

HRRS-Nummer: HRRS 2024 Nr. 1520

Bearbeiter: Julia Heß/Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2024 Nr. 1520, Rn. X

BGH 2 StR 243/24 - Beschluss vom 9. September 2024 (LG Gera)

Handeltreiben mit Cannabis (Konkurrenzen: Tateinheit).

§ 34 KCanG; § 52 StGB

Entscheidungen

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Gera vom 15. Dezember 2023 aufgehoben, soweit der Angeklagte verurteilt worden ist; jedoch werden die zugehörigen Feststellungen aufrechterhalten.

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.

2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten des „unerlaubten“ Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in zwei Fällen (Fälle II.1. 1 und II.2. der Urteilsgründe) sowie des „unerlaubten“ Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Fall II.3. der Urteilsgründe) schuldig gesprochen. Es hat ihn unter Auflösung der Gesamtstrafe und Einbeziehung der Einzelstrafen aus einem früheren Urteil zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und vier Monaten verurteilt, die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 1.950 Euro angeordnet und ihn von weiteren Vorwürfen freigesprochen. Die auf die Verletzung sachlichen Rechts gestützte Revision des Angeklagten hat den aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist sie unbegründet.

I.

Der Schuldspruch hat keinen Bestand, da die abgeurteilten Taten den Handel mit Cannabis - und zwar jeweils in nicht 2 geringer Menge - betrafen und das Revisionsgericht nach Inkrafttreten des Konsumcannabisgesetzes mit dem 1. April 2024 in der gegebenen Konstellation nicht entscheiden kann, ob die nunmehr geltende Rechtslage milder im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB und daher nach § 354a StPO anzuwenden ist.

1. Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen bezog sich das Handeltreiben nicht nur im Fall II.3., sondern auch 3 in dem als Fälle II.1. und II.2. der Urteilsgründe abgeurteilten Fall auf eine nicht geringe Menge an Cannabis (zum Grenzwert für THC von 7,5 g nach dem seit dem 1. April 2024 geltenden Recht vgl. BGH, Beschlüsse vom 18. April 2024 - 1 StR 106/24, NJW 2024, 1968 Rn. 7 ff.; vom 23. April 2024 - 5 StR 153/24, NStZ-RR 2024, 216 Rn. 11 ff.; und vom 24. April 2024 - 4 StR 50/24, Rn. 6 ff.). Denn die konkurrenzrechtliche Bewertung der Fälle II.1. und II.2. der Urteilsgründe durch das Landgericht als tatmehrheitlich verwirklicht hält weder auf der Grundlage des zur Tatzeit geltenden Rechts noch nach neuer Rechtslage revisionsrechtlicher Überprüfung stand.

Die Strafkammer hat die Verurteilung insoweit auf die Aussage des Zeugen K. gestützt, der Angeklagte habe ihm am 20. 4 Dezember 2021 100 g Marihuana für 700 Euro „auf Kommission“ übergeben. K. habe das Marihuana relativ schnell verkauft, sei noch im Dezember - nach den Feststellungen am 27. des Monats - wieder zu dem Angeklagten gekommen, habe bezahlt und dann wieder 100 g Marihuana zum Verkauf bekommen. Die Strafkammer hat bei ihrer konkurrenzrechtlichen Würdigung dieser Vorgänge als zwei Taten nicht bedacht, dass die Bezahlung einer zuvor „auf Kommission“ erhaltenen Betäubungsmittelmenge aus Anlass der Übernahme einer weiteren Menge im Rahmen einer bestehenden Lieferbeziehung die beiden Umsatzgeschäfte zu einer einheitlichen Tat im Sinne einer natürlichen Handlungseinheit verbindet (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschlüsse vom 10. Juli 2017 - GSSt 4/17, BGHSt 63, 1, 10; vom 10. Januar 2019 - 3 StR 448/18, NStZ-RR 2019, 250, 251 Rn. 9; und vom 17. August 2023 - 2 StR 200/23, NStZ 2024, 417, 418 Rn. 12). Da der Gesetzgeber die Tathandlungen des § 34 Abs. 1 KCanG ausdrücklich an die Begrifflichkeiten des Betäubungsmittelgesetzes angelehnt hat (vgl. BT-Drucks. 20/8704, S. 94), gilt für die konkurrenzrechtliche Bewertung des Handeltreibens mit Cannabis nach neuem Recht nichts Anderes.

Die gleichartige Tateinheit des Handeltreibens mit zweimal je 100 g Marihuana mit einer Wirkstoffmenge von jeweils 7 g 5 THC verbindet die Fälle II.1. und II.2. der Urteilsgründe konkurrenzrechtlich zu einem Fall des Handeltreibens mit Cannabis in einer nicht geringen Menge.

