

HRRS-Nummer: HRRS 2020 Nr. 163

Bearbeiter: Karsten Gaede/Marc-Philipp Bittner

Zitiervorschlag: HRRS 2020 Nr. 163, Rn. X

BGH 2 StR 294/19 - Urteil vom 23. Oktober 2019 (LG Marburg)

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Mitsichführen bei räumlicher Entfernung).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

Leitsätze des Bearbeiters

1. Der Täter muss die Waffe oder den gefährlichen Gegenstand bei der Tatbegehung bewusst gebrauchsbereit in der Weise bei sich haben, dass er sich seiner jederzeit bedienen kann. Setzt sich die Tat aus mehreren Einzelakten zusammen, so reicht es zur Tatbestandserfüllung aus, wenn der qualifizierende Umstand auch nur bei einem Einzelakt verwirklicht ist.

2. Für den Qualifikationstatbestand gemäß § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG genügt es, dass die Schusswaffe bzw. der gefährliche Gegenstand sich so in der räumlichen Nähe des Täters befinden, dass er sich ihrer jederzeit, also ohne nennenswerten Zeitaufwand und ohne besondere Schwierigkeiten bedienen kann. Ein Tragen der Waffe oder des Gegenstandes am Körper ist nicht erforderlich.

3. Die räumliche Entfernung zwischen dem Aufbewahrungsort der Betäubungsmittel und dem der Waffe bzw. des gefährlichen Gegenstandes zu einem bestimmten Zeitpunkt - etwa dem der Durchsuchung einer Wohnung - hat allerdings lediglich indizielle Bedeutung für die Beurteilung einer jederzeitigen ohne nennenswerten Zeitaufwand und ohne größere Schwierigkeiten zu realisierenden Zugriffsmöglichkeit des Täters. Denn für das Mitsichführen ist angesichts des Zwecks der Qualifikation die Zugriffsmöglichkeit des Täters des Betäubungsmitteldelikts auf Waffen oder sonstige Gegenstände gemäß § 30a Abs. 2 Nr. 2 Var. 2 BtMG während irgendeines, aber näher zu bestimmenden Zeitpunkts im gesamten Tatverlauf ausschlaggebend.

Entscheidungstenor

1. Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Marburg vom 28. Januar 2019 mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben,

a) soweit es den Angeklagten Ku. betrifft, im Strafausspruch auch zu seinen Gunsten;

b) soweit es die Angeklagte K. betrifft, im Fall II. 2. der Urteilsgründe, im Einzelstrafauspruch und im Gesamtstrafenausspruch auch zu ihren Gunsten.

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

Gründe

Das Landgericht hat die Angeklagten wegen unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer 1 Menge, die Angeklagte K. zudem wegen Beihilfe zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe (Angeklagter Ku.) bzw. zu einer Gesamtfreiheitsstrafe (Angeklagte K.) von jeweils zwei Jahren verurteilt. Die Vollstreckung der Freiheits- bzw. Gesamtfreiheitsstrafe hat es zur Bewährung ausgesetzt.

Die Staatsanwaltschaft beanstandet mit ihren jeweils auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützten 2 Revisionen ausschließlich den beide Angeklagte betreffenden Schuldspruch im Fall II. 2. der Urteilsgründe und die darauf bezogenen Strafaussprüche sowie - hinsichtlich der Angeklagten K. - den Gesamtstrafenausspruch. Die rechtswirksam beschränkten Rechtsmittel haben - hinsichtlich der Strafaussprüche auch zu Gunsten der Angeklagten - Erfolg.

1. Das Landgericht hat im Fall II. 2. der Urteilsgründe folgende Feststellungen und Wertungen getroffen: 3

a) Die Angeklagten, seit vielen Jahren drogenabhängig und mit Methadon bzw. Polamidon substituiert, sind 4

miteinander verheiratet und bewohnen zusammen eine Wohnung in M. Dort befand sich am 17. März 2016 in der linken Ecke des Flures neben der Wohnungseingangstür ein Baseballschläger aus Holz. Etwa zwei Meter von der Wohnungseingangstür entfernt stand an der Wand des Wohnungsflures ein etwa ein Meter hohes Sideboard. Auf einer Ablagefläche, die sich etwa in der Höhenmitte dieses Sideboards befand, lag eine Gasdruckpistole „Colt Defender“, die unter Gasdruck stand und mit Stahlkugeln geladen war. Der Griff der Gasdruckpistole zeigte in Richtung Flur, während der Pistolenlauf parallel zur Wand ausgerichtet und von einem am Sideboard angelehnten Wandgarderobenpanel verdeckt war.

