

HRRS-Nummer: HRRS 2024 Nr. 1361

Bearbeiter: Fabian Afshar/Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2024 Nr. 1361, Rn. X

BGH 3 StR 261/24 - Beschluss vom 11. September 2024 (LG Koblenz)

Betäubungsmittelstrafrecht; Handeltreiben mit Cannabis; zeitliche Geltung von Strafgesetzen (lex mitior; milderes Gesetz).

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

Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Koblenz vom 25. Januar 2024

a) zu Fall II. 2. der Urteilsgründe aa) im Schuldspruch dahin geändert, dass er des bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Handeltreiben mit Cannabis schuldig ist; bb) im Strafausspruch aufgehoben; jedoch bleiben die zugehörigen Feststellungen aufrechterhalten.

b) aufgehoben, soweit er wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Fall II. 1. der Urteilsgründe) verurteilt worden ist; jedoch bleiben die zugehörigen Feststellungen aufrechterhalten;

c) im Ausspruch über die Einziehung aa) dahin geändert, dass 265,5 Gramm Amphetamin eingezogen sind; bb) aufgehoben, soweit ein „Mobiltelefon/Handy Samsung“ eingezogen worden ist; die Einziehung dieses Gegenstandes entfällt. 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 wegen „unerlaubten“ Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Fall II. 1. der Urteilsgründe) und wegen bewaffneten „unerlaubten“ Handeltreibens mit Betäubungsmitteln „in nicht geringer Menge“ (Fall II. 2. der Urteilsgründe) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und drei Monaten verurteilt und Einziehungsentscheidungen getroffen. Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit seiner auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützten Revision. Das Rechtsmittel hat in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

1. Die Strafkammer hat - soweit für die Revisionsentscheidung von Bedeutung - die nachfolgenden Feststellungen und Wertungen getroffen:

a) Am 22. Februar 2023 führte der Angeklagte per Telegram-Chat verbindliche Verkaufsverhandlungen über 100 Gramm Cannabisblüten mit einem Wirkstoffgehalt von 13 % Tetrahydrocannabinol (THC). Zu der für den Folgetag geplanten Übergabe des Rauschgifts kam es nicht. Dieses Verhalten hat das Landgericht als minder schweren Fall des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge eingeordnet und seiner Strafbemessung gemäß § 29a Abs. 2 BtMG einen Strafrahmen von drei Monaten bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe zugrunde gelegt (Fall II. 1. der Urteilsgründe).

b) Am 1. März 2023 verwahrte der Angeklagte einen Handelsbestand von 265,5 Gramm Amphetamin mit einem Wirkstoffgehalt von 18,8 % Amphetaminbase im Küchenbereich der von ihm genutzten Wohnung und in unmittelbarer räumlicher Nähe hierzu mehrere zur Verteidigung der Betäubungsmittel bestimmte Messer. Als er beim Verlassen des Hauses einer Kontrolle unterzogen wurde, führte er zudem zum Handeltreiben bestimmte Kleinmengen Marihuana, Haschisch und Amphetamin mit sich. Auch insoweit hat das Landgericht einen minder schweren Fall angenommen und den Angeklagten wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln unter Anwendung des Strafrahmens des § 30a Abs. 3 BtMG - Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren - verurteilt (Fall II. 2. der Urteilsgründe).

2. Der Schuldspruch im letztgenannten Fall ist dahin zu ändern, dass der Angeklagte des bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Handeltreiben mit Cannabis schuldig ist. Der Strafausspruch unterliegt, obwohl die Tat fast ausschließlich Amphetamin zum Gegenstand hat, der Aufhebung.

a) Zur Begründung seines Antrags auf Änderung des Schuldspruchs in diesem Fall hat der Generalbundesanwalt das

Folgende ausgeführt:

