

HRRS-Nummer: HRRS 2015 Nr. 743

Bearbeiter: Karsten Gaede und Christoph Henckel

Zitiervorschlag: HRRS 2015 Nr. 743, Rn. X

BGH 1 StR 128/15 - Beschluss vom 19. Mai 2015 (LG Stuttgart)

Rechtsstaatswidrige Tatprovokation (Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren: Gesamtbetrachtung; Rechtsfolge: kein Gebot eines Verfahrenshindernisses auch bei konventions- und verfassungskonformer Auslegung; Anforderungen an die Revisionsbegründung: kein Übernahme der vom EGMR aufgestellten Beweislastumkehr; Voraussetzungen: erhebliche Intensivierung der Tatgeneigtheit, Vereinbarkeit mit der Rechtsprechung des EGMR); Protokollierung der Hauptverhandlung (Einlassung des Angeklagten als wesentliche Förmlichkeit).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 273 Abs. 1 Satz 1 StPO

Leitsätze des Bearbeiters

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs begründet ein aus einer Tatprovokation folgender Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK) grundsätzlich kein Verfahrenshindernis (vgl. BGHSt 32, 345, 350 ff).

2. Art. 6 Abs. 1 EMRK in der Auslegung durch den EGMR fordert bei einer konventionswidrigen Tatprovokation nicht die Annahme eines Verfahrenshindernisses. Solange die von Art. 6 Abs. 1 EMRK an die Verfahrensfairness gestellten Anforderungen erfüllt werden, überlässt es der Gerichtshof den Gerichten der Vertragsstaaten zu entscheiden, wie die Anforderungen aus Art. 6 Abs. 1 EMRK in das nationale Strafrechtssystem einzugliedern sind.

3. Das Grundgesetz gebietet die Annahme eines Verfahrenshindernisses als Konsequenz einer mit dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG unvereinbaren Tatprovokation durch Polizeibeamte oder den Polizeibehörden zuzurechnende Personen ebenfalls nicht. Das Bundesverfassungsgericht erachtet eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren erst dann als gegeben, wenn eine Gesamtschau auf das Verfahrensrecht ergibt, dass rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben wurde (vgl. BVerfGE 64, 135, 145 f.). In die Gesamtschau sind auch die Erfordernisse einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege einzubeziehen (vgl. BVerfGE 122, 248, 272).

4. Die gesetzlichen Anforderungen an die Revisionsbegründung aus § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO gelten auch bei einer (Verfahrens)Rüge der Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie Art. 2 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG.

5. Zwar hält der EGMR bei nicht völlig unplausiblen („not wholly improbable“) Vorwurf des Angeklagten einer Tatprovokation die Staatsanwaltschaft für verpflichtet, den Beweis des Fehlens einer solchen zu führen. Angesichts des eindeutigen Wortlauts des auch in seiner Auslegung durch den Bundesgerichtshof mit dem Grundgesetz vereinbaren § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO (vgl. BVerfGE 112, 185, 209 f.) und ihres Zwecks, einer Überlastung der Revisionsgerichte vorzubeugen, besteht jedoch keine Möglichkeit einer konventionsfreundlichen Auslegung, weil diese mit den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung nicht mehr vereinbar wäre.

6. Der Bundesgerichtshof nimmt eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK aufgrund polizeilicher Tatprovokation dann an, wenn eine unverdächtige 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. BGHSt 47, 44, 47).

7. Ein tatprovokierender Lockspitzel ist gegeben, wenn eine polizeiliche Vertrauensperson in Richtung auf das Wecken der Tatbereitschaft oder eine Intensivierung der Tatplanung mit einiger Erheblichkeit 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 (vgl. BGH NStZ 2014, 277, 279 Rn. 34 mwN). 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. Ebenso fehlt es an einer Provokation, wenn die Vertrauensperson nur die offen erkennbare Bereitschaft zur Begehung oder

Fortsetzung von Straftaten ausnutzt (vgl. BGHSt 47, 44, 47).

8. Im Hinblick auf eine mögliche polizeiliche Tatprovokation aufgrund einer Intensivierung der Tatplanung hängt die Bewertung der Erheblichkeit der Einwirkung durch den polizeilichen Lockspitzel auch von dem zum Zeitpunkt der Einwirkung bereits bestehenden Tatverdacht ab. Je stärker der Verdacht ist, desto nachhaltiger wird auch die Stimulierung zur Tat sein dürfen, bevor die Schwelle zu einer Tatprovokation erreicht wird (vgl. BGHSt 47, 44, 49).