In dem an der Kopfseite des Flures befindlichen Arbeitszimmer lag in der hinteren Ecke u. a. ein Beutel mit „insgesamt 21,08 g“ (richtig: 22,08 g) Heroin mit einem Wirkstoffgehalt von 15,7 %, das zum Eigenkonsum bestimmt war. Von der rechten vorderen Seite des Flures ging das Wohnzimmer ab, durch das man auf den Balkon gelangte. Auf der außenliegenden Fensterbank des parallel zur Balkontür verlaufenden Fensters lag ein Beutel mit 49,46 g Heroin mit einem Wirkstoffgehalt von 18,2 %, das zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmt war. „Die außerhalb der Wohnung gelegene Fensterbank diente ausschließlich dem Vorrätighalten des Heroins. Der Verkauf sowie auch das Portionieren und Strecken des Heroins erfolgte außerhalb der Wohnung“.

b) Das Landgericht konnte zwar angesichts der Einlassungen der Angeklagten nicht ausschließen, dass das im Arbeitszimmer aufgefundene Heroin zum Eigenkonsum der Angeklagten bestimmt war. Mit Blick auf den Auffindeort und die - die finanzielle Situation der Angeklagten übersteigende - erhebliche Menge des auf dem Balkon aufbewahrten Heroins hat es sich allerdings davon überzeugt, dass jedenfalls dieses zum gewinnbringenden Verkauf bestimmt war; die Einlassungen der Angeklagten, auch insoweit handele es sich um Betäubungsmittel, das zum Eigenkonsum bestimmt war, hat es als Schutzbehauptung gewertet. Da allerdings weder eine Waage noch nennenswerte Geldbeträge in der Wohnung gefunden wurden, ist die Strafkammer davon ausgegangen, dass die Angeklagten das zum - nicht näher konkretisierbaren - Weiterverkauf bestimmte Heroin dort lediglich vorrätig hielten.

c) Die Strafkammer hat den Qualifikationstatbestand des bewaffneten Handelns mit Betäubungsmitteln im Sinne von § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG als nicht erfüllt angesehen. Angesichts der festgestellten Zugriffshemmnisse zwischen Waffen und Betäubungsmittel („geschlossene Balkontür bzw. das entsprechende Fenster, das gesamte Wohnzimmer, die Wohnzimmertür und die Breite des Flures“) hätten die Angeklagten nicht ohne nennenswerten Zeitaufwand auf die Waffe zugreifen können.

2. Die Revisionen der Staatsanwaltschaft sind rechtswirksam jeweils auf den Schuld- und Strafausspruch zu Fall II. 2. der Urteilsgründe und auf den Gesamtstrafenausspruch beschränkt und haben Erfolg. Sie haben aber auch zu Gunsten des Angeklagten - was der Senat gemäß § 301 StPO zu prüfen hat - einen Teilerfolg und führen - wie aus dem Tenor ersichtlich - zur Aufhebung der Strafaussprüche.

a) Im rechtlichen Ausgangspunkt zutreffend hat das Landgericht die Voraussetzungen des Qualifikationstatbestandes des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG zugrunde gelegt. Danach muss der Täter die Waffe oder den gefährlichen Gegenstand bei der Tatbegehung bewusst gebrauchsbereit in der Weise bei sich haben, dass er sich seiner jederzeit bedienen kann. Setzt sich die Tat aus mehreren Einzelakten zusammen, so reicht es nach ständiger Rechtsprechung zur Tatbestandserfüllung aus, wenn der qualifizierende Umstand auch nur bei einem Einzelakt verwirklicht ist (vgl. Senat, Urteil vom 15. November 2017 - 2 StR 74/17, BeckRS 2017, 139279; BGH, Beschluss vom 28. November 2013 - 5 StR 576/13, BGHR BtMG § 30a Abs. 2 Nr. 2 Gegenstand 1; Senat, Urteil vom 28. Februar 1997 - 2 StR 556/96, BGHSt 43, 8, 10 f., jeweils mwN).

