schlichtes Mitwirken der VP an einem solchermaßen gesteigerten Unrecht nicht aus, wenn dadurch die Schwelle zur Provokation nicht überschritten wird. (Bearbeiter)
2. Je stärker der Verdacht, desto nachhaltiger wird auch die Stimulierung zur Tat sein dürfen, bevor die Schwelle der Tatprovokation erreicht wird. Die Qualität des Tatverdachts, der sich im Verlaufe des Einsatzes der VP hinsichtlich Intensität und Unrechtscharakter auch verändern kann, begrenzt den Unrechtsgehalt derjenigen Tat, zu der der Verdächtige in zulässiger Weise provoziert werden darf. (Bearbeiter)
3. Es darf nicht Aufgabe einer dem Fairneßgrundsatz verpflichteten staatlichen Strafrechtspflege sein, einen Unverdächtigen durch Provokation in die Täterschaft zu treiben oder einen zwar Tatverdächtigen, der die ihm angesonnene Tat aber ablehnt, zu einer solchen zu provozieren oder zur Begehung einer im Unrechtsgehalt gegenüber der Tatverdachtslage erheblich gesteigerten Tat zu verleiten. (Bearbeiter)
4. Der Senat läßt offen, ob die Revision in einem solchen Fall nur mit einer Verfahrensrüge oder auch mit der Sachrüge geltend machen kann, es liege ein Konventionsverstoß vor. (Bearbeiter)
5. Bei der Beurteilung der Unrechtsqualität des gegen den Provozierten bestehenden Tatverdachts können neben den tatsächlichen Umständen, die den Anfangsverdacht begründen, auch die deliktsspezifischen Gegebenheiten mit in Betracht gezogen werden (sog. Einheitlichkeit des Drogenmarktes). (Bearbeiter)
6. In allen anderen Fällen erweist sich die Tatveranlassung durch eine polizeilich geführte VP als Umstand, der bei der konkreten Strafzumessung zugunsten des Täters berücksichtigt werden kann. (Bearbeiter)
7. Grundsätze des Bundesgerichtshofes zur rechtlichen Behandlung der Tatprovokation (Bestätigung von BGH 1 StR 221/99 = BGHSt 45, 321). (Bearbeiter)

Entscheidungstenor

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Augsburg vom 26. September 2000 im Ausspruch über die Einzelstrafe im Falle B. II. der Urteilsgründe und über die Gesamtstrafe mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.

Die weitergehende Revision wird verworfen.

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

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (Haschisch) sowie wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Heroin) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt. Hiergegen richtet sich die Revision des Angeklagten, die die Verletzung formellen und sachlichen Rechts rügt. Sie macht insbesondere geltend, der Angeklagte sei von einer durch die Polizei geführten Vertrauensperson (VP) in unzulässiger Weise zum Handeltreiben mit Heroin provoziert worden. Den darin liegenden Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren im Sinne des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK habe das Landgericht ausdrücklich feststellen und bei der Strafzumessung weitergehend als geschehen berücksichtigen müssen. Das Rechtsmittel ist teilweise begründet; es führt zur Aufhebung des Ausspruchs über die im Falle B. II. der Urteilsgründe in Ansatz gebrachte Einzelfreiheitsstrafe sowie zum Wegfall der Gesamtfreiheitsstrafe.

I.

