



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

2 StR 74/17

vom

15. November 2017

in der Strafsache

gegen

1.

2.

wegen bewaffneten unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 15. November 2017, an der teilgenommen haben:

Richter am Bundesgerichtshof

Dr. Appl

als Vorsitzender,

die Richter am Bundesgerichtshof

Dr. Eschelbach,

Zeng,

Dr. Grube,

Schmidt,

Staatsanwalt beim Bundesgerichtshof

als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt

als Verteidiger des Angeklagten M. Ö. ,

Rechtsanwalt

als Verteidiger des Angeklagten E. Ö. ,

Justizangestellte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Angeklagten M. Ö. wird das Urteil des Landgerichts Aachen vom 9. November 2016 im Ausspruch über den Verfall mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.

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

2. Die weitergehende Revision des Angeklagten M. Ö. und die Revision des Angeklagten E. Ö. werden verworfen.

Der Angeklagte E. Ö. hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Von Rechts wegen

Gründe:

1 Das Landgericht hat den Angeklagten M. Ö. wegen bewaffneten unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in neun Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Zu seinen Lasten hat es ferner den Verfall eines Geldbetrages in Höhe von 11.500 Euro angeordnet. Darüber hinaus hat es sichergestellte Geldscheine in einer Stückelung von dreimal 50 Euro, zehnmal 20 Euro, dreizehnmal 10 Euro und elfmal 5 Euro für verfallen erklärt. Den Angeklagten E. Ö. hat das Landgericht wegen Beihilfe zum bewaffneten unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr unter Strafaussetzung zur Bewährung verurteilt. Gegen dieses Urteil richten sich die Revisionen der Angeklagten. Das Rechtsmittel des Angeklagten M. Ö. hat in dem aus der Urteilsformel ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen ist es unbegründet. Das Rechtsmittel des Angeklagten E. Ö. bleibt ohne Erfolg.

I.

2 Nach den Feststellungen des Landgerichts betrieb der Angeklagte M. Ö. ab dem 30. November 2011 das „Cafe A.“ in D. in einem Wohnhaus, in dem der Angeklagte E. Ö., sein Vater, mit seiner Familie wohnte.

3 Spätestens im September 2014 entschloss sich M. Ö. dazu, wiederholt Marihuana in Mengen von mindestens 50 g zu erwerben und dieses in kleineren Mengen von einem bis zu fünf Gramm in dem Café an Konsumenten

ten zu verkaufen. Dadurch wollte er sich eine laufende Einnahmequelle verschaffen. Das Marihuana erwarb er von dem Zeugen K. . Der Angeklagte M. Ö. erwarb am 22. September, 30. September, 8. Oktober, 14. Oktober, 31. Oktober, 6. November, 12. November, 5. Dezember und 9. Dezember 2014 jeweils 50 g Marihuana mit mindestens 10 % Wirkstoffanteil. Am 27. September 2014 kaufte er 200 g von K. . Das Marihuana veräußerte er im „Café A. “ für zehn Euro pro Gramm an Konsumenten und erlöste insgesamt 6.500 Euro.

4 Im Tatzeitraum kam es zu einem Wasserschaden an dem Haus, das im Eigentum der Großmutter des Angeklagten M. Ö. stand. Dieser eignete sich als Stellvertreter der Großmutter mit der -Versicherung auf eine Zahlung von 11.000 Euro zur Behebung des Schadens, die am 4. November 2014 seinem Konto gutgeschrieben wurden. Diese Summe hob er am Folgetag ab. Das Geld wurde später ausgegeben.

5 Nachdem K. festgenommen wurde, erwarb der Angeklagte von einem unbekannt gebliebenen Lieferanten weiterhin Marihuana, das er im „Café A. “ an Konsumenten verkaufte. Die Verkäufe fanden an der Theke im Gastraum statt oder im Flur zur Küche. Unter der Theke hatte er einen geladenen Schreckschuss-Revolver griffbereit zur Verfügung, dessen Gasaustritt nach vorn erfolgte. Die Betäubungsmittelvorräte befanden sich in der Küche, die vom Gastraum durch einen Flur getrennt war.

6 Zur Zeit einer Durchsuchung am 26. August 2015 verfügte der Angeklagte M. Ö. in der Küche des „Café A. “ über 103 g Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von mindestens 9 %. Außerdem befand sich dort Bargeld im Gesamtwert von 12.035 Euro.

7            Der Angeklagte E.    Ö.        wusste von dem Drogenhandel seines  
Sohnes und von der Verfügbarkeit der Schreckschusspistole unter der Theke.  
Er unterstützte ihn dadurch, dass er die Gaststätte führte und seinen Sohn her-  
beirief, wenn in dessen Abwesenheit Drogenkonsumenten erschienen.

## II.

8            1. Die Revisionen der Angeklagten sind unbegründet, soweit sie sich ge-  
gen den Schuld- und Strafausspruch richten.

9            a) Der Erörterung bedarf hinsichtlich des Schuldspruchs nur die Frage,  
ob im Fall II.11 der Urteilsgründe der Qualifikationstatbestand des bewaffneten  
Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge erfüllt ist. Dies  
hat das Landgericht zu Recht bejaht.

