

HRRS-Nummer: HRRS 2024 Nr. 998

Bearbeiter: Fabian Afshar/Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2024 Nr. 998, Rn. X

BGH 3 StR 148/24 - Beschluss vom 11. Juni 2024 (LG Duisburg)

Betäubungsmittelstrafrecht; Strafvorschriften nach dem BtMG; Strafvorschriften nach dem KCanG; zeitliche Geltung von Strafgesetzen (lex mitior; milderer Gesetz; Gesamtvergleich).

§ 29 BtMG; § 34 KCanG; § 2 Abs. 3 StGB

Leitsätze des Bearbeiters

1. Die Entscheidung, ob das Tatzeitrecht oder das neue Recht für die Angeklagte günstiger und damit gemäß § 2 Abs. 3 StGB zur Anwendung zu bringen ist, ist unter Umständen anhand eines konkreten Gesamtvergleichs im Einzelfall zu treffen.

2. Das Ergebnis eines Vergleichs des Tatzeitrechts mit der Rechtslage nach dem Konsumcannabisgesetz kann davon abhängen, ob die Taten nach neuem Recht als besonders schwerer Fall (§ 34 Abs. 3 Satz 1 und 2 Nr. 4 KCanG) beziehungsweise nach altem Recht als minder schwerer Fall (§ 30 Abs. 2 BtMG) zu werten sind. Bei dieser Beurteilung handelt es sich um einen Strafzumessungsakt, der allein dem Tatgericht obliegt.

Entscheidungstenor

1. Auf die Revision der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Duisburg vom 19. Dezember 2023

a) im Schuldspruch dahin geändert, dass die Angeklagte in den Fällen II. 3. und II. 4. der Urteilsgründe jeweils der Beihilfe zum Handeltreiben mit Cannabis schuldig ist;

b) aufgehoben,

aa) soweit die Angeklagte in den Fällen II. 1. und II. 2. der Urteilsgründe verurteilt worden ist,

bb) in den Aussprüchen über die Einzelstrafen in den Fällen II. 3. bis II. 5. der Urteilsgründe und die Gesamtstrafe,

cc) soweit die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von mehr als 1.200 € angeordnet worden ist;

jedoch werden die jeweils 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 die Angeklagte wegen Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen sowie wegen Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und zwei Monaten verurteilt. Zudem hat es die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 2.000 € und eines Pkw angeordnet. Gegen das Urteil wendet sich die Beschwerdeführerin mit ihrer auf die Sachrüge gestützten Revision. Das Rechtsmittel hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

I.

Nach den vom Landgericht getroffenen Feststellungen war die Angeklagte für einen gesondert Verfolgten, der mit Kokain und Marihuana handelte, gegen Entgelt als Kurierfahrerin tätig. Hierfür wurde ihr der eingezogene Pkw zur Verfügung gestellt, der für versteckte Drogentransporte besonders umgebaut worden war.

Am 11. März 2022 verbrachte die Angeklagte mit dem Fahrzeug gegen eine Vergütung in Höhe von 550 € fünf Kilogramm Marihuana mit einer Wirkstoffmenge von mindestens 500 Gramm Tetrahydrocannabinol (THC) aus den Niederlanden nach Deutschland. Zwei Tage später transportierte sie gegen Zahlung von 250 € zwei Kilogramm Marihuana mit einer

Wirkstoffmenge von mindestens 200 Gramm THC von den Niederlanden in die Bundesrepublik Deutschland. In dem von der Angeklagten geführten Fahrzeug befand sich bei den Fahrten nicht nur - wie sie wusste - das Marihuana, sondern zudem jeweils Kokain. Dieses weitere Transportgut war ihr verschwiegen worden, um den Kurierlohn gering zu halten. Von dem Kokain hatte sie daher keine Kenntnis; sie hielt diese zusätzliche Fracht auch nicht für möglich (Fälle II. 1. und II. 2. der Urteilsgründe). Das Landgericht hat die Angeklagte insofern wegen Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen verurteilt.

Am 6. August 2022 fuhr die Angeklagte eine dritte Person von O. nach F., wo diese vier Kilogramm Marihuana mit einer Wirkstoffmenge von 400 Gramm THC erwarb, und sodann in Kenntnis des Umstandes, dass ihr Passagier das erworbene Marihuana im Pkw deponiert hatte, zurück nach O. Hierfür erhielt sie 400 € (Fall II. 3. der Urteilsgründe). An einem anderen Tag im Sommer 2022 brachte sie mit dem Pkw gegen Zahlung von 300 € wissentlich drei Kilogramm Marihuana mit einer Wirkstoffmenge von mindestens 300 Gramm THC von D. nach O. (Fall II. 4. der Urteilsgründe). Bei einer weiteren Kurierfahrt im Mai 2022 von D. nach O. war Transportgut ein Kilogramm Kokain, wobei die Angeklagte über Art und Menge des Rauschgifts informiert worden war. Für den Transport des Kokains mit einer Wirkstoffmenge von mindestens 700 Gramm Kokainhydrochlorid erhielt die Angeklagte einen Kurierlohn von 500 € (Fall II. 5. der Urteilsgründe). Die Strafkammer hat die Angeklagte wegen dieser drei Taten der Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen schuldig gesprochen.