9. An diesen Kriterien hält der Senat unter gebotener Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR zu den Voraussetzungen der mit Art. 6 Abs. 1 EMRK unvereinbaren polizeilichen Provokation fest. Die die Rechtsprechung des EGMR in der Auslegung des Art. 6 Abs. 1 EMRK prägenden Voraussetzungen der Tatprovokation werden in der Judikatur des Bundesgerichtshofs abgebildet. Maßgeblich ist jeweils vor allem das Vorhandensein einer Tatgeneigtheit, das Bestehen bzw. Nichtbestehen eines Tatverdachts gegen den Betroffenen sowie die Art und die Intensität der dem Staat zurechenbaren Einwirkung auf diesen.

10. Es besteht keine Verpflichtung des Tatgerichts eine schriftliche Erklärung des Angeklagten als Anlage zum Protokoll zu nehmen (vgl. BGH NSTZ 2009, 173). Gemäß § 273 Abs. 1 Satz 1 StPO ist lediglich der Umstand, dass der Angeklagte sich zur Sache eingelassen hat, als wesentliche Förmlichkeit in die Sitzungsniederschrift aufzunehmen. Der Inhalt seiner Einlassung ist dagegen gerade keine wesentliche Verfahrensförmlichkeit.

Entscheidungstenor

Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 29. August 2014 wird verworfen.

Der Beschwerdeführer hat die Kosten des Rechtsmittels zu tragen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen vier Fällen des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Außerdem hat es Verfall des Wertersatzes angeordnet. 1

Gegen dieses Urteil wendet sich der Angeklagte mit mehreren Verfahrensbeanstandungen und mit der Sachrüge. 2

Das Rechtsmittel ist unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO. Der Erörterung bedarf lediglich das Folgende: 3

I.

Ein die Verurteilung des Angeklagten ausschließendes, aus einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation resultierendes Verfahrenshindernis besteht nicht. 4

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs begründet ein aus einer solchen Tatprovokation folgender Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK) grundsätzlich kein Verfahrenshindernis (BGH, Urteile vom 23. Mai 1984 - 1 StR 148/84, BGHSt 32, 345, 350 ff.; vom 18. November 1999 - 1 StR 221/99, BGHSt 45, 321, 324 ff.; vom 11. Dezember 2013 - 5 StR 240/13, NSTZ 2014, 277, 280 Rn. 37 mwN; vom 21. Oktober 2014 - 1 StR 78/14 Rn. 7; siehe auch BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], Beschluss vom 18. Dezember 2014 - 2 BvR 209/14 u.a. Rn. 34). 5

2. Der konkrete Fall weist keine Umstände auf, die ausnahmsweise im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 EMRK oder aus verfassungsrechtlichen Gründen ein Verfahrenshindernis begründen könnten. 6

a) Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) legt Art. 6 Abs. 1 EMRK in ständiger Rechtsprechung dahingehend aus, dass bei einer - nach den vom Gerichtshof formulierten Voraussetzungen („substantive test of incitement“; siehe EGMR, Urteil vom 4. November 2010 - 18757/06 „Bannikova vs. Russia“ Rn. 37; Urteil vom 23. Oktober 2014 - 54648/09 „Furcht gegen Deutschland“ Rn. 48 f. mwN) - gegen die genannte Vorschrift verstößenden Tatprovokation durch die Polizei das öffentliche Interesse an der Bekämpfung schwerer Straftaten im Strafprozess nicht den Gebrauch von Beweismitteln rechtfertigen könne, die als Ergebnis polizeilicher Provokation gewonnen wurden (etwa EGMR, Urteil vom 9. Juni 1998 - 44/1997/828/1034 „Teixeira de Castro vs. Portugal“ Rn. 36 sowie EGMR, Urteile vom 5. Februar 2008 - 74420/01 „Ramanauskas vs. Lithuania“ Rn. 54 mwN; vom 4. November 2010 - 18757/06 „Bannikova vs. Russia“ Rn. 34; vom 23. Oktober 2014 - 54648/09 „Furcht gegen Deutschland“ Rn. 47). Damit in solchen Fällen das Strafverfahren im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK fair ist, müssten alle als Ergebnis polizeilicher Provokation gewonnenen Beweismittel ausgeschlossen werden oder aber ein Verfahren mit 7

vergleichbaren Konsequenzen („procedure with similar consequences“) müsse greifen (siehe nur EGMR, Urteile vom 24. April 2014 - 6228/09 u.a. „Lagutin e.a. vs. Russia“ Rn. 117 mwN; vom 23. Oktober 2014 - 54648/09 „Furcht gegen Deutschland“ Rn. 64).