10           Das für den Qualifikationstatbestand gemäß § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG er-  
forderliche Mitführen einer Schusswaffe liegt bereits vor, wenn der Täter eine  
solche Waffe bewusst gebrauchsbereit in der Weise bei sich hat, dass er sich  
ihrer jederzeit bedienen kann. Hierfür genügt es, dass die Schusswaffe dem  
Täter in irgendeinem Stadium des Tathergangs zur Verfügung steht (vgl. Senat,  
Urteil vom 28. Februar 1997 - 2 StR 556/96, BGHSt 43, 8, 10; BGH, Urteil vom  
12. Januar 2017 - 1 StR 394/16). Setzt sich die Tat aus mehreren Einzelakten  
zusammen, reicht es zur Tatbestandserfüllung aus, wenn der qualifizierende  
Umstand nur bei einem Einzelakt verwirklicht ist (Senat, Beschluss vom  
15. Januar 2013 - 2 StR 589/12, NStZ 2013, 663 f.; BGH, Beschluss vom  
22. August 2017 – 3 StR 331/17, StraFo 2017, 519). Demnach genügt es, dass  
der Angeklagte eine nicht geringe Menge an Betäubungsmitteln in der Küche  
vorrätig gehalten hat, während er im Gastraum oder dem Flur bei dortiger Ver-

fügbare des geladenen Schreckschussrevolvers in einer Mehrzahl von Einzelfällen Verkäufe von kleinen Teilmengen durchgeführt hat.

11 Der Senat entnimmt den Urteilsgründen, dass es sich auch im Fall II.11 so verhielt, weil die Durchsuchung am 26. August 2015 den laufenden Handel mit Betäubungsmitteln im „Café A.“ unterbrochen hatte, als der Angeklagte noch 103 g Marihuana in Portionierungen von einem, zwei oder fünf Gramm in „Minigrip-Tütchen“ besaß.

12 b) Die Strafzumessung ist auch rechtsfehlerfrei, soweit das Landgericht zu Fall II.2 der Urteilsgründe zu Lasten des Angeklagten M. Ö. berücksichtigt hat, dass die nicht geringe Menge annähernd um das Dreifache überschritten wurde. Beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge darf nur die Tatbegehung mit einer „nicht geringen Menge“ für sich genommen nicht bei der Strafzumessung berücksichtigt werden; jedoch kann das Maß der Überschreitung des Grenzwerts in die Strafzumessung einfließen, soweit es sich nicht lediglich um eine Überschreitung in einem Bagatellbereich handelt (vgl. Senat, Urteil vom 15. März 2017 – 2 StR 294/16, NJW 2017, 2776, 2777 mit Anm. Oğlakçioğlu).

13 Daraus, dass das Landgericht auch bei der Strafrahmenvahl auf diese Bemerkung verwiesen und das Vorliegen eines minder schweren Falls des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verneint hat, folgt hier kein Rechtsfehler, auf dem das Urteil zum Nachteil des Angeklagten M. Ö. beruhen könnte. Aus den vom Landgericht gewürdigten Gesamtumständen ergibt sich keine derart grobe Abweichung vom Durchschnitt der gewöhnlich vorkommenden Fälle, dass deshalb die Anwendung des Normalstrafrahmens unangemessen wäre.

14                    2. Die Anordnung des Verfalls und des Wertersatzverfalls ist bereits aufgrund der Sachrüge des Angeklagten M.        Ö.        rechtlich zu beanstanden, sodass es auf die dazu erhobene Verfahrensrüge nicht ankommt.

15                    Das Landgericht hat sich zu Unrecht nicht mit der Möglichkeit einer Anwendung des § 73c StGB a.F. auseinandergesetzt. Für die Frage des diesbezüglichen Erörterungsbedarfs kommt es auch nicht darauf an, ob das sichergestellte Bargeld insgesamt aus Drogenverkäufen herrührt oder aus der Geldabhebung vom Konto nach der Versicherungsleistung an die Großmutter des Angeklagten M.        Ö.        ; dafür spricht immerhin, dass auch in dieser Höhe Bargeld in 500-Euro-Scheinen vorhanden war, die als solche nicht aus dem Verkauf kleiner Drogenportionen an Konsumenten herrühren dürften. Der Angeklagte ist nach den getroffenen Feststellungen aber jedenfalls zu einer Zahlung von 11.000 Euro an die Großmutter verpflichtet. Deshalb wäre auch angesichts der Sicherstellung von Bargeld bei der Entscheidung über Wertersatzverfall und erweiterten Verfall die Regelung des § 73c StGB a.F. zu prüfen gewesen. Der Senat hebt die Verfallsanordnung insgesamt auf, um dem neuen Tatrichter eine im Ganzen stimmige Entscheidung zu ermöglichen.

RiBGH Dr. Appl ist  
krankheitsbedingt  
an der Unterschrift  
gehindert.

Eschelbach

Eschelbach

Zeng

Grube

Schmidt