

HRRS-Nummer: HRRS 2016 Nr. 563

Bearbeiter: Christoph Henckel und Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2016 Nr. 563, Rn. X

### BGH 1 StR 38/16 - Beschluss vom 5. April 2016 (LG München I)

**Unerlaubtes bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Begriff des Mitsichführens; Anwendbarkeit des Qualifikationstatbestandes auch in Fällen, in denen die mitgeführten Drogen nicht entdeckt werden oder der gefährliche Gegenstand nicht eingesetzt wird; Verhältnis zur unerlaubten bewaffneten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge).**

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

#### Leitsätze des Bearbeiters

1. Das für die Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes unerlaubtem bewaffnetem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln notwendige Mitsichführen von Gegenständen, die zur Verletzung von Personen geeignet und bestimmt sind, liegt dann vor, wenn der Täter gefährliche Gegenstände bewusst gebrauchsbereit in der Weise bei sich hat, dass er sich ihrer jederzeit bedienen kann (vgl. BGH NSTZ 1997, 137). Hierfür genügt, dass die gefährlichen Gegenstände dem Täter in irgendeinem Stadium des Tathergangs zur Verfügung stehen, d.h. sich so in seiner räumlichen Nähe befinden, dass er sich ihrer jederzeit, also ohne nennenswerten Zeitaufwand, und ohne besondere Schwierigkeiten bedienen kann (vgl. BGHSt 52, 89, 93). Setzt sich die Tat aus mehreren Einzelakten zusammen, so reicht es nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Tatbestandserfüllung aus, wenn der qualifizierende Umstand des Mitsichführens eines gefährlichen Gegenstands nur bei einem Einzelakt verwirklicht ist.

2. Eine den erhöhten Strafrahmen des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG erhöhte Rechtsgutsgefährlichkeit besteht in Situationen einer Kontrolle des bewaffneten Täters durch Angehörige von Strafverfolgungsbehörden auch dann, wenn diesen der Umstand eines unerlaubten Umgangs des Kontrollierten mit Betäubungsmitteln (zunächst) unbekannt bleibt. Im Hinblick auf den Schutzzweck von § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG ist es daher für solche Fallgestaltungen nicht veranlasst, strengere Anforderungen an die subjektive Zweckbestimmung zur Verletzung von Personen bei Mitführen von gekorenen Waffen zu stellen. Eine allgemeine Einschränkung des Qualifikationstatbestandes in Konstellationen, in denen die von Gesetz angenommene (generelle) Gefährlichkeit sich konkret nicht verwirklicht hat, kommt erst recht nicht in Betracht (vgl. BGHSt 43, 8, 12 f.).

3. Zwar ist grundsätzlich neben dem bewaffneten unerlaubten Handeltreiben eine Verurteilung wegen bewaffneter unerlaubter Einfuhr nicht möglich. Die Einfuhr erweist sich aber dann nicht als unselbständiger Teilakt des Handeltreibens, wenn die durch einen einheitlichen Vorgang erworbene Menge des Betäubungsmittels teils für den gewinnbringenden Weiterverkauf und teils für den Eigenkonsum bestimmt ist (vgl. BGH NSTZ 2007, 529).

#### Entscheidungstenor

1. Die Revision des Angeklagten S. gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 15. Oktober 2015 wird als unbegründet verworfen.

Der Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

2. Auf die Revision des Angeklagten B. wird das vorgenannte Urteil, soweit es ihn betrifft, im Strafausspruch aufgehoben.

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

3. Die weitergehende Revision des Angeklagten B. wird verworfen.

#### Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten S. wegen Diebstahls zu einer Freiheitsstrafe von drei Monaten verurteilt. Vom Vorwurf näher bezeichneter Verstöße gegen das Betäubungsmittelgesetz ist der Angeklagte freigesprochen worden. Der Angeklagte B. ist wegen unerlaubter bewaffneter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in

Tateinheit mit unerlaubtem bewaffneten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren und acht Monaten verurteilt worden. Zudem hat das Landgericht seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) sowie einen Teilvollzug der Freiheitsstrafe vor dem Maßregelvollzug angeordnet.