1. Das Landgericht hat festgestellt:

Der Angeklagte lernte in einem Lokal durch einen Bekannten eine sog. Vertrauensperson (VP) der Polizei kennen. Diese gab zu verstehen, daß sie Haschisch konsumiere. Während eines Toilettenaufenthaltes der VP folgte ihr der Angeklagte und bot ihr Haschisch an. Die VP ging auf das Angebot ein und es kam zu einem Verkauf von etwa 70 g (4,5 g THC) zum Preise von 700 DM. Bei einem weiteren Treffen - an diesem Tage wurde auch ein weiteres Haschischgeschäft zwischen beiden abgewickelt (22,55 g bei 1,4 g THC) - äußerte nun die VP gegenüber dem Angeklagten, sie sei stark am Erwerb von Heroin guter Qualität interessiert. Der Angeklagte - gegen den nicht der Verdacht bestand, Heroingeschäfte vorgenommen zu haben oder solche vornehmen zu wollen - antwortete zunächst abwehrend sinngemäß, daß solche Geschäfte gefährlich seien. Zwei Tage darauf, als die VP über vermeintliche Bezugsprobleme klagte, versuchte er indessen telefonisch Kontakt zu dem Heroinhändler B. herzustellen. Im weiteren Verlauf gelang ihm dies und er arrangierte ein Treffen der VP mit B., an dem er teilnahm. Es kam dann zu drei Geschäften: Zunächst erfolgte eine Probelieferung von 5,52 g Heroingemisch mit einem HHCL-Anteil von 1,15 g zum Preis von 400 DM, sodann eine weitere Lieferung von 89,05 g Heroingemisch (HHCL-Anteil = 7,64 g) zum Preis von 7.000 DM; schließlich bestellte die VP 500 g Heroingemisch, die der Angeklagte als lieferbar erklärt hatte, nachdem die VP zunächst 1,2 kg Heroin und 800 g Kokain hatte ordern wollen. Bei den Geschäften war der Angeklagte nach telefonischer Verabredung in den Pkw der VP gestiegen; dann hatten beide B. an einem anderen Ort aufgenommen. Die Verhandlungen mit der VP wickelte im wesentlichen der Angeklagte ab, da B. kaum Deutsch sprach. Der Angeklagte sollte für die Geschäfte sowohl von der VP als auch von B. eine Provision erhalten. Die Strafkammer ist auf der Grundlage der Einlassung des Angeklagten davon ausgegangen, die VP habe ihn unter Darstellung einer Gefahr für Leib und Leben - weil er seine angeblichen Abnehmer nicht mehr mit qualitativ gutem Heroin beliefern könne - "angebettelt" Heroin zu besorgen und eine Provision in Aussicht gestellt. Nachdem der Angeklagte den Kontakt zu B. hergestellt hätte und mit der Sache nichts mehr habe zu tun haben wollen, sei er von der VP zum weiteren Mitmachen "gedrängt" worden, weil er als Dolmetscher gebraucht werde.

Bei der Übergabe des zuletzt bestellten Heroins an die VP wurden der Angeklagte und B. festgenommen. Im Blick auf die Einlassung des Angeklagten, das Haschisch wie auch das Heroin hätten jeweils einem auf einmal beschafften Gesamtverrat entstammt, hat die Strafkammer für das Handeltreiben mit Haschisch sowie mit Heroin jeweils eine Bewertungseinheit angenommen.

2. Die Strafkammer hat einen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens im Sinne des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK verneint. Zwar habe gegen den Angeklagten vor dem Einsatz der VP kein Verdacht dahin bestanden, daß er gerade Heroingeschäfte vornehmen wolle. Auch könne letztlich nicht ausgeschlossen werden, daß der Angeklagte durch die VP zum Handeltreiben mit Heroin provoziert worden sei. Eine "eventuelle Provokation" sei dem Staat aber nicht zuzurechnen, da jedenfalls das von dem Wissen und der Kenntnis der Polizei umfaßte Verhalten der VP keine Tatprovokation darstelle. Dennoch hat die Strafkammer bei der Strafzumessung wegen der Veranlassung des Handeltreibens mit Heroin die an sich festzusetzende Einzelfreiheitsstrafe um fünf Monate verringert.

II.

Die Revision hat Erfolg, soweit sie den Strafausspruch im Falle B. II. der Urteilsgründe angreift (Heroingeschäfte). Die Begründung, mit der das Landgericht das Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren im Sinne des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK als nicht verletzt erachtet, hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Das Vorgehen der VP der Polizei, durch welches der Angeklagte zum Handeltreiben gerade mit Heroin veranlaßt wurde und das dem Staat hier entgegen der Auffassung des Landgerichts zuzurechnen ist, erweist sich möglicherweise als unzulässige und damit

konventionswidrige Tatprovokation.

Der Senat läßt offen, ob die Revision nur mit einer Verfahrensrüge oder auch mit der Sachrüge geltend machen kann, das Landgericht habe zu Unrecht einen Konventionsverstoß verneint. Er kann alle insoweit maßgeblichen Umstände sowohl dem Vortrag der Revision zur Verfahrensrüge als auch dem angefochtenen Urteil entnehmen. 7