Art. 6 Abs. 1 EMRK in der Auslegung durch den EGMR fordert daher bei einer konventionswidrigen Tatprovokation nicht die Annahme eines Verfahrenshindernisses (vgl. insoweit Sinn/Maly NStZ 2015, 379, 382). Zwar wird das Abstellen auf „ein Verfahren mit vergleichbaren Konsequenzen“ auch die Begründung eines Verfahrenshindernisses umfassen (so offenbar BVerfG, [2. Kammer des Zweiten Senats], Beschluss vom 18. Dezember 2014 - 2 BvR 209/14 u.a. Rn. 42). Der Gerichtshof hält aber selbst mehrere Wege für gangbar, um die Verfahrensfairness bei einer polizeilichen Tatprovokation zu gewährleisten. Im Übrigen muss das nationale Rechtssystem nicht zwingend dem dogmatischen Ansatz des EGMR folgen. Solange die von Art. 6 Abs. 1 EMRK an die Verfahrensfairness gestellten Anforderungen erfüllt werden, überlässt es der Gerichtshof den Gerichten der Vertragsstaaten zu entscheiden, wie die Anforderungen aus Art. 6 Abs. 1 EMRK in das nationale Strafrechtssystem einzugliedern sind (BVerfG, [2. Kammer des Zweiten Senats], Beschluss vom 18. Dezember 2014 - 2 BvR 209/14 u.a. Rn. 43).

b) Das Grundgesetz gebietet die Annahme eines Verfahrenshindernisses als Konsequenz einer mit dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG unvereinbaren Tatprovokation durch Polizeibeamte oder den Polizeibehörden zuzurechnende Personen ebenfalls nicht.

aa) Das Bundesverfassungsgericht erachtet eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren erst dann als gegeben, wenn eine Gesamtschau auf das Verfahrensrecht ergibt, dass rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben wurde (vgl. BVerfGE 64, 135, 145 f.; BVerfGE 122, 248, 272; BVerfGE 133, 168, 200). In die Gesamtschau sind auch die Erfordernisse einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege einzubeziehen (BVerfGE 122, 248, 272; BVerfGE 133, 168, 200 f.; BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], Beschluss vom 18. Dezember 2014 - 2 BvR 209/14 u.a. Rn. 34). Denn der Rechtsstaat kann sich nur dann verwirklichen, wenn ausreichende Vorkehrungen dafür getroffen sind, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Strafe zugeführt werden (BVerfGE 46, 214, 222; BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], Beschluss vom 18. Dezember 2014 - 2 BvR 209/14 u.a. Rn. 32).

Nach Maßgabe dieser Grundsätze hat das Bundesverfassungsgericht bislang offen gelassen, ob das Rechtsstaatsprinzip ein Verfahrenshindernis aufgrund rechtsstaatswidriger Tatprovokation gebieten kann (BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], Beschluss vom 18. Dezember 2014 - 2 BvR 209/14 u.a. Rn. 34 mit zahlr. Nachw.). Wenn ein daraus resultierendes Verfahrenshindernis überhaupt für möglich erachtet würde, könne ein solches lediglich in extremen Ausnahmefällen aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet werden, weil dieses nicht nur Belange des Beschuldigten, sondern auch das Interesse an einer der materiellen Gerechtigkeit dienenden Strafverfolgung schütze (BVerfG aaO).

bb) Ein solcher „extremer Ausnahmefall“ liegt hier jedenfalls nicht vor, ohne dass es darauf ankäme, dessen Voraussetzungen in den Einzelheiten zu bestimmen.

Das Bundesverfassungsgericht hat angedeutet, tatprovokierendes Verhalten von Ermittlungsbehörden gegen einen (bis dahin) gänzlich Unverdächtigen, der lediglich „als Objekt der staatlichen Ermittlungsbehörden einen vorgefertigten Tatplan ohne eigenen Antrieb ausgeführt hätte“, könnte möglicherweise ein solches Verfahrenshindernis begründen (BVerfG aaO Rn. 38).