„Allerdings führt die ergangene Gesetzesänderung zum Umgang mit Cannabis zum 1. April 2024 zur Anwendbarkeit der 7
Neuregelung (§ 2 Abs. 3 StGB). Hinsichtlich des hier in Rede stehenden Handeltreibens mit Cannabis sind nämlich die
Rechtsfolgen des Konsumcannabisgesetzes (vgl. § 34 KCanG), verglichen mit denen des Betäubungsmittelgesetzes (§§
29 f. BtMG), deutlich milder (BGH Beschluss vom 30. April 2024 - 6 StR 164/24, juris Rn. 6; BGH, Beschluss vom 25.
April 2024 - 5 StR 44/24, juris Rn. 4). [...] Im Fall II. 2 der Urteilsgründe hat sich der Angeklagte somit des bewaffneten
Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (Handelsbestand Amphetamin) in Tateinheit mit Handeltreiben mit Cannabis
(Handelsbestand Marihuana und Haschisch) schuldig gemacht.

Der Schuldspruchberichtigung steht § 265 StPO nicht entgegen, weil sich der Angeklagte ersichtlich nicht anders und 8
erfolgreicher hätte verteidigen können (vgl. BeckOK StPO/Wiedner, 50. Ed. 1. Januar 2024, StPO § 354 Rn. 43).“ Dem
tritt der Senat bei und ergänzt, dass die Zusätze „unerlaubt“ und „in nicht geringer Menge“ beim bewaffneten
Handeltreiben mit Betäubungsmitteln entbehrlich sind (vgl. etwa BGH, Beschlüsse vom 23. Juli 2024 - 3 StR 216/24, juris
Rn. 6; vom 10. November 2020 - 3 StR 355/20, juris Rn. 2 mwN).

b) Der betreffende Einzelstrafauspruch kann nicht bestehen bleiben, weil der vertypete Strafmilderungsgrund des § 31 9
Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG bei der Strafraumenbestimmung nicht erkennbar bedacht worden ist. Nach den insoweit
getroffenen Feststellungen hat der Angeklagte zur Überzeugung des Landgerichts seinen - zwischenzeitlich verstorbenen
- Drogenlieferanten benannt. Ob er dies bereits vor oder erst nach dem Erlass des Eröffnungsbeschlusses getan hat (§
31 Satz 3 BtMG in Verbindung mit § 46b StGB; vgl. hierzu Patzak/Fabricius, BtMG, 11. Aufl., § 31 Rn. 31 ff.), ist den
Urteilsgründen nicht zu entnehmen. Im Hinblick darauf, dass eine weitere Strafraumenverschiebung gemäß § 31 Abs. 1
BtMG, § 49 Abs. 1 StGB eine Absenkung der Strafuntergrenze auf das gesetzliche Minimum zur Folge gehabt hätte, wäre
eine nähere Erörterung erforderlich gewesen. Dass das Landgericht den Gesichtspunkt der Benennung des Lieferanten
innerhalb des angewendeten Strafraumens des § 30a Abs. 3 BtMG allgemein strafmildernd berücksichtigt hat, reicht
nicht aus.

Die insoweit getroffenen Feststellungen bleiben bestehen, weil sie von dem aufgezeigten Rechtsfehler nicht betroffen 10
werden (§ 353 Abs. 2 StPO). Sie können um solche Feststellungen ergänzt werden, die den bisherigen nicht
widersprechen.