1. Der Senat hat in seinem Urteil vom 18. November 1999 - 1 StR 221/99 (BGHSt 45, 321) in Anwendung des Grundsatzes des fairen Verfahrens (gemäß Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK) und im Blick auf dessen Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR EuGRZ 1999, 660 = StV 1999, 127 = NStZ 1999, 47) für den Fall eines konventionswidrigen Lockspitzeinsatzes entschieden, daß ein solcher Verstoß in den Urteilsgründen festzustellen und bei Festsetzung der Rechtsfolgen - genau bemessen - zu kompensieren ist. Eine Konventionssverletzung liegt nach der genannten Senatsentscheidung vor, wenn eine unverdächtige und zunächst nicht tatgeneigte Person durch die von einem Amtsträger geführte VP in einer dem Staat zuzurechnenden Weise zu einer Straftat verleitet wird und dies zu einem Strafverfahren führt (BGHSt 45, 321, Leitsatz und Seite 335). Der Senat hat diesen Maßstab weiter dahin konkretisiert, daß eine Tatprovokation nicht schon dann vorliegt, wenn eine VP einen Dritten ohne sonstige Einwirkung lediglich darauf anspricht, ob dieser Betäubungsmittel beschaffen könne. Ebenso liegt keine Provokation vor, wenn die VP nur die offen erkennbare Bereitschaft zur Begehung oder Fortsetzung von Straftaten ausnutzt. Dagegen ist die VP als die tatprovokierender Lockspitzel tätig, wenn sie über das bloße "Mitmachen" hinaus in die Richtung auf eine Weckung der Tatbereitschaft oder eine Intensivierung der Tatplanung mit einiger Erheblichkeit stimulierend auf den Täter einwirkt (BGHSt 45, 321, 338). 8

Erreicht die Intensität der Einwirkung durch den polizeilichen Lockspitzel das Maß einer Tatprovokation, so ist diese nur zulässig, wenn die VP (bzw. ein VE) gegen eine Person eingesetzt wird, die in einem den §§ 152 Abs. 2, 160 StPO vergleichbaren Grad verdächtig ist, an einer bereits begangenen Straftat beteiligt gewesen zu sein oder zu einer zukünftigen Straftat bereit zu sein; hierfür müssen also zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen. Dies gilt unabhängig davon, ob der VP-Einsatz ursprünglich (bis zur Tatprovokation) der präventiven Gefahrenabwehr diene oder von Anfang an repressiven Charakter hatte. Die Rechtmäßigkeit des Lockspitzeinsatzes ist selbst im Falle einer "Gemengelage" einheitlich an den Regelungen der StPO zu messen (BGHSt 45, 321, 337). 9

Eine unzulässige Tatprovokation ist dem Staat im Blick auf die Gewährleistung des fairen Verfahrens dann zuzurechnen, wenn diese Provokation mit Wissen eines für die Anleitung der VP verantwortlichen Amtsträgers geschieht oder dieser sie jedenfalls hätte unterbinden können. Erteilt die Polizei einen Auftrag an eine VP, hat sie die Möglichkeit und die Pflicht, diese Person zu überwachen. Eine Ausnahme von der sich daraus ergebenden Zurechnung kann nur dann gelten, wenn die Polizei mit einem Fehlverhalten der VP nicht rechnen konnte (BGHSt 45, 321, 336). 10

2. Daraus ergibt sich für den vorliegenden Fall zunächst, daß die Bewertung des Landgerichts, das Verhalten der VP sei hier dem Staat nicht zuzurechnen, von Rechts wegen keinen Bestand haben kann. Dem Zusammenhang der Urteilsgründe kann der Senat entnehmen, daß die VP eng geführt wurde und deren Treffen mit dem Angeklagten und B. überwacht wurden. Das Verhalten der VP bewegte sich im wesentlichen auf der Linie des ihr erteilten Auftrages. 11

3. Die rechtsfehlerhafte Verneinung einer Zurechnung des Verhaltens der VP würde allerdings eine Verwerfung der Revision nicht hindern, wenn sich aus den Feststellungen des Landgerichts im übrigen ohne weiteres ergäbe, daß hier keine unzulässige Tatprovokation vorlag. Das ist indessen nicht der Fall. 12

a) Das Landgericht geht selbst davon aus, daß die VP den Angeklagten zum Handeltreiben gerade mit Heroin in größer werdenden Mengen provoziert hat. Auf der Grundlage des vom Landgericht angenommenen Sachverhaltes liegt eine Tatprovokation nahe. Das Urteil geht davon aus, daß die VP den Angeklagten unter Hinweis auf eine vermeintliche eigene Leibes- und Lebensgefahr um Heroin "anbettelte", ihm etwas "vorjammerte" und nach dem Zustandbringen des Kontaktes zu dem Heroinhändler B. "bedrängte", sich als Dolmetscher weiter am Handeltreiben mit Heroin zu beteiligen. Darin kann eine Einwirkung von einiger Erheblichkeit liegen, die letztlich zu einer Intensivierung der Tatplanung im Sinne einer Provokation führte. Allerdings ist bei einer solchen Bewertung auch zu bedenken, daß es zwischen der Stärke des bestehenden Tatverdachts und dem Maß der für die Annahme einer Tatprovokation erheblichen Einwirkung eines polizeilichen Lockspitzels eine Wechselwirkung geben kann. Je stärker der Verdacht, desto nachhaltiger wird auch die Stimulierung zur Tat sein dürfen, bevor die Schwelle der Tatprovokation erreicht wird. 13