## I.

Die auf eine Verfahrensbeanstandung und die ausgeführte Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten S. erweist sich als unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO. Aus den in der Antragschrift des Generalbundesanwalts genannten Gründen genügt die Verfahrensrüge, mit der eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung geltend gemacht wird, nicht den gesetzlichen Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO. Anders als die Revision meint, ergibt sich der Gang des Verfahrens, nachdem dieses gemäß § 3 StPO gegen beide Angeklagte und einen freigesprochenen (früheren) Mitangeklagten gemeinsam sowie gegen den Angeklagten B. wegen mehrerer Taten geführt worden ist, nicht aus den Gründen des angefochtenen Urteils. Um dem Senat die Beurteilung zu ermöglichen, ob das Strafverfahren insgesamt angemessen zügig geführt wurde (zum Maßstab und der erforderlichen Gesamtwürdigung BGH, Beschluss vom 5. Dezember 2012 - 1 StR 531/12, BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Verfahrensverzögerung 43 - Gründe), hätte die Revision insgesamt zum Ablauf des Strafverfahrens vortragen müssen.

## II.

Die Revision des Angeklagten B., von der die Anordnung der Unterbringung in der Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) wirksam ausgenommen worden ist (vgl. nur Fischer, StGB, 63. Aufl. 2016, § 64 Rn. 29 mwN), hat lediglich zum Strafausspruch Erfolg (§ 349 Abs. 4 StPO). Im Übrigen ist sie unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).

1. Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen tragen die Verurteilung des Angeklagten wegen bewaffneten unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit bewaffnetem unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG). Der Senat sieht davon ab, bei der Verurteilung aus § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG jeweils den Zusatz „in nicht geringer Menge“ entfallen zu lassen (dazu BGH, Beschluss vom 3. Februar 2015 - 3 StR 632/14, NStZ-RR 2015, 144 [Leitsatz 2]).

a) Das für die Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes (BGH, Urteil vom 28. Februar 1997 - 2 StR 556/96, BGHSt 43, 8, 10) notwendige Mitsichführen von Gegenständen, die zur Verletzung von Personen geeignet und bestimmt sind, liegt dann vor, wenn der Täter gefährliche Gegenstände bewusst gebrauchsbereit in der Weise bei sich hat, dass er sich ihrer jederzeit bedienen kann (vgl. BGH, Beschlüsse vom 10. Juni 2015 - 1 StR 211/15, Rn. 6; vom 28. November 2013 - 5 StR 576/13, Rn. 4, BGHR BtMG § 30a Abs. 2 Nr. 2 Gegenstand 1 und vom 14. November 1996 - 1 StR 609/96, NStZ 1997, 137; Urteil vom 20. September 1996 - 2 StR 300/96, NStZ-RR 1997, 16). Hierfür genügt, dass die gefährlichen Gegenstände dem Täter in irgendeinem Stadium des Tathergangs zur Verfügung stehen, d.h. sich so in seiner räumlichen Nähe befinden, dass er sich ihrer jederzeit, also ohne nennenswerten Zeitaufwand, und ohne besondere Schwierigkeiten bedienen kann (vgl. BGH, Urteile vom 15. November 2007 - 4 StR 435/07, BGHSt 52, 89, 93 und vom 21. März 2000 - 1 StR 441/99, NStZ 2000, 433; Beschluss vom 10. Juni 2015 - 1 StR 211/15, Rn. 6; Patzak in Körner/Patzak/ Volkmer, BtMG, 8. Aufl. 2016, § 30a Rn. 78 mwN). Setzt sich die Tat aus mehreren Einzelakten zusammen, so reicht es nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Tatbestandserfüllung aus, wenn der qualifizierende Umstand des Mitsichführens eines gefährlichen Gegenstands nur bei einem Einzelakt verwirklicht ist.

b) Diese Voraussetzungen sind sowohl für das Handeltreiben mit als auch für die Einfuhr von mindestens 50 g Methamphetamin aus Tschechien durch die Feststellungen belegt. Der Angeklagte, der die in zwei Päckchen verpackten Drogen geschluckt und daher in seinem Körper transportiert hatte, konnte als Beifahrer des für die Rückfahrt nach Deutschland genutzten Fahrzeugs jederzeit ungehindert auf das in der Mittelkonsole neben ihm liegende Butterflymesser mit einer Klingenslänge von 9,5 cm zugreifen. Dieses war von ihm kurz zuvor ebenfalls in Tschechien erworben worden.