2. Die Entscheidung darüber, ob die nunmehr geltende Rechtslage milder im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB ist, ist dem 6
neuen Tatrichter zu überantworten.

a) Das im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB mildere von zwei Gesetzen ist dasjenige, welches anhand des konkreten Falls 7
nach einem Gesamtvergleich des früher und des derzeit geltenden Strafrechts das dem Angeklagten günstigere Ergebnis
zulässt (BGH, Urteil vom 8. August 2022 - 5 StR 372/21, BGHSt 67, 130 Rn. 12 mwN; Beschluss vom 28. Mai 2024 - 3
StR 154/24, NStZ 2024, 547 f. Rn. 5). Hängt die Beurteilung des im Einzelfall milderen Rechts davon ab, ob die
Möglichkeit einer Strafrahmenschiebung genutzt, etwa ein gesetzlich geregelter besonders oder minder schwerer Fall
angenommen wird, obliegt die Bewertung grundsätzlich dem Tatgericht, sofern eine abweichende Würdigung nicht sicher
auszuschließen ist (vgl. BGH, Urteile vom 24. Juli 2014 - 3 StR 314/13, wistra 2014, 446 Rn. 31; und vom 28. Februar
2018 - 2 StR 45/17, Rn. 14; Beschlüsse vom 28. Mai 2024 - 3 StR 154/24, NStZ 2024, 547 aaO; und vom 10. Juli 2024
- 3 StR 164/24, Rn. 15, jew. mwN).

b) Das Landgericht hat die Einzelstrafe in Fall II.3. der Urteilsgründe, der den Handel mit 1 kg Marihuana mit einem 8
Wirkstoffgehalt von mindestens 70 g THC betraf, dem Strafrahmen für den minder schweren Fall des Handelstreibens mit
Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nach § 29a Abs. 2 BtMG entnommen, der Freiheitsstrafe von drei Monaten
bis zu fünf Jahren vorsieht. Angesichts dessen schließt der Senat aus, dass das Landgericht, hätte es die
konkurrenzrechtliche Zusammenfassung der Fälle II.1. und II.2. der Urteilsgründe bedacht, die den Handel mit einer
wesentlich kleineren Menge Marihuana betrafen, bei Anwendung des Tatzeitrechts hier nicht auch zur Annahme eines
milder schweren Falls gemäß § 29a Abs. 2 BtMG gelangt wäre.

c) Ob hinsichtlich beider Taten das neue Recht nach dem Konsumcannabisgesetz für den Angeklagten bei dem nach § 2 9
Abs. 3 StGB gebotenen konkreten Gesamtvergleich im Einzelfall günstiger und damit anzuwenden ist, hängt damit davon
ab, ob die Taten nach neuem Recht als besonders schwere Fälle nach § 34 Abs. 3 Satz 1 KCanG zu werten sind, für die
§ 34 Abs. 3 Satz 1 KCanG ebenfalls einen Strafrahmen von drei Monaten bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe eröffnet. In
diesem Fall wäre das neue Recht nicht milder und das Tatzeitrecht weiter maßgeblich. Fände dagegen der Strafrahmen
des § 34 Abs. 1 KCanG Anwendung, der Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vorsieht, wäre das neue
Recht für den Angeklagten günstiger.

d) Der Senat kann nicht ausschließen, dass das Landgericht die Indizwirkung des Regelbeispiels verneint und die Strafe 10
dem Strafrahmen der § 34 Abs. 1 KCanG entnommen hätte. Dabei besteht allerdings Anlass zu dem Hinweis, dass der
vom Landgericht ausdrücklich herangezogene, im Rahmen des § 29a BtMG berücksichtigungsfähige Milderungsgrund, es
handele sich bei Cannabis um eine „weiche Droge“, für die Strafzumessung nach § 34 KCanG keine Bedeutung hat;
denn die Strafnorm betrifft ausschließlich Cannabis. Die im Vergleich zu bestimmten anderen Suchtstoffen geringere
Gefährlichkeit (vgl. st. Rspr.; etwa BGH, Urteil vom 15. Dezember 2022 - 3 StR 295/22, Rn. 30 mwN) hat bereits bei der
gesetzlichen Festlegung der Strafrahmen Berücksichtigung gefunden (s. BT-Drucks. 20/8704, 130; BGH, Beschluss vom
28. Mai 2024 - 3 StR 154/24, NStZ 2024, 547, 548, Rn. 10).

II.

Die Aufhebung des Schuldspruchs zieht die Aufhebung der Einzelstrafausprüche und des Gesamtstrafenauspruchs 11
sowie der für sich gesehen nicht zu beanstandenden Anordnung der Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe des
aus den Taten Erlangten nach sich. Der neue Tatrichter wird allerdings zu bedenken haben, dass der Angeklagte auf den
Einziehungsbetrag nur als Gesamtschuldner haftet. Nach den Feststellungen waren die Barerlöse der Verkäufe zunächst
K. zugeflossen, der sie an den Angeklagten weiterreichte.

III.

Es bedarf keiner Aufhebung der zugehörigen Feststellungen, soweit das Urteil aufgehoben wird (§ 353 Abs. 2 StPO). 12
Diese sind insgesamt frei von Rechtsmängeln. Soweit die Strafkammer zu Gunsten des Angeklagten herangezogen hat,
dass es sich bei Cannabis um eine „weiche Droge“ handele, stellt dies eine bloße Wertung und keine
Tatsachenfeststellung dar (BGH, Beschluss vom 10. Juli 2024 - 3 StR 164/24, Rn. 18); bei Anwendung des
Betäubungsmittelgesetzes bliebe die Wertung auch richtig. Das zur neuen Verhandlung und Entscheidung berufene
Tatgericht kann ergänzende Feststellungen treffen, sofern sie den bisherigen nicht widersprechen.