Eine tateinheitliche Verurteilung der Angeklagten wegen Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge ist unterblieben, weil die Staatsanwaltschaft die Verfolgung insoweit mit der Anklageerhebung gemäß § 154a Abs. 1 StPO auf den Vorwurf der Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge beschränkt hat.

II.

1. Die auf die Sachrüge veranlasste umfassende materiellrechtliche Nachprüfung des Urteils führt zu dessen Aufhebung in den Fällen II. 1. und II. 2. sowie zu einer Schuldspruchänderung in den Fällen II. 3. und II. 4. der Urteilsgründe, weil das Landgericht die Angeklagte in diesen Fällen für ihren Umgang mit Marihuana - entsprechend der zum Urteilszeitpunkt geltenden Rechtslage - nach dem Betäubungsmittelgesetz verurteilt hat. Am 1. April 2024 ist jedoch das Gesetz zum Umgang mit Konsumcannabis (Konsumcannabisgesetz - KCanG) vom 27. März 2024 in Kraft getreten (BGBl. 2024 I Nr. 109). Diese Rechtsänderung hat der Senat gemäß § 2 Abs. 3 StGB in Verbindung mit § 354a StPO zu berücksichtigen. Nach der Neuregelung unterfällt Cannabis nicht mehr dem Betäubungsmittelgesetz, sondern bestimmt sich die Strafbarkeit der vorgenannten Taten, soweit sie Marihuana betreffen, nach dem Konsumcannabisgesetz (vgl. BGH, Beschlüsse vom 6. Mai 2024 - 5 StR 1/24, juris Rn. 4; vom 18. April 2024 - 6 StR 24/24, juris Rn. 5; Patzak/Möllinger, NSTz 2024, 321).

a) Die Fälle II. 1. und II. 2. der Urteilsgründe sind, soweit es das tatgegenständliche Marihuana anbelangt, unter der Geltung des Konsumcannabisgesetzes jeweils als Einfuhr von Cannabis (§ 34 Abs. 1 Nr. 5 KCanG) in Tateinheit mit Beihilfe zum Handeltreiben mit Cannabis (§ 34 Abs. 1 Nr. 4 KCanG, § 27 StGB) zu werten. Dass sich die Taten auf Cannabis in nicht geringer Menge bezogen - diese ist auch unter dem Konsumcannabisgesetz bei einer Wirkstoffmenge von 7,5 Gramm THC erreicht (vgl. BGH, Beschlüsse vom 6. Mai 2024 - 2 StR 480/23, juris Rn. 27 ff.; vom 6. Mai 2024 - 4 StR 5/24, juris Rn. 10 ff.; vom 29. April 2024 - 6 StR 132/24, juris Rn. 7; vom 23. April 2024 - 5 StR 153/24, juris Rn. 11 ff.; vom 18. April 2024 - 1 StR 106/24, juris Rn. 7 ff.) -, stellt lediglich ein Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall dar (§ 34 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 KCanG) und ist deshalb für den Schuldspruch ohne Bedeutung (vgl. BGH, Beschlüsse vom 21. Mai 2024 - 5 StR 481/23, juris Rn. 7; vom 6. Mai 2024 - 5 StR 1/24, juris Rn. 5).

Eine Schuldspruchänderung in diesem Sinne durch den Senat scheidet indes aus. Denn zum einen ist die Entscheidung, ob das Tatzeitrecht oder das neue Recht für die Angeklagte günstiger und damit gemäß § 2 Abs. 3 StGB zur Anwendung zu bringen ist, anhand eines konkreten Gesamtvergleichs im Einzelfall zu treffen (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteile vom 10. August 2023 - 3 StR 412/22, NZWiSt 2024, 187 Rn. 70; vom 8. August 2022 - 5 StR 372/21, BGHSt 67, 130 Rn. 12 f. mwN; Beschluss vom 14. Oktober 1982 - 3 StR 363/82, NSTz 1983, 80; Urteil vom 9. Oktober 1964 - 3 StR 32/64, BGHSt 20, 74, 75; Fischer, StGB, 71. Aufl., § 2 Rn. 8 f.; Schönke/Schröder/Hecker, StGB, 30. Aufl., § 2 Rn. 28 ff. mwN; Patzak/Möllinger, NSTz 2024, 321, 327). Das Ergebnis dieses Vergleichs des Tatzeitrechts mit der Rechtslage nach dem Konsumcannabisgesetz hängt hier davon ab, ob die Taten der Angeklagten nach neuem Recht als besonders schwerer Fall (§ 34 Abs. 3 Satz 1 und 2 Nr. 4 KCanG) beziehungsweise nach altem Recht als minder schwerer Fall (§ 30 Abs. 2 BtMG) zu werten sind. Bei dieser Beurteilung handelt es sich um einen Strafzumessungsakt, der allein dem Tatgericht obliegt (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Mai 2017 - 4 StR 366/16, NSTz-RR 2017, 240, 241 f.; Urteil vom 24. Juli 2014 - 3 StR 314/13, wistra 2014, 446 Rn. 31; KK-StPO/Gericke, 9. Aufl., § 354a StPO Rn. 11).