3. Die Verurteilung des Angeklagten im Fall II. 1. der Urteilsgründe unterliegt in Gänze der Aufhebung. Der nach § 2 Abs. 11
3 StGB gebotene konkrete Gesamtvergleich im Einzelfall (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschlüsse vom 7. August 2024 - 3 StR
278/24, juris Rn. 13; vom 26. Juni 2024 - 3 StR 201/24, juris Rn. 7 mwN; 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; 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)
führt - entgegen der in der Zuschrift des Generalbundesanwalts geäußerten Rechtsauffassung - nicht zu dem eindeutigen
Ergebnis, dass die Strafe auch nach dem Inkrafttreten der Neuregelung aus dem Strafraumen des § 29a Abs. 2 StGB
zuzumessen ist. Diesem Strafraumen entspräche nur derjenige des Regelbeispiels des § 34 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 KCanG,
während derjenige des Grundtatbestands des Handeltreibens mit Cannabis nach § 34 Abs. 1 Nr. 4 KCanG dem
Angeklagten günstiger wäre. Zwar bezieht sich die Tat auf eine nicht geringe Menge Cannabis. Es ist allerdings nicht mit
hinreichender Sicherheit auszuschließen, ob das Tatgericht mit Blick auf die lediglich geringe Überschreitung des auch im
Anwendungsbereich des Konsumcannabisgesetzes gültigen Grenzwertes der nicht geringen Menge von 7,5 Gramm THC
(vgl. hierzu BGH, Beschlüsse vom 7. August 2024 - 3 StR 278/24, juris Rn. 12; vom 28. Mai 2024 - 3 StR 154/24, NStZ
2024, 547 Rn. 8; vom 6. Mai 2024 - 2 StR 480/23, StV 2024, 587 Rn. 27 ff.; vom 6. Mai 2024 - 4 StR 5/24, NStZ-RR
2024, 249, 250; vom 29. April 2024 - 6 StR 132/24, juris Rn. 7; vom 24. April 2024 - 4 StR 50/24, StV 2024, 595 Rn. 6
ff.; vom 23. April 2024 - 5 StR 153/24, NStZ-RR 2024, 216 f.; vom 18. April 2024 - 1 StR 106/24, NJW 2024, 1968 Rn.
7 ff.) um das 0,7-fache und den weiteren Umstand, dass es zu einer Lieferung des Rauschmittels nicht gekommen ist,
von einer Anwendung des Regelbeispiels gleichwohl abgesehen hätte. Bei dieser Sachlage kann bereits der
Schuldspruch keinen Bestand haben.

Die zu Fall II. 1. der Urteilsgründe getroffenen Feststellungen bleiben ebenfalls bestehen, weil sie von dem aufgezeigten 12
Rechtsfehler nicht betroffen werden (§ 353 Abs. 2 StPO). Auch sie können um solche Feststellungen ergänzt werden, die
den bisherigen nicht widersprechen.

4. Die Einziehungsentscheidungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand. 13

Zu der Berichtigung der eingezogenen Amphetaminmenge und der Aufhebung der angeordneten Einziehung eines 14
Mobiltelefons/Handys Samsung und deren Entfall hat der Generalbundesanwalt das Folgende ausgeführt:

„Soweit die Kammer insgesamt 276,22 Gramm Amphetamin eingezogen hat, handelt es sich um ein offensichtliches 15
Schreibversehen. Selbst wenn man das in der Umhängetasche befindliche Amphetamin (1,76 Gramm) zu dem in der
Wohnung aufgefundenen Amphetamin (265,50 Gramm) hinzuaddiert, erhält man nicht die oben angegebene Summe. Die
Einziehungsentscheidung ist daher entsprechend § 354 Abs. 1 StPO dahingehend zu berichtigen, dass 265,50 Gramm
Amphetamin (Trockengewicht: 118,99 Gramm) eingezogen sind (vgl. BeckOK StPO/Wiedner, 51. Ed. 1. Januar 2024,

StPO § 354). Da die Cannabisprodukte aus der Umhängetasche nicht eingezogen wurden und der Angeklagte die Umhängetasche herausverlangte (vgl. UA S. 28 unten), ist davon auszugehen, dass der Inhalt der Umhängetasche von dem Verzicht des Angeklagten umfasst war.

Aus der Urteilsbegründung ergibt sich, dass die Kammer das Mobiltelefon des Angeklagten gerade nicht einziehen wollte (UA S. 28), weshalb die Einziehung insofern zu entfallen hat (vgl. BeckOK StPO/Wiedner, 51. Ed. 1. Januar 2024, StPO § 354). Im Übrigen ist die Einziehungsentscheidung nicht zu beanstanden.“ 16

Dem schließt sich der Senat ebenfalls an.

17