Unter Berücksichtigung dessen kommt ein Verfahrenshindernis vorliegend weder aufgrund der im angefochtenen Urteil festgestellten Umstände (nachfolgend Rn. 15 - 17) noch aufgrund der dem Senat ansonsten aus den Verfahrensakten und dem Vorbringen der Revision zugänglichen Informationen in Betracht.

(1) Nach den auf einem glaubhaften und durch weitere Beweise verifizierten Geständnis des Angeklagten (UA S. 24 f.) beruhenden Urteilsfeststellungen hatte dieser spätestens Mitte September 2013 gemeinsam mit dem nicht revidierenden Mitangeklagten T. beschlossen, zukünftig Betäubungsmittelgeschäfte durchzuführen, um sich durch die gewinnbringende Weiterveräußerung von Marihuanagemisch eine fortlaufende Einnahmequelle zu verschaffen. Dabei sollte der über gute Kontakte zu Lieferanten von Betäubungsmitteln verfügende Mitangeklagte T. für den Bezug der Drogen und der Angeklagte für die Verkaufsgespräche mit potentiellen Abnehmern zuständig sein. Darüber hinaus wollten beide den bereits wegen Betäubungsmittelkriminalität mehrfach vorgeahndeten Mitangeklagten M. in ihren Betäubungsmittelhandel einbeziehen. Nach den Vorstellungen des Angeklagten und des Mitangeklagten T. sollte es sich zunächst um Geschäfte mit Marihuanagemisch von jeweils bis zu zwei Kilogramm bei einem Wirkstoffgehalt von mindestens 10 % Tetrahydrocannabinol (THC) handeln. Die Urteilsfeststellungen geben damit keinen Anhalt dafür, dass der Entschluss des Angeklagten, unerlaubt mit Betäubungsmitteln Handel zu treiben, auf eine polizeiliche Tatprovokation zurückgeht.

Auch zu den einzelnen, den Angeklagten betreffenden verfahrensgegenständlichen Betäubungsmitteldelikten ergeben sich aus den Urteilsfeststellungen (UA S. 15 - 21) keinerlei Anhaltspunkte für einen „extremen Ausnahmefall“ im Sinne des Bundesverfassungsgerichts. Zwar war in die Vermittlung der entsprechenden Drogengeschäfte jeweils eine unter dem Namen „H.“ auftretende polizeiliche Vertrauensperson involviert. Als sog. Scheinaufkäufer trat in allen Fällen der verdeckt unter dem Namen „A.“ operierende Zollbeamte E. auf. Die Geschäfte gingen aber sämtlich auf den bereits ohne polizeiliche Intervention gefassten Tatentschluss des Angeklagten zurück. 16

Vor allem aber kann nicht die Rede davon sein, der Angeklagte habe lediglich „als Objekt der staatlichen Ermittlungsbehörden einen vorgefertigten Tatplan ohne eigenen Antrieb ausgeführt“. Im Gegenteil hat er selbst die Initiative ergriffen und auch nach Rückschlägen die Drogengeschäfte mit „H.“ und „A.“ fortgeführt. So hatte der Angeklagte bei der Tat II.12. der Urteilsgründe (UA S. 17 f.) nach Absprache mit T. unter Vermittlung der Vertrauensperson „H.“ bereits verbindlich den Verkauf von 2 Kilogramm Marihuanagemisch mit einem Wirkstoffgehalt von mindestens 10 % THC zu einem Preis von 7.200 Euro vereinbart. Nachdem T. den Verdacht hatte, es könne sich um ein polizeilich fingiertes Rauschgiftgeschäft handeln und er deshalb zu dessen Durchführung nicht mehr bereit war, musste der Angeklagte den Drogenverkauf zunächst absagen. Dem vereinbarungsgemäß erschienenen „H.“ und dem Verdeckten Ermittler E. bot der Angeklagte von sich aus an, die ihnen entstandenen Benzinkosten zu übernehmen und bei einem späteren Rauschgiftgeschäft zu verrechnen. Den wegen der verweigerten Mitwirkung T. s zunächst nicht vollzogenen Verkauf von Marihuanagemisch führte der Angeklagte dann knapp 14 Tage später mit dem weiteren Mitangeklagten M. durch (Tat II.13. der Urteilsgründe). Nachdem M. das Rauschgift beschafft hatte, brachte der Angeklagte „H.“ zu dem Versteck der Betäubungsmittel und nahm den vereinbarten Kaufpreis von dem Verdeckten Ermittler entgegen (UA S. 18 f.). 17