Zum anderen ist unter der neuen Rechtslage für den Schuldspruch relevant, ob sich die Angeklagte hinsichtlich des von ihr zugleich mit dem Marihuana von den Niederlanden nach Deutschland verbrachten Kokains wegen fahrlässiger Einfuhr von Betäubungsmitteln gemäß § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 4 BtMG strafbar gemacht hat. Eine solche Fahrlässigkeitsstrafbarkeit träte, weil sie sich auf ein Betäubungsmittel bezöge, in Tateinheit zu einer Strafbarkeit nach dem Konsumcannabisgesetz wegen des Umgangs mit dem Marihuana hinzu (anders die alte Rechtslage nach dem Betäubungsmittelgesetz, vgl. insofern BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 - 4 StR 576/10, BGHR BtMG § 29 Abs. 4 Fahrlässigkeit 3 Rn. 6 ff.; Patzak/Fabricius, BtMG, 11. Aufl., § 29 Rn. 654, 1601; MüKoStGB/O?l?lac?o?lu, 4. Aufl., § 29

BtMG Rn. 1650; Weber/Kornprobst/Maier, BtMG, 6. Aufl., Vor §§ 29 ff. Rn. 427; s. ferner BGH, Beschluss vom 18. März 2015 - 3 StR 634/14, BGHR BtMG § 29 Abs. 4 Fahrlässigkeit 4 Rn. 8 f.). Die Urteilsgründe ermöglichen die Beurteilung einer solchen Fahrlässigkeitsstrafbarkeit nicht, weil ihnen zur diesbezüglichen subjektiven Tatseite nur zu entnehmen ist, die Angeklagte habe von dem Kokain keine Kenntnis gehabt und diese zusätzliche Fracht nicht für möglich gehalten. Ob sie die Beladung des Pkw auch mit Kokain hätte erkennen können und müssen, ist den Feststellungen nicht zu entnehmen (vgl. zum Fahrlässigkeitsmaßstab und zu den relevanten Beurteilungskriterien BGH, Urteile vom 5. November 2020 - 4 StR 381/20, NStZ 2021, 574 Rn. 11 ff.; vom 12. September 2019 - 5 StR 325/19, NStZ 2020, 553 Rn. 14 ff.; vom 20. September 2017 - 1 StR 64/17, BGHSt 63, 11 Rn. 26 ff.; vom 6. September 1995 - 2 StR 310/95, BGHR BtMG § 30 Beweiswürdigung 1; vom 4. März 1986 - 1 StR 26/86, NStZ 1986, 462, 463; Patzak/Fabricius, BtMG, 11. Aufl., § 29 Rn. 652; MüKoStGB/O?lacc?o?lu, 4. Aufl., § 29 BtMG Rn. 1652 ff.; Weber/Kornprobst/Maier, BtMG, 6. Aufl., § 29 Rn. 2087 ff.).

Über die Fälle II. 1. und II. 2. der Urteilsgründe hat daher das Tatgericht neu zu befinden. 10

b) Die Fälle II. 3. und II. 4. der Urteilsgründe sind unter der Geltung des Konsumcannabisgesetzes jeweils als Beihilfe 11 zum Handeltreiben mit Cannabis (§ 34 Abs. 1 Nr. 4 KCanG, § 27 StGB) zu werten. Die von der Staatsanwaltschaft vorgenommene Verfolgungsbeschränkung gemäß § 154a Abs. 1 StPO auf den Tatvorwurf der Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, durch die eine tateinheitliche Strafbarkeit der Angeklagten wegen Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge von der Verfolgung ausgenommen worden ist, bleibt insofern beachtlich, als unter der Geltung des Konsumcannabisgesetzes eine tateinheitliche Verurteilung wegen Besitzes von Cannabis gemäß § 34 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a KCanG ausscheidet. Denn der Verfolgungsbeschränkung ist der weiterhin maßgebliche Wille zu entnehmen, die Taten allein unter dem Aspekt der Unterstützung fremden Handeltreibens mit Rauschgift zu ahnden.