Die Feststellung, dass das Messer seitens des Angeklagten zur Verletzung von Menschen bestimmt war (UA S. 14), bedurfte hier keiner näheren Begründung (vgl. BGH, Beschluss vom 21. Oktober 2014 - 1 StR 78/14, NStZ 2015, 226, 227). Denn bei dem Butterflymesser handelt es sich um eine sogenannte gekorene Waffe i.S.v. § 1 Abs. 2 Nr. 2b WaffG („tragbare Gegenstände“); bei derartigen Waffen liegt die erforderliche Zweckbestimmung zur Verletzung von Personen ohne weitere Feststellungen regelmäßig auf der Hand (BGH, Beschlüsse vom 8. Januar 2014 - 5 StR 542/13, NStZ 2014, 466 und vom 21. Oktober 2014 - 1 StR 78/14, NStZ 2015, 226, 227).

c) Etwas anderes ergibt sich für den konkreten Einzelfall auch nicht aus dem Umstand, dass bei der Kontrolle des Fahrzeugs in Grenznähe zunächst lediglich das Messer entdeckt, der Transport des Rauschgifts aber unbemerkt blieb.

Der Gesetzgeber verfolgt mit der durch das Verbrechenbekämpfungsgesetz vom 28. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3186) eingeführten Qualifikation des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG den Zweck, im Betäubungsmittelstrafrecht Strafrahmen vorzusehen, mit denen u.a. auch der großen Gefährlichkeit solcher Taten entsprochen werden kann (vgl. BT-Drucks. 12/6853 S. 41 linke Spalte). In Bezug auf die Betäubungsmittelstraftaten, bei denen die Täter Schusswaffen oder sonst zur Verletzung von Menschen geeignete und bestimmte Gegenstände mit sich führen, besteht die Gefährlichkeit gerade darin, dass die Täter rücksichtslos ihre Interessen beim unerlaubten Umgang mit Betäubungsmitteln durchsetzen und dabei die Schusswaffe oder die sonstigen von § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG erfassten Gegenstände einsetzen (BT-Drucks. 12/6853 S. 41 rechte Spalte; BGH, Urteil vom 10. April 1996 - 3 StR 5/96, BGHSt 42, 123, 126). Der gegenüber den erfassten Grunddelikten erhöhte Unrechtsgehalt des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG liegt daher in der generell erheblichen Gefährlichkeit der Begehung von Betäubungsmitteldelikten unter Beisichführen von Waffen sowohl hinsichtlich des Rechtsguts der Volksgesundheit (BGH, Urteil vom 28. Februar 1997 - 2 StR 556/96, BGHSt 43, 8, 11 f.; siehe auch BGH, Urteil vom 10. April 1996 - 3 StR 5/96, BGHSt 42, 123, 126) als auch hinsichtlich der Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit von Personen, die in Kontakt mit den Tätern von Betäubungsmittelstraftaten geraten.

Die jederzeitige Verfügbarkeit von Waffen erleichtert dem Täter den unerlaubten Umgang mit Betäubungsmitteln, weil ihm Schusswaffen und sonstige zur Verletzung von Menschen geeignete und bestimmte Gegenstände regelmäßig ein Bewusstsein von Sicherheit und Überlegenheit vermitteln (BGH aaO, BGHSt 43, 8, 13; vgl. auch Patzak aaO, § 30a Rn. 89 mwN). Die generelle Gefährlichkeit der Zugriffsmöglichkeit des Täters auf von § 30a Abs. 2 Nr. 2 StGB erfasste Waffen ist jedenfalls stets dann gegeben, wenn der Täter Waffe und Betäubungsmittel zugleich verfügbare hat (BGH aaO, BGHSt 43, 8, 13). Der der Qualifikation zugrunde liegenden generell erhöhten Rechtsgutsgefährlichkeit trägt die Rechtsprechung auch dadurch Rechnung, dass sie bereits ein Beisichführen der erfassten Waffen bzw. Gegenstände in irgendeinem Stadium des Tathergangs für ausreichend erachtet (vgl. Patzak aaO, § 30a Rn. 79; siehe auch BGH, Beschluss vom 24. September 2015 - 2 StR 126/15, NStZ 2016, 123, 124).

