

HRRS-Nummer: HRRS 2024 Nr. 1337

Bearbeiter: Julia Heß/Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2024 Nr. 1337, Rn. X

BGH 4 StR 93/24 - Beschluss vom 3. Juli 2024 (LG Frankenthal (Pfalz))

Handeltreiben mit Cannabis; Einziehung des Wertes von Taterträgen (wirksamer Verzicht; Anrechnung).

§ 34 KCanG; § 73c StGB

Entscheidungsstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Frankenthal (Pfalz) vom 15. Dezember 2023
 - a) im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte
 - aa) in den Fällen II. 1., 3. und 4. der Urteilsgründe jeweils des Handeltreibens mit Cannabis schuldig ist;
 - bb) im Fall II. 5. der Urteilsgründe des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln und in weiterer Tateinheit mit Handeltreiben mit Cannabis schuldig ist;
 - b) im Ausspruch über die Einzelstrafen in den vorgenannten Fällen, über die Gesamtstrafe und über die Einziehung aufgehoben.
2. Die weiter gehende Revision wird verworfen.
3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu erneuter Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in fünf Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit „unerlaubtem“ Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Fall II. 2. der Urteilsgründe) und in einem Fall in Tateinheit mit „unerlaubtem“ Besitz von Betäubungsmitteln (Fall II. 5. der Urteilsgründe) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und zwei Monaten verurteilt sowie die Einziehung des Wertes von Taterträgen angeordnet. Hiergegen wendet sich die mit der Sachrüge begründete Revision des Angeklagten. Das Rechtsmittel hat den aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Erfolg; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO. 1

1. Der Schuldspruch bedarf der aus der Beschlussformel ersichtlichen Änderung. 2

a) In den Fällen II. 1., 3. und 4. der Urteilsgründe bezog sich das als dauerhafte Einnahmequelle dienende Handeltreiben allein auf erhebliche Mengen an Marihuana bzw. Haschisch. Damit ist der Schuldspruch insoweit an das am 1. April 2024 in Kraft getretene Gesetz zum kontrollierten Umgang mit Cannabis und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 27. März 2024 anzupassen (§ 2 Abs. 3 StGB i.V.m. § 354a StPO; § 34 Abs. 1 Nr. 4, § 2 Abs. 1 Nr. 4, § 1 Nr. 4, 5 KCanG; BGH, Beschluss vom 6. Mai 2024 - 4 StR 5/24 Rn. 6; Beschluss vom 23. April 2024 - 5 StR 153/24 Rn. 3 f.; Beschluss vom 18. April 2024 - 1 StR 106/24 Rn. 4 f.). Obgleich der Angeklagte jeweils mit Cannabis in nicht geringer Menge handelte (vgl. zum Grenzwert von 7,5 g THC BGH, Beschluss vom 6. Mai 2024 - 4 StR 5/24 Rn. 10; Beschluss vom 30. April 2024 - 6 StR 164/24 Rn. 6; Beschluss vom 23. April 2024 - 5 StR 153/24 Rn. 11 ff.; Beschluss vom 18. April 2024 - 1 StR 106/24 Rn. 7 ff.), stellt dies lediglich ein Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall dar (§ 34 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 KCanG), das im Schuldspruch keinen Ausdruck findet (vgl. BGH, Beschluss vom 21. Mai 2024 - 5 StR 84/24 Rn. 2; Beschluss vom 16. Mai 2024 - 6 StR 116/24 Rn. 3). 3

b) Im Fall II. 5. der Urteilsgründe ist das Tatgeschehen weiterhin als Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln zu würdigen, soweit der Angeklagte sowohl zum Weiterverkauf (121 g Amphetamin und 100 g Kokain) als auch zum Eigenkonsum (1,5 Tabletten Ecstasy und eine Konsumeinheit Amphetamin) bestimmte Betäubungsmittel in seinem Besitz hatte. Mit dem Inkrafttreten des KCanG stehen diese tateinheitlich begangenen Verstöße gegen das BtMG in weiterer Idealkonkurrenz zum Handeltreiben mit Cannabis gemäß § 34 Abs. 1 Nr. 4 KCanG, weil der Angeklagte nach den Feststellungen zugleich eine zum Weiterverkauf bestimmte Menge von 320 g Marihuana verwahrte (vgl. BGH, Beschluss vom 5. Juni 2024 - 5 StR 631/23 Rn. 6). Unberücksichtigt hatte hingegen der Besitz von 3,34 g eines Tabak-Marihuana-Gemischs zum Eigenkonsum zu bleiben, da dies gemäß § 34 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b) KCanG nicht mehr strafbar ist (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Mai 4