b) Die Tatprovokation, von der das Landgericht ausgeht, kann hier unzulässig gewesen sein, weil der Angeklagte bis dahin lediglich des Handeltreibens mit Haschisch verdächtig war. In dem Verleiten zum Handeltreiben mit Heroin lag eine erhebliche Steigerung des Unrechtsgehalts der Tat. Zwar steht insoweit grundsätzlich ein und derselbe Tatbestand in Rede (unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln). Die provozierte Tat erhält aber durch Art und Menge des Rauschgiftes ein besonderes Gepräge. Der Unrechtsgehalt ist von erheblich größerem Gewicht, wenn ein des 14

Handeltreibens mit sog. weichen Drogen Verdächtiger zum Handeltreiben mit sog. harten Drogen in großer Menge veranlaßt wird ("Quantensprung").

Wird jemand auf solche Weise gleichsam unter staatlicher Verantwortung weiter in die Kriminalität gedrängt, so liegt 15
darin dann eine Verletzung des Grundsatzes des fairen Verfahrens, wenn das im Rahmen einer Tatprovokation
angesonnene Drogengeschäft nach Art und Menge der Drogen nicht mehr in einem angemessenen,
deliktsspezifischen Verhältnis zu dem jeweils individuell gegen den Provozierten bestehenden Tatverdacht steht. Die
Qualität des Tatverdachts, der sich im Verlaufe des Einsatzes der VP hinsichtlich Intensität und Unrechtscharakter
auch verändern kann, begrenzt so den Unrechtsgehalt derjenigen Tat, zu der der Verdächtige in zulässiger Weise
provoziert werden darf.

Diese Begrenzung rechtfertigt sich letztlich daraus, daß es nicht Aufgabe einer dem Fairneßgrundsatz verpflichteten 16
staatlichen Strafrechtspflege sein darf, einen Unverdächtigen durch Provokation in die Täterschaft zu treiben oder
einen zwar Tatverdächtigen, der die ihm angesonnene Tat aber ablehnt, zu einer solchen zu provozieren oder zur
Begehung einer im Unrechtsgehalt gegenüber der Tatverdachtslage erheblich gesteigerten Tat zu verleiten. Die
Zulässigkeit einer Tatprovokation wurzelt in dem Auftrag des rechtsstaatlichen Gemeinwesens, erhebliche Straftaten
wirksam aufzuklären (vgl. BVerfGE 29, 183, 194; 77, 65, 76; siehe weiter zum Einsatz einer VP BVerfGE 57, 250, 284;
BVerfG Kammer NJW 1987, 1874, 1875; NSTZ 1991, 445; StV 1995, 169, 171). Die kriminalistische Erfahrung zeigt,
daß solche Aufklärung namentlich auf dem Felde des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln, das durch
Abschottung der verschiedenen Handelsebenen und durch konspiratives Vorgehen gekennzeichnet ist, oft nur durch
verdeckte Ermittlungen erreicht werden kann und nur so eine beweiskräftige Überführung der Täter möglich ist. Auf der
Grundlage dieser Gegebenheiten kann es dem Staat nicht verwehrt sein, auch zum Mittel der Tatprovokation zu greifen,
weil anderenfalls ein weites Kriminalitätsfeld - gerade das des Handeltreibens mit Drogen in großem Stile - weitgehend
unaufgeklärt bliebe und sich kriminelle Strukturen weitgehend unbehelligt entwickeln könnten.