Eine erhöhte Rechtsgutsgefährlichkeit besteht in Situationen einer Kontrolle des bewaffneten Täters durch Angehörige von Strafverfolgungsbehörden auch dann, wenn diesen der Umstand eines unerlaubten Umgangs des Kontrollierten mit Betäubungsmitteln (zunächst) unbekannt bleibt. Denn auch in diesen Konstellationen besteht regelmäßig ein Anreiz für den Täter sich der Kontrolle, die - für ihn zu diesem Zeitpunkt nicht ausschließbar - zu einer Entdeckung der Betäubungsmittel führen kann, unter Einsatz der Waffe zu entziehen. Im Hinblick auf den Schutzzweck von § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG ist es daher für die vorliegende Fallgestaltung nicht veranlasst, strengere Anforderungen an die subjektive Zweckbestimmung zur Verletzung von Personen bei Mitführen von gekorenen Waffen zu stellen. Eine allgemeine Einschränkung des Qualifikationstatbestandes in Konstellationen, in denen die von Gesetz angenommene (generelle) Gefährlichkeit sich konkret nicht verwirklicht hat, kommt erst recht nicht in Betracht (BGH aaO, BGHSt 43, 8, 12 f.).

d) Die tateinheitliche Verurteilung wegen bewaffneter Einfuhr von Betäubungsmitteln und bewaffnetem Handelreiben mit Betäubungsmitteln weist ebenfalls keinen Rechtsfehler auf.

Zwar ist grundsätzlich neben dem bewaffneten unerlaubten Handelreiben eine Verurteilung wegen bewaffneter unerlaubter Einfuhr nicht möglich. Dies folgt schon aus dem Wortlaut des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG: „wer ... ohne Handel zu treiben, einführt ...“ (vgl. BGH, Urteil vom 13. Februar 2003 - 3 StR 349/02; Beschluss vom 5. März 2013 - 1 StR 35/13, NStZ 2013, 662, 663). Die Einfuhr in nicht geringer Menge ist regelmäßig lediglich unselbständiger Teilakt des bewaffneten Handelreibens, denn als Qualifikationstatbestand geht § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG dem allgemeineren Tatbestand des § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG vor (BGH, Beschlüsse vom 17. August 1999 - 1 StR 222/99, NStZ-RR 2000, 91 und vom 5. März 2013 - 1 StR 35/13, NStZ 2013, 662, 663).

Die Einfuhr erweist sich aber dann nicht als unselbständiger Teilakt des Handelreibens, wenn - wie hier - die durch einen einheitlichen Vorgang erworbene Menge des Betäubungsmittels teils für den gewinnbringenden Weiterverkauf und teils für den Eigenkonsum bestimmt ist (vgl. bereits BGH, Beschluss vom 1. März 2007 - 3 StR 55/07, NStZ 2007, 529 bzgl. § 29 BtMG; siehe auch BGH, Urteil vom 3. April 2008 - 3 StR 60/08, NStZ 2008, 471 bzgl. § 29 Abs. 1 Nr. 1 und § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG). Dem steht das Urteil des 3. Strafsenats vom 10. April 1996 (3 StR 5/96, BGHSt 42, 123 ff.) nicht entgegen. Dort war über eine Fallgestaltung zu entscheiden, in der das Tatgericht nicht zu klären vermocht hatte, welcher Anteil einer unter Beisichführen von Schusswaffen eingeführten Gesamtmenge von 2,57 g Heroinhydrochlorid für den Eigenkonsum und welcher für den gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmt war (BGH aaO, BGHSt 42, 123, 124 f.). Die Verurteilung beider dort Angeklagten wegen bewaffneter unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge erwies sich als rechtsfehlerfrei, weil der 3. Strafsenat für die Feststellung der nicht geringen Mengen im Rahmen von § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG in der Variante der Einfuhr aus systematischen und teleologischen Gründen auf die Gesamtstoffmenge der eingeführten Betäubungsmittel abgestellt hat (BGH aaO, BGHSt 42, 123, 125 f.). Zum Konkurrenzverhältnis in der hier vorliegenden Fallgestaltung, bei der sowohl der für das Handelreiben als auch der für den Eigenkonsum bestimmte Anteil an der Gesamtmenge den Grenzwert der nicht geringen Menge überschreitet, verhält sich die Entscheidung nicht.