c) Der Senat stellt den Schuldspruch entsprechend § 354 Abs. 1 i.V.m. § 354a StPO um. Die Regelung des § 265 StPO 5 steht dem nicht entgegen, weil sich der geständige Angeklagte nicht wirksamer als geschehen hätte verteidigen können.

2. Die im Zusammenhang mit dem Handeltreiben mit Cannabis verhängten Einzelstrafen können keinen Bestand haben. 6 Deren Aufhebung ist in den Fällen II. 1., 3. und 4. der Urteilsgründe schon deswegen unumgänglich, weil die Strafrahenobergrenze nunmehr auf fünf Jahre Freiheitsstrafe bei den hier jeweils zugleich verwirklichten Regelbeispielen der Gewerbsmäßigkeit (§ 34 Abs. 3 Satz 1, 2 Nr. 1 KCanG) und des Überschreitens der Schwelle zur nicht geringen Menge (§ 34 Abs. 3 Satz 1, 2 Nr. 4 KCanG) begrenzt ist (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Mai 2024 - 1 StR 154/24 mwN). Zwar ist im Fall II. 5. der Urteilsgründe aufgrund des tateinheitlich verwirklichten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge der Strafrahen des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG weiterhin anzuwenden (§ 52 Abs. 2 Satz 1 StGB). Der Senat kann aber nicht ausschließen, dass sich die in § 34 KCanG zum Ausdruck kommende mildere Bewertung des Umgangs mit Cannabis in einer niedrigeren Strafe niedergeschlagen hätte (vgl. BGH, Beschluss vom 29. Mai 2024 - 6 StR 174/24 Rn. 4).

Die Aufhebung der vier Einzelstrafen entzieht auch dem Gesamtstrafenausspruch die Grundlage. Die jeweils zugehörigen 7 Feststellungen können bestehen bleiben (§ 353 Abs. 2 StPO) und um ihnen nicht widersprechende ergänzt werden. Vorsorglich weist der Senat darauf hin, dass dem Umstand, Cannabis sei eine „weiche Droge“, aus gesetzessystematischen Gründen keine strafmildernde Wirkung mehr beigemessen werden darf, weil das KCanG Regelungen allein zu dieser Droge enthält (vgl. BGH, Beschluss vom 29. Mai 2024 ? 6 StR 174/24 Rn. 5).

3. Der Einziehungsausspruch kann gleichfalls nicht bestehen bleiben. 8

a) Die Strafkammer hat gegen den Angeklagten die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 36.000 € als 9 Gesamtschuldner mit dem gesondert Verfolgten R. und zudem in Höhe von 2.700 € (als Alleinschuldner) angeordnet. Dabei hat sie sich - insoweit rechtsfehlerfrei - an den von dem Angeklagten durch seine Drogengeschäfte erzielten Erlösen orientiert. Ausweislich der Feststellungen hatte der Angeklagte im April 2020 Kaufgeld in Höhe von 36.000 € vereinnahmt. Weitere 2.700 € hatte er in nicht rechtsverjährter Zeit vor dem 30. November 2021 erhalten. An diesem Tag wurde in der Wohnung des Angeklagten Bargeld in Höhe von 13.860 € sichergestellt, auf dessen Rückgabe er wirksam verzichtete. Diesen Betrag hat die Strafkammer nicht in Abzug gebracht und weiter ausgeführt, dass von einer erweiterten Einziehung gemäß § 73a StGB mit Blick auf die Verzichtserklärung abgesehen werde.