Die neue Rechtslage unter dem Konsumcannabisgesetz ist für die Angeklagte hinsichtlich der Fälle II. 3. und II. 4. der 12 Urteilsgründe günstiger als die nach dem Tatzeitrecht; sie ist daher gemäß § 2 Abs. 3 StGB in Verbindung mit § 354a StPO maßgeblich. Denn der in Betracht kommende Strafrahmen des § 34 Abs. 3 Satz 1 KCanG ist milder als der des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; zudem hat die Strafkammer minder schwere Fälle nach § 29a Abs. 2 BtMG rechtsfehlerfrei verneint. Der Senat ändert den Schuldspruch in den Fällen II. 3. und II. 4. der Urteilsgründe deshalb in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO dahin, dass die Angeklagte in diesen Fällen jeweils der Beihilfe zum Handeltreiben mit Cannabis schuldig ist. Die Regelung des § 265 StPO steht der Schuldspruchänderung nicht entgegen, weil sich die geständige Angeklagte nicht wirksamer als geschehen hätte verteidigen können.

Die Schuldspruchänderung führt zur Aufhebung der Einzelstrafen in diesen Fällen, weil § 34 Abs. 3 Satz 1 KCanG einen 13 erheblich milderen Strafrahmen vorgibt als § 29a Abs. 1 BtMG. Es ist ungeachtet des bereits angesichts der großen Cannabismengen beachtlichen Schuldumfangs und der - unter dem Konsumcannabisgesetz nicht mehr statthaften (vgl. BGH, Beschlüsse vom 16. Mai 2024 - 6 StR 116/24, juris Rn. 5; vom 29. April 2024 - 6 StR 132/24, juris Rn. 5) - strafmildernden Berücksichtigung der im Vergleich zu anderen Drogen minderen Gefährlichkeit von Cannabis („weiche Droge“) durch das Landgericht nicht auszuschließen, dass die Strafkammer bei Anwendung des einschlägigen Strafrahmens des Konsumcannabisgesetzes niedrigere Einzelstrafen gegen die Angeklagte verhängt hätte (§ 337 Abs. 1 StPO). Die Einzelstrafen sind daher neu zu bemessen.

2. Der Schuldspruch im Fall II. 5. der Urteilsgründe wegen Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht 14 geringer Menge (§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG, § 27 StGB) lässt keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten erkennen. Dagegen hält die für diese Tat verhängte Einzelstrafe der revisionsrechtlichen Kontrolle nicht stand. Denn insofern hat das Landgericht, wie der Generalbundesanwalt in seiner Antragsschrift zutreffend ausgeführt hat, das Vorliegen des vertypen Strafmilderungsgrundes des § 31 BtMG nicht erörtert, obgleich die getroffenen Feststellungen hierzu Anlass gegeben haben.

3. Die Aufhebung der Einzelstrafen entzieht der Gesamtstrafe die Grundlage, so dass sie ebenfalls aufzuheben ist. 15

4. Die Aufhebung des Schuldspruchs in den Fällen II. 1. und II. 2. der Urteilsgründe bedingt zudem die Aufhebung des 16 Ausspruchs über die Einziehung des Wertes von Taterträgen, soweit er sich auf den von der Angeklagten in diesen Fällen erlangten Transportlohn (800 €) bezieht. In Höhe des von ihr für die Fahrten in den Fällen II. 3. bis II. 5. vereinnahmten Entgelts (1.200 €) hat die Anordnung der Einziehung des Wertes von Taterträgen demgegenüber Bestand.

Auch die Einziehung des von der Angeklagten für ihre Transportfahrten genutzten Pkw bleibt von der Teilaufhebung des 17 Urteils unberührt. Denn diese von der Strafkammer rechtsfehlerfrei auf § 74b Abs. 1 Alternative 2 Nr. 2 StGB gestützte Entscheidung wird bereits von der Verurteilung in den Fällen II. 3. bis II. 5. der Urteilsgründe getragen.

5. Es bedarf keiner Aufhebung der zugehörigen Feststellungen, soweit das Urteil aufgehoben wird (§ 353 Abs. 2 StPO). 18 Denn diese sind insgesamt frei von Rechtsmängeln getroffen worden. Soweit die Strafkammer zu Gunsten der Angeklagten gewertet hat, dass es sich bei Marihuana um eine weiche Droge handele, liegt darin keine

Tatsachenfeststellung. Das zur neuen Verhandlung und Entscheidung berufene Tatgericht kann ergänzende Feststellungen treffen, soweit diese den bisherigen nicht widerstreiten.