Das Mittel der Tatprovokation muß sich aber auch im *Einzelfall* noch mit dem Ziel der Aufklärung schwerwiegender 17
Straftaten rechtfertigen lassen. Wird - über den bestehenden Tatverdacht hinausgehend - eine Steigerung der
Verstrickung des Tatverdächtigen in qualitativ deutlich höheres Unrecht mit dem Mittel einer Provokation bewirkt, diese
also durch die bestehende Verdachtslage nicht mehr getragen, so steht das nicht mehr im Einklang mit dem generellen
Auftrag der dem Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK) verpflichteten Strafrechtspflege. Das
schließt eine bloße Nachfrage, ob der Tatverdächtige sich auf ein erheblich unrechtsgesteigertes Drogengeschäft
einläßt, oder ein schlichtes Mitwirken der VP an einem solchermaßen gesteigerten Unrecht nicht aus, wenn dadurch
die Schwelle zur Provokation nicht überschritten wird.

Bei der Beurteilung der Unrechtsqualität des gegen den Provozierten bestehenden Tatverdachts - die ihrerseits die 18
Zulässigkeit der Tatprovokation begrenzt - können neben den tatsächlichen Umständen, die den Anfangsverdacht
begründen, auch die deliktsspezifischen Gegebenheiten mit in Betracht gezogen werden: Cannabisverbraucher
beziehen Haschisch oft bei Drogenhändlern, die auch mit sogenannten harten Drogen handeln (sog. Einheitlichkeit des
Drogenmarktes, vgl. BVerfGE 90, 145, 181). Es entspricht auch nach der Erfahrung des Senats gängiger Praxis beim
unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln, nach neu geknüpften Lieferbeziehungen zunächst sogenannte
Vertrauenskäufe über kleinere Mengen zu tätigen, deren auch strafrechtliches Risiko aus Sicht der Täter zunächst
noch nicht allzu hoch ist. Schließlich ist zu bedenken, daß Rauschgift Händler oft über gute Kontakte und
"Geschäftsbeziehungen" zu anderen Drogenhändlern verfügen, die hinsichtlich Art und Menge des zu beschaffenden
Rauschgiftes leistungsfähiger sind; sie vermögen solche Beziehungen dann ohne weiteres zu nutzen und sind dazu
auch bereit, um daraus eigenen Gewinn zu ziehen.

Ist jemand unter diesen Umständen "nur" des Handeltreibens mit Haschisch verdächtig, so erweist sich ein 19
aufklärungsorientiertes Aufgreifen einer vorhandenen Tatbereitschaft im Sinne einer Veranlassung zu einem
Heroingeschäft nicht schon deshalb als Tatprovokation, weil ein individueller Verdacht in diesem Sinne bis dahin nicht
manifest geworden ist. Es kommt dann vielmehr darauf an, ob sich der Täter auf die ihm angesonnene Intensivierung
der Tatplanung ohne weiteres einläßt, sich also geneigt zeigt, auch die Tat mit dem höheren Unrechtsgehalt zu
begehen und an ihr mitzuwirken. Geht die qualitative Steigerung der Verstrickung des Täters indessen mit einer
Einwirkung durch die VP einher, die von einiger Erheblichkeit ist (Tatprovokation), so liegt ein Fall der unzulässigen
Tatprovokation vor. Nur in diesem Falle kann ein Konventionsverstoß angenommen werden, dem entsprechend
Rechnung zu tragen ist (nach den Maßstäben von BGHSt 45, 321). In allen anderen Fällen erweist sich die
Tatveranlassung durch eine polizeilich geführte VP als Umstand, der bei der konkreten Strafzumessung zugunsten des
Täters berücksichtigt werden kann.

c) Das Landgericht wird die Sache nach Maßgabe dieser Grundsätze erneut zu prüfen haben. Dabei wird es zu 20

versuchen haben, hinsichtlich des Maßes der Einwirkung der VP auf den Angeklagten sowie des Gewichts und der Qualität des Tatverdachts gegen diesen Feststellungen zu treffen. Gegebenenfalls ist eine Konventionsverletzung ausdrücklich festzustellen und ein genau bemessener Abschlag bei der Bemessung der Einzelstrafe für den in Rede stehenden Fall B. II. der Urteilsgründe vorzunehmen. Der Senat vermag nicht auszuschließen, daß dieser Abschlag anders ausfallen könnte, falls das Landgericht zu dem Ergebnis käme, daß hier ein Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens vorliegt.

4. Der in Rede stehende Rechtsfehler kann sich allein auf die für die Heroingeschäfte (Fälle B. II. der Urteilsgründe) und die für diese zugemessene Einzelstrafe sowie auf die Gesamtstrafe auswirken. Die Einzelstrafe für den Fall B. I. der Urteilsgründe (Haschischgeschäfte) und der Schuldspruch, der einen sachlich-rechtlichen Mangel nicht erkennen läßt, können hingegen bestehen bleiben. 21