b) Dies hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Dem erkennenden Gericht steht es zwar frei, in den 10 Fällen der erweiterten Einziehung nach § 73a StGB mit Rücksicht auf die Verzichtserklärung des Angeklagten von einer Entscheidung über die Einziehung abzusehen (vgl. BGH, Urteil vom 13. Dezember 2018 - 3 StR 307/18 Rn. 6). Allerdings ist den Urteilsgründen nicht zu entnehmen, dass das aufgefundene Bargeld überhaupt aus anderen rechtswidrigen Taten herrührt. Sofern aus den Ausführungen der Strafkammer zur Begründung ihrer Einziehungsentscheidung unter Hinweis auf die vorerwähnte Entscheidung abzuleiten sein sollte, dass sie zu der sicheren Überzeugung gelangt ist, es handele sich insoweit um Taterträge aus anderen rechtswidrigen Taten, fehlt es an einem erforderlichen Beleg für diese Annahme. Es liegt wegen der in Betracht zu ziehenden zeitlichen Nähe zwischen dem Verkauf von Cannabis im Fall II. 4. der Urteilsgründe und dem Auffinden des Bargeldes auch nicht fern, dass darin zumindest der aus dieser Tat erlangte Verkaufserlös in Höhe von 2.700 € enthalten ist.

c) Der Senat hebt die Einziehungsanordnung insgesamt auf, weil die Strafkammer zwei Teilbeträge unterschieden hat, für 11 die der Angeklagte zum einen mit einem weiteren Schuldner und zum anderen allein haftet. Damit scheidet ein pauschaler Abzug in Höhe des sichergestellten Bargeldes von dem gesamten Einziehungsbetrag aus. Die bisher getroffenen Feststellungen können bestehen bleiben. Ergänzungen sind möglich, die den bisherigen Feststellungen nicht widersprechen.

d) Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf das Folgende hin: 12

aa) Sollte es sich bei dem sichergestellten Bargeld um legal erworbenes Geld handeln, wäre der staatliche 13 Zahlungsanspruch nach § 73c StGB durch den wirksamen Verzicht des Angeklagten insoweit erloschen (vgl. BGH, Beschluss vom 17. November 2020 - 4 StR 373/20 Rn. 3). Handelt es sich dagegen um erzielte Erlöse aus dem abgeurteilten Handel mit Betäubungsmitteln und Cannabis, unterläge das sichergestellte Geld der Einziehung nach § 73 Abs. 1 StGB, sofern es weiterhin gegenständlich und gesondert - etwa als Asservat der Justiz - vorhanden wäre. Anderenfalls - nach zwischenzeitlicher Einzahlung auf ein Konto der Justizkasse - bliebe nur noch Raum für die Wertersatzeinziehung nach § 73c StGB oder die Einziehung des Auszahlungsanspruchs gegen die Staatskasse gemäß § 73 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 StGB (vgl. BGH, Beschluss vom 21. Mai 2024 - 4 StR 502/23 Rn. 7 mwN). In beiden Konstellationen würde sich mit Blick auf die Verzichtserklärung die vorliegend angeordnete Vermögensabschöpfung nach § 73c StGB in entsprechender Höhe verringern (vgl. BGH, Beschluss vom 16. März 2021 - 4 StR 22/21 Rn. 4). Lässt sich die Herkunft des Geldes aus anderen rechtswidrigen Taten nicht aufklären und bleibt danach die Möglichkeit bestehen, dass der Geldbetrag aus den abgeurteilten Taten stammt oder legal erworben wurde, ist eine Anrechnung vorzunehmen, weil anderenfalls eine doppelte Abschöpfung nicht ausgeschlossen werden könnte (vgl. BGH, Beschluss

vom 30. Januar 2024 - 4 StR 333/23 Rn. 5; Beschluss vom 19. August 2020 - 3 StR 219/20 Rn. 8).

bb) Hätte das neue Tatgericht danach den sichergestellten Geldbetrag ganz oder zumindest teilweise zu berücksichtigen, wäre bei der Anrechnung auf die zwei Teilbeträge zu bedenken, dass sich die gesamtschuldnerische Haftung für den Angeklagten als günstiger erweist (vgl. BGH, Beschluss vom 31. August 2022 - 4 StR 153/22 Rn. 13; Beschluss vom 10. November 2020 - 3 StR 308/20 Rn. 3), weil insoweit auch der Tatbeteiligte R. als weiterer Schuldner zur gesamten Leistung im Außenverhältnis verpflichtet ist und eine doppelte Abschöpfung ausscheidet. 14