



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

5 StR 136/24

vom
24. April 2024
in der Strafsache
gegen

wegen Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in
nicht geringer Menge u.a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 24. April 2024 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 sowie entsprechend § 354 Abs. 1 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Berlin vom 5. Dezember 2023
 - a) im Schuldspruch dahingehend geändert, dass der Angeklagte der Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Cannabis in drei Fällen, jeweils in Tateinheit mit Besitz von insgesamt mehr als 60 Gramm Cannabis, sowie der Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Besitz von insgesamt mehr als 60 Gramm Cannabis schuldig ist,
 - b) im Ausspruch über die Einzelstrafen in den Fällen II.1 bis II.3 und über die Gesamtstrafe aufgehoben.
2. Die weitergehende Revision wird verworfen.
3. 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.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen, jeweils in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, sowie wegen Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt und die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 350 Euro angeordnet. Die Revision des Angeklagten erzielt mit der Sachrüge den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg und ist im Übrigen im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO unbegründet.

- 2 1. Da sich der Bandenhandel in den Fällen II.1 bis II.3 ausschließlich auf Marihuana und damit Cannabis im Sinne von § 1 Nr. 8 KCanG bezieht, hat der Senat gemäß § 2 Abs. 3 StGB iVm § 354a StPO die seit dem 1. April 2024 geltende Strafvorschrift des § 34 KCanG (BGBl. I 2024 Nr. 109) als milderes Recht zur Anwendung zu bringen.

- 3 a) Der festgestellte Bandenhandel mit Marihuana durchschnittlicher Qualität, an dem sich der Angeklagte als Bandenmitglied beteiligt hat, umfasst Mengen von 4,3 kg (Tat II.1), 5 kg (Tat II.2) und 10 kg (Tat II.3). Dies ist wegen Überschreitens der nicht geringen Menge (vgl. BGH, Beschlüsse vom 18. April 2024 – 1 StR 106/24; vom 23. April 2024 – 5 StR 153/24; Urteil vom 24. April 2024 – 5 StR 516/23) nunmehr als Bandenhandel mit Cannabis gemäß § 34 Abs. 4 Nr. 3 KCanG strafbar. Der Senat hat den Schuldspruch in entsprechender Anwendung von § 354 Abs. 1 StPO umgestellt. Dem steht § 265 StPO nicht entgegen, weil sich der geständige Angeklagte insoweit nicht wirksamer als geschehen hätte verteidigen können.

- 4 b) Der Strafausspruch kann in den Fällen II.1 bis II.3 keinen Bestand haben, weil § 34 Abs. 4 KCanG mildere Strafraumen als § 30a BtMG vorsieht. Dies zieht die Aufhebung der Gesamtstrafe nach sich. Der Aufhebung von Feststellungen bedarf es insoweit nicht (vgl. § 353 Abs. 2 StPO).
- 5 2. Im Fall II.4 bezieht sich die Beihilfehandlung des Angeklagten ausschließlich auf Kokain (121 g mit 104 g KHC), so dass der rechtsfehlerfreie Schuldspruch wegen Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge bestehen bleibt. Da sich der tateinheitliche Schuldspruch wegen Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge lediglich auf Marihuana und Haschisch (insgesamt etwa 1 kg mit lediglich 9,81 g THC) und damit auf Cannabis im Sinne des KCanG bezieht, ist der Schuldspruch nach § 34 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b KCanG iVm § 2 Abs. 3 StGB und § 354a StPO insoweit auf Besitz von insgesamt mehr als 60 Gramm Cannabis umzustellen.
- 6 Der Strafausspruch von zehn Monaten Freiheitsstrafe bedarf in diesem Fall keiner Korrektur. Die Strafkammer hat hierbei unter Verbrauch vertyppter Milderungsgründe für jedes tateinheitlich verwirklichte Delikt den Strafraumen des § 29a Abs. 2 BtMG zur Anwendung gebracht, der im Hinblick auf das Kokain nach wie vor Bestand hat. Soweit das Landgericht dem Angeklagten bei der konkreten Strafzumessung angelastet hat, dass er zwei Tatbestände verwirklicht hat, trifft dies weiterhin zu. Da die Strafkammer zudem strafmildernd eingestellt hat,

dass sich der Besitz lediglich auf eine „weiche Droge“ bezog und der Grenzwert zur nicht geringen Menge nur geringfügig überschritten wurde, schließt der Senat aus, dass das Landgericht unter Berücksichtigung des jetzigen Rechtszustands eine noch niedrigere Strafe verhängt hätte.

Cirener