(2) Ein „Extremfall“ tatprovokierenden Verhaltens der Ermittlungsbehörden liegt auch auf der Grundlage des Tatsachenvortrags in der von Rechtsanwalt Ma. gefertigten Revisionsbegründung nicht vor. Selbst wenn der Inhalt der von der Revision vorgelegten schriftlichen Einlassungen des Angeklagten über den Einsatz einer ersten, unter dem Namen „P.“ auftretenden polizeilichen Vertrauensperson, die über einen längeren Zeitraum den Angeklagten auf die Möglichkeit der Beschaffung von Marihuana angesprochen haben soll, als richtig unterstellt wird, ergibt sich daraus allenfalls die Einwirkung der Ermittlungsbehörden auf eine bis dahin noch unverdächtige Person. Umstände, die darauf hindeuten, dass der Angeklagte aufgrund eines den Strafverfolgungsorganen zurechenbaren Verhaltens bei der Begehung der Taten anschließend lediglich noch „als Objekt der staatlichen Ermittlungsbehörden einen vorgefertigten Tatplan ohne eigenen Antrieb ausgeführt hätte“, ergeben sich daraus nicht. In seiner schriftlichen Erklärung behauptet der Angeklagte zwar eine Vielzahl von Kontakten zu „P.“ („sicherlich zum zehnten Mal auf das Thema angesprochen“). Er führt jedoch selbst aus, es sei nie über Mengen, Preise oder sonstige Modalitäten gesprochen worden. 18

(3) Damit fehlen Anhaltspunkte für eine ausnahmsweise zum Verfahrenshindernis führende polizeiliche Tatprovokation. Im Gegenteil enthalten die Ermittlungsakten Anhaltspunkte dafür, dass gegen den Angeklagten bereits ein Anfangsverdacht bestand, bevor eine polizeiliche Vertrauensperson Kontakt mit ihm aufgenommen hat (siehe Ermittlungsakten Band I Bl. 381). Der Senat war daher nicht zu weiterer freibeweislicher Aufklärung (vgl. BGH, Urteil vom 28. Juni 1961 - 2 StR 154/61, BGHSt 16, 164, 166 mwN; KK-StPO/Fischer, 7. Aufl., Einl. Rn. 415; Radtke in Radtke/Hohmann, StPO, Einl. Rn. 52 mwN) gedrängt. 19

II.

Soweit die durch Rechtsanwalt Ma. begründete Revision dahin auszulegen (§ 300 StPO) wäre, dass der Angeklagte eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie Art. 2 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG wegen polizeilicher Tatprovokation rügt, wäre die Rüge nicht im Sinne von § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO zulässig ausgeführt. 20

1. Nach dieser Vorschrift muss der Revisionsführer die Tatsachen, die den behaupteten Verfahrensmangel begründen, so vollständig und genau mitteilen, dass das Revisionsgericht aufgrund der Rechtfertigungsschrift prüfen kann, ob ein Verfahrensfehler vorliegt, wenn die behaupteten Tatsachen bewiesen werden (siehe nur BGH, Beschluss vom 11. März 2014 - 1 StR 711/13, Rn. 8 mwN). 21

Die gesetzlichen Anforderungen an die Revisionsbegründung aus § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO gelten auch bei einer (Verfahrens)rüge der Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie Art. 2 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG. Zwar hält der EGMR bei nicht völlig unplausiblen („not wholly improbable“) Vorwurf des Angeklagten einer Tatprovokation die Staatsanwaltschaft für verpflichtet, den Beweis des Fehlens einer solchen zu führen (EGMR, Urteil vom 23. Oktober 2014 - 54648/09 „Furcht gegen Deutschland“ Rn. 53). Die Berücksichtigung dieser offenbar durch Auslegung des Art. 6 Abs. 1 EMRK gewonnenen Rechtsprechung des EGMR führt jedoch nicht dazu, auf die Einhaltung von § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO in der Begründungsschrift des Rechtsmittels zu verzichten oder die Anforderungen an den Tatsachenvortrag zu reduzieren. Angesichts des eindeutigen Wortlauts der auch in ihrer Auslegung durch den Bundesgerichtshof mit dem Grundgesetz vereinbaren Vorschrift (BVerfGE 112, 185, 209 f.) und ihres Zwecks, einer 22