2. Der Strafausspruch erweist sich dagegen als rechtfertigbar. Auch unter Berücksichtigung des eingeschränkten revisionsgerichtlichen Prüfungsmaßstabs hält die Begründung der Ablehnung eines minder schweren Falls gemäß § 30a Abs. 3 BtMG rechtlicher Überprüfung nicht stand. 15

a) Das Landgericht hat zwar im rechtlichen Ausgangspunkt zutreffend der Prüfung des minder schweren Falls eine Gesamtbetrachtung entlastender und belastender Umstände, gleich ob sie der Tat selbst innewohnen, ihr vorausgehen oder nachfolgen, vorgenommen (zum Maßstab BGH, Beschluss vom 22. Dezember 2011 - 4 StR 581/11, StV 2012, 289). Allerdings hat es im Rahmen der Gesamtwürdigung nicht erkennbar bedacht, dass die Tatbegehung innerhalb des vom Qualifikationstatbestand erfassten Spektrums der Gefährlichkeit des Beisichführens einer Schusswaffe bzw. eines sonstigen zur Verletzungen von Menschen geeigneten und bestimmten Gegenstandes eher im unteren Bereich angesiedelt ist. Angesichts der im Körper verborgenen und bei der Kontrolle auch nicht entdeckten Drogen erweist sich konkret die Wahrscheinlichkeit eines Einsatzes des Butterflymessers gegen die kontrollierenden Beamten als vergleichsweise gering. Da allenfalls mit Ausnahme von weiteren Personen in dem vom Angeklagten genutzten Fahrzeug kaum jemand Kenntnis der im Körper transportierten Betäubungsmittel hatte, war auch insoweit kaum mit einer Eskalation durch Verwendung des Messers zu rechnen. Hätte der Tatrichter diese Umstände mit in die Gesamtwürdigung einbezogen, lässt sich nicht sicher ausschließen, dass er zusammen mit den berücksichtigten mildernden Umständen trotz gewichtiger belastender Aspekte zur Annahme eines minder schweren Falls gelangt wäre. 16

b) Da das Landgericht auf eine nicht am unteren Rand des Strafrahmens von § 30a Abs. 2 BtMG liegende Strafe erkannt hat, hätte es nicht ausschließbar innerhalb des mildernden Strafrahmens des § 30a Abs. 3 BtMG eine niedrigere Strafe als die jetzt ausgesprochene verhängt. Das gilt selbst unter Berücksichtigung des dem Landgericht zugunsten des Angeklagten unterlaufenen Rechenfehlers bei der Durchführung des vorgenommenen Härteausgleichs. 17

c) Bei dem aufgezeigten Rechtsfehler handelt es sich lediglich um einen Wertungsmangel. Die Feststellungen bleiben daher aufrechterhalten. 18

Dem neuen Tatrichter ist es nicht verwehrt, weitere, zu den bislang getroffenen nicht in Widerspruch stehende Feststellungen zu treffen. Dabei wird es entsprechend den zutreffenden Ausführungen in der Antragschrift des Generalbundesanwalts in den Blick nehmen, ob es - wie im angefochtenen Urteil erfolgt - eines Härteausgleichs im Hinblick auf die bereits vollstreckten Strafen aus der Entscheidung des Amtsgerichts Mühldorf am Inn vom 6. November 2013 bedarf oder ob den Entscheidungen desselben Gerichts vom 24. April 2013 und vom 3. Juni 2013 Zäsurwirkung zukommt. Auch wenn die Voraussetzungen für einen Härteausgleich sich nicht feststellen lassen sollten, kann eine höhere Strafe als die im angefochtenen Urteil verhängte nicht festgesetzt werden (§ 358 Abs. 2 Satz 1 StPO). 19