b) Das Landgericht hat zudem hinsichtlich beider Gegenstände zutreffend angenommen, dass diese grundsätzlich zur Erfüllung der Qualifikation geeignet sind (zum Baseballschläger aus Holz vgl. nur BGH, Urteil vom 18. Juli 2018 - 5 StR 547/17, BeckRS 2018, 17706). Die geladene Gasdruckpistole kann durch den Senat ungeachtet fehlender Feststellungen zur Bauart aufgrund ihrer Bezeichnung („Colt Defender“) wegen Allgemeinkundigkeit (vgl. BGH, Beschluss vom 11. November 2014 - 3 StR 451/14, BeckRS 2015, 464 mwN) als Schusswaffe im Sinne des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG eingestuft werden, da bei ihr der Gasdruck nach vorne austritt (vgl. Senat, Urteil vom 12. Oktober 2005 - 2 StR 298/05, NJW 2006, 73, 74).

c) Für den Qualifikationstatbestand gemäß § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG genügt es schließlich, dass die Schusswaffe bzw. der gefährliche Gegenstand sich so in der räumlichen Nähe des Täters befinden, dass er sich ihrer jederzeit, also ohne nennenswerten Zeitaufwand und ohne besondere Schwierigkeiten bedienen kann (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 5. April 2016 - 1 StR 38/16, BGHR BtMG § 30a Abs. 2 Mitsichführen 13 mwN). Ein Tragen der Waffe oder des Gegenstandes am Körper ist nicht erforderlich (Senat, Beschluss vom 23. Juni 2010 - 2 StR 203/10, NStZ 2011, 99); es genügt, wenn sie sich in Griffweite befindet (BGH, Beschluss vom 10. Februar 2015 - 5 StR 594/14, NStZ 2015, 349).

aa) Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, kann angesichts der Vielgestaltigkeit der in Frage kommenden Lebensverhältnisse lediglich anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls beurteilt werden (BGH, Urteil vom 12.

Januar 2017 - 1 StR 394/16, BGHR BtMG § 30a Abs. 2 Mitsichführen 14 mwN). Zu diesen Umständen gehört etwa außer den individuellen Fähigkeiten des Täters und den tatsächlichen Möglichkeiten seines Zugriffs einschließlich möglicher Zugangsschwernisse auch die räumliche Nähe des Täters zu der Schusswaffe oder zu dem gefährlichen Gegenstand während irgendeines Stadiums der Tatausführung.

bb) Die in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Konkretisierung der räumlichen Komponente des Mitsichführens verwendete Formulierung, es genüge, wenn sich die Schusswaffe bzw. der Gegenstand in Griffweite befinde (vgl. BGH, aaO, mwN), ist dabei als stets hinreichende, aber nicht als notwendige Bedingung des Mitsichführens verstanden worden. Denn der Bundesgerichtshof hat die Annahme des Merkmals, „Griffweite“ im Rahmen der gebotenen einzelfallbezogenen Betrachtung auch in Konstellationen für möglich gehalten, in denen sich innerhalb derselben Wohnung die zum Handeltreiben bestimmten Betäubungsmittel und die Waffe bzw. der Gegenstand in unterschiedlichen Räumen befanden (BGH, aaO, mit zahlr. Nachw.). Allerdings ist der Tatrichter bei derartigen Fallgestaltungen räumlich getrennter Aufbewahrung von Betäubungsmitteln und Waffen gehalten, die konkreten räumlichen Verhältnisse und die Orte, an denen die Betäubungsmittel sowie die Waffen bzw. die gefährlichen Gegenstände aufbewahrt wurden, näher im Urteil darzulegen (BGH, aaO). Bei getrennter Aufbewahrung in verschiedenen Räumen einer Wohnung ist ein Mitsichführen regelmäßig dann verneint worden, wenn sich die Waffe in einem seinerseits verschlossenen Behältnis befindet und das Öffnen eine Zeitspanne in Anspruch nimmt, die es ausschließt, von einer Zugriffsmöglichkeit „ohne nennenswerten Zeitaufwand“ und „ohne größere Schwierigkeiten“ sprechen zu können (vgl. BGH, Beschluss vom 23. Juni 2010 - 2 StR 203/10, NStZ 2011, 99 f.: Waffe in einem mit Zahlencode gesicherten Tresor; Urteil vom 12. März 2002 - 3 StR 404/01, StV 2002, 489 f.: Gaspistole unter einem hochzuklappenden Sofa).

cc) Die räumliche Entfernung zwischen dem Aufbewahrungsort der Betäubungsmittel und dem der Waffe bzw. des gefährlichen Gegenstandes zu einem bestimmten Zeitpunkt - etwa dem der Durchsuchung einer Wohnung - hat allerdings lediglich indizielle Bedeutung für die Beurteilung einer jederzeitigen ohne nennenswerten Zeitaufwand und ohne größere Schwierigkeiten zu realisierenden Zugriffsmöglichkeit des Täters. Denn für das Mitsichführen ist angesichts des Zwecks der Qualifikation (dazu näher BGH, Beschluss vom 5. April 2016 - 1 StR 38/16, BGHR BtMG § 30a Abs. 2 Mitsichführen 13) die Zugriffsmöglichkeit des Täters des Betäubungsmitteldelikts auf Waffen oder sonstige Gegenstände gemäß § 30a Abs. 2 Nr. 2 Var. 2 BtMG während irgendeines, aber näher zu bestimmenden Zeitpunkts im gesamten Tatverlauf ausschlaggebend (BGH, Urteil vom 12. Januar 2017 - 1 StR 394/16, BGHR BtMG § 30a Abs. 2 Mitsichführen 14 mwN).

d) Diese Maßstäbe hat das Landgericht im Rahmen seiner Würdigung nicht ausreichend in den Blick genommen. 15

Nach den Feststellungen befanden sich die Gasdruckpistole und der Baseballschläger zum Zeitpunkt der Durchsuchung zwar in einem anderen Raum als die zum Handeltreiben bestimmten Betäubungsmittel. Die räumliche Distanz hat aber - wie ausgeführt - lediglich indizielle Bedeutung für die jederzeitige Zugriffsmöglichkeit des Täters während der Tat. Für ein konkretes Verkaufsgeschäft mit dem auf der außenliegenden Fensterbank des Balkonfensters aufbewahrten Heroins hätte es ohnehin des Hervorholens wenigstens eines Teils davon bedurft, so dass dem Aufbewahrungsort zum Zeitpunkt der Durchsuchung für das Mitsichführen der Waffe bzw. des Gegenstandes für sich genommen keine entscheidende Bedeutung zukommen kann (vgl. auch BGH aaO). Insoweit verhält es sich anders als in Konstellationen, in denen die Waffe bzw. der gefährliche Gegenstand in einer Art und Weise gelagert wird, die - wie etwa bei Aufbewahrung in einem verschlossenen Behältnis (vgl. Senat, Beschluss vom 23. Juni 2010 - 2 StR 203/10, NStZ 2011, 99 f.) - den Zugriff auf die Waffe erschwert. Derartige Schwierigkeiten des Zugangs zu der fertig geladenen Gasdruckpistole und dem Baseballschläger sind in objektiver Hinsicht gerade nicht festgestellt. Die Feststellung, dass die Waffe und der Baseballschläger im Flur unmittelbar in Nähe der Wohnungseingangstür lagen, legt vielmehr nahe, dass der zum Handel vorgesehene Betäubungsmittelvorrat durch das durch Waffen vermittelte Gefühl von Sicherheit und Überlegenheit abgesichert werden sollte, was der gesetzgeberischen Zweckbestimmung der Qualifikation entspräche (dazu BGH, Beschluss vom 5. April 2016 - 1 StR 38/16, BGHR BtMG § 30a Abs. 2 Mitsichführen 13).

e) Die Aufhebung im Fall II. 2. der Urteilsgründe entzieht den Einzelstrafausprüchen und - soweit es die Angeklagte K. betrifft - dem Gesamtstrafenauspruch die Grundlage. 17

f) Die nach § 301 StPO gebotene Überprüfung des Urteils deckt auch einen die Angeklagten beschwerenden Rechtsfehler auf. Die im Fall II. 2. der Urteilsgründe festgesetzten Einzelstrafen und dementsprechend die Gesamtstrafe können nicht bestehen bleiben, weil der Schuldgehalt dieser Tat mangels ausreichender Feststellungen zu dem hierfür maßgeblichen Wirkstoffgehalt und der Wirkstoffmenge des gehandelten Betäubungsmittels nicht belegt ist (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Mai 2018 - 4 StR 100/18, NStZ-RR 2018, 286; BGH, Beschluss vom 7. Dezember 2011 - 4 StR 517/11, NStZ 2012, 339). Angesichts der aufgefundenen 49,46 g Heroin kann allerdings ausgeschlossen werden, dass sich dieser Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten auch auf den Schuldspruch ausgewirkt hat. 18

3. Sollte der neu zur Entscheidung berufene Tatrichter sich ebenfalls die Überzeugung verschaffen, dass die in der Wohnung aufgefundenen Betäubungsmittel teilweise zum Eigenverbrauch bestimmt waren, wird er dieses unter dem Gesichtspunkt des (tateinheitlichen) unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu würdigen haben. 19