Überlastung der Revisionsgerichte vorzubeugen (BVerfG aaO; KK-StPO/Gericke, 7. Aufl., § 344 Rn. 32), besteht keine Möglichkeit einer konventionsfreundlichen Auslegung, weil diese mit den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung nicht mehr vereinbar wäre (zu diesem Kriterium BVerfGE 111, 307, 329; BVerfGE 128, 326, 371; BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], Beschluss vom 18. Dezember 2014 - 2 BvR 209/14 u.a. Rn. 41 aE mwN).

2. Die Revisionsbegründung trägt nicht diejenigen Tatsachen vollständig vor, derer es zur Prüfung durch den Senat bedarf. 23

a) Der Bundesgerichtshof nimmt eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK aufgrund polizeilicher Tatprovokation dann an, wenn eine unverdächtige 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 (BGH, Urteile vom 30. Mai 2001 - 1 StR 42/01, BGHSt 47, 44, 47; vom 18. November 1999 - 1 StR 221/99, BGHSt 45, 321, 335). Ein tatprovokierender Lockspitzel ist gegeben, wenn eine polizeiliche Vertrauensperson in Richtung auf das Wecken der Tatbereitschaft oder eine Intensivierung der Tatplanung mit einiger Erheblichkeit 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 (vgl. BGH, Urteil vom 11. Dezember 2013 - 5 StR 240/13, NSTZ 2014, 277, 279 Rn. 34 mwN). 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. Ebenso fehlt es an einer Provokation, wenn die Vertrauensperson nur die offen erkennbare Bereitschaft zur Begehung oder Fortsetzung von Straftaten ausnutzt (BGH, Urteile vom 30. Mai 2001 - 1 StR 42/01, BGHSt 47, 44, 47; vom 18. November 1999 - 1 StR 221/99, BGHSt 45, 321, 338). 24

Im Hinblick auf eine mögliche polizeiliche Tatprovokation aufgrund einer Intensivierung der Tatplanung hängt die Bewertung der Erheblichkeit der Einwirkung durch den polizeilichen Lockspitzel auch von dem zum Zeitpunkt der Einwirkung bereits bestehenden Tatverdacht ab. Je stärker der Verdacht ist, desto nachhaltiger wird auch die Stimulierung zur Tat sein dürfen, bevor die Schwelle zu einer Tatprovokation erreicht wird (BGH, Urteil vom 30. Mai 2001 - 1 StR 42/01, BGHSt 47, 44, 49). 25

b) An diesen Kriterien hält der Senat unter gebotener Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR (dazu BVerfGE 111, 307, 323 ff.; BVerfGE 128, 326, 371; BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], Beschluss vom 18. Dezember 2014 - 2 BvR 209/14 u.a. Rn. 41) zu den Voraussetzungen der mit Art. 6 Abs. 1 EMRK unvereinbaren polizeilichen Provokation fest. 26

Der Gerichtshof stellt für die materiellrechtliche Prüfung des Vorliegens einer solchen Provokation („substantive test of incitement“; siehe EGMR, Urteil vom 4. November 2010 - 18757/06 „Bannikova vs. Russia“ Rn. 37) darauf ab, dass sich die beteiligten Polizeibeamten nicht auf eine weitgehend passive Strafermittlung beschränken, sondern die betroffene Person derart beeinflussen, dass diese zur Begehung einer Straftat verleitet wird, die sie anderenfalls nicht begangen hätte. Der Zweck des polizeilichen Handelns liege bei der Provokation darin, durch Beweiserbringung und Einleitung eines Strafverfahrens die Feststellung einer Straftat zu ermöglichen (EGMR aaO Rn. 37; EGMR, Urteil vom 23. Oktober 2014 - 54648/09 „Furcht gegen Deutschland“ Rn. 48 mwN). In die Prüfung der materiellen Voraussetzungen einer Tatprovokation bezieht der EMGR u.a. ein, dass die Strafverfolgungsbehörden keinen Grund hatten, eine Person der Beteiligung an Betäubungsmittelstraftaten zu verdächtigen, wenn diese nicht vorbestraft war, (noch) kein Ermittlungsverfahren gegen sie eingeleitet war und keine Anhaltspunkte für eine Tatgeneigtheit vor der Kontaktaufnahme vorlagen (so bereits EGMR, Urteil vom 9. Juni 1998 - 44/1997/828/1034 „Teixeira de Castro vs. Portugal“ Rn. 38 sowie EGMR, Urteil vom 4. November 2010 - 18757/06 „Bannikova vs. Russia“ Rn. 39 und Urteil vom 23. Oktober 2014 - 54648/09 „Furcht gegen Deutschland“ Rn. 51 jeweils mwN). 27

Als Subkriterien für das Vorhandensein bestehender krimineller Tätigkeit oder Tatgeneigtheit hält der Gerichtshof nach Maßgabe des konkreten Einzelfalls u.a. die Vertrautheit des Betroffenen mit aktuellen Preisen von Betäubungsmitteln, dessen Fähigkeit, solche kurzfristig zu beschaffen, sowie seine Gewinnbeteiligung für bedeutsam (EGMR, Urteil vom 23. Oktober 2014 - 54648/09 „Furcht gegen Deutschland“ Rn. 51 mwN). Zudem komme es für die Abgrenzung zwischen einer rechtmäßigen Infiltrierung („legitimate infiltration“) und einer Provokation auf den auf den Betroffenen seitens der Strafverfolgungsbehörden ausgeübten Druck an (EGMR aaO Rn. 52). 28

Die die Rechtsprechung des EGMR in der Auslegung des Art. 6 Abs. 1 EMRK prägenden Voraussetzungen der Tatprovokation werden in der Judikatur des Bundesgerichtshofs (oben Rn. 24 und 25) abgebildet. Maßgeblich ist jeweils vor allem das Vorhandensein einer Tatgeneigtheit, das Bestehen bzw. Nichtbestehen eines Tatverdachts gegen den Betroffenen sowie die Art und die Intensität der dem Staat zurechenbaren Einwirkung auf diesen. 29

c) Um das Revisionsgericht in die Lage zu versetzen, die Voraussetzungen einer mit Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie Art. 2 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG unvereinbaren Tatprovokation prüfen zu können, bedarf es des Vortrags der entsprechenden Tatsachen aus dem Verlauf des Ermittlungsverfahrens. Wie der Generalbundesanwalt zutreffend 30

ausgeführt hat, hätte die Revision dazu auf der Grundlage des ihr zugänglichen Inhalts der Verfahrensakten Umstände vortragen müssen, anhand derer der Senat wenigstens das Bestehen oder Nichtbestehen eines Anfangsverdachts gegen den Angeklagten sowie eine bei ihm vorhandene Tatgeneigtheit hätte beurteilen können.

Daran fehlt es. Der Verweis auf den Inhalt der von Rechtsanwalt Ma. verlesenen beiden schriftlichen Erklärungen des Angeklagten genügt dafür ersichtlich nicht. Zu in den Verfahrensakten vorhandenen Anhaltspunkten für das Vorliegen einer die Tatprovokation (in dem zuvor genannten Sinne) ausschließenden Tatgeneigtheit des Angeklagten und eines Anfangsverdachts gegen ihn vor Beginn der Kontaktaufnahme durch eine polizeiliche Vertrauensperson verhält sich die Revisionsbegründung nicht. 31

Solcher Vortrag war aber gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO erforderlich. Denn die Feststellungen des Urteils (oben Rn. 15 - 17) selbst schließen eine Tatprovokation aus. Danach hatte der Angeklagte bereits vor dem ersten Kontakt mit der Vertrauensperson „H.“ gemeinsam mit dem Mitangeklagten T. den Entschluss gefasst, gewinnbringende Betäubungsmittelgeschäfte mit Marihuanagemisch im Kilogramm Bereich zu tätigen. 32

3. Angesichts der Unzulässigkeit der Rüge kann offen bleiben, ob es der zusätzlichen Erhebung einer Aufklärungsrüge bedurft hätte, die auf die unterbliebene Aufklärung solcher Umstände abzielt, die zur Beurteilung der Voraussetzungen einer polizeilichen Tatprovokation erforderlich sind. 33

III.

Die durch den Verteidiger, Rechtsanwalt Ma., erhobene Rüge der Verletzung von § 261 StPO, weil der Angeklagte sich in der Hauptverhandlung wesentlich umfangreicher eingelassen habe, als seitens des Gerichts gewürdigt worden sei, bleibt ebenfalls ohne Erfolg. 34

1. Dem Senat ist im Revisionsverfahren die Prüfung verwehrt, ob die im angefochtenen Urteil erfolgte Darstellung der Einlassung des Angeklagten (UA S. 25) die in der Hauptverhandlung erfolgte Einlassung inhaltlich zutreffend wiedergibt. Ohne eine solche Prüfung kann durch das Revisionsgericht ein auf einer unzureichenden Würdigung der Einlassung beruhender Verstoß gegen § 261 StPO (vgl. LR/Sander, StPO, 26. Aufl., Band 6/2 § 261 Rn. 74 mwN) aber nicht beurteilt werden (siehe nur BGH, Beschluss vom 14. August 2003 - 3 StR 17/03, NStZ 2004, 163 Rn. 2). 35

2. Die Revision verkennt, dass nicht der Inhalt der von ihr vorgetragenen schriftlichen Erklärungen Gegenstand der Hauptverhandlung geworden ist, sondern lediglich der mündliche Vortrag (BGH aaO; siehe auch KK-StPO/Schneider aaO § 243 Rn. 57 mwN). Bereits nach dem eigenen Vorbringen der Revision sind die in der Revisionsbegründung wiedergegebenen schriftlichen „Einlassungen“ des Angeklagten in der Hauptverhandlung vom 8. Juli 2014 durch dessen Verteidiger, Rechtsanwalt Ma., verlesen worden und anschließend dem Gericht übergeben worden. Damit handelt es sich nicht um einen Urkundenbeweis mit der Konsequenz, dass auch der Wortlaut der verlesenen Schriftstücke nicht in die Hauptverhandlung eingeführt worden ist (BGH aaO; BGH, Beschluss vom 10. November 2008 - 3 StR 390/08, NStZ 2009, 173; siehe auch bereits BGH, Urteil vom 3. Juli 1991 - 2 StR 45/91, BGHSt 38, 14, 16). Gegenstand der Hauptverhandlung sind lediglich der mündliche Vortrag sowie etwaige mündliche Erklärungen des Angeklagten dazu, etwa dass er sich den Inhalt zu Eigen mache, geworden. Diesen Inhalt der Hauptverhandlung kann das Revisionsgericht aber gerade nicht rekonstruieren (BGH, Beschluss vom 14. August 2003 - 3 StR 17/03, NStZ 2004, 163, 164 Rn. 3; Park StV 2001, 589, 592; KK-StPO/Schneider aaO § 243 Rn. 57). 36

Gleiches gilt auch für die ergänzende schriftliche Erklärung des Angeklagten, die nach dem Revisionsvorbringen wiederum Rechtsanwalt Ma. in der Hauptverhandlung vom 29. August 2014 verlesen hat. 37

3. Es bestand auch keine Verpflichtung des Landgerichts die schriftlichen Erklärungen als Anlage zum Protokoll zu nehmen (BGH, Beschluss vom 10. November 2008 - 3 StR 390/08, NStZ 2009, 173). Gemäß § 273 Abs. 1 Satz 1 StPO ist lediglich der Umstand, dass der Angeklagte sich zur Sache eingelassen hat (vgl. § 243 Abs. 5 Satz 2 StPO), als wesentliche Förmlichkeit in die Sitzungsniederschrift aufzunehmen. Der Inhalt seiner Einlassung ist dagegen gerade keine wesentliche Verfahrensförmlichkeit. Selbst eine unnötigerweise erfolgende Entgegennahme einer durch den Verteidiger verlesenen schriftlichen Erklärung und deren Hinzufügung als Anlage zum Hauptverhandlungsprotokoll machte die Erklärung nicht zu dessen Bestandteil (BGH aaO). 38

IV.

Die sachlich-rechtliche Prüfung des Urteils hat weder zum Schuld- noch zum Strafausspruch einen den Angeklagten beschwerenden Rechtsfehler ergeben. 39

Das Landgericht hat bei der Strafzumessung zugunsten des Angeklagten bedacht, dass die polizeiliche Vertrauensperson zu der Begehung der Betäubungsmittelstraftaten beigetragen hat. Eine weitergehende Berücksichtigung war nicht veranlasst. Nach den rechtsfehlerfreien Urteilsfeststellungen lagen die Voraussetzungen 40

einer konventions- bzw. rechtsstaatswidrigen Tatprovokation nicht vor (oben Rn. 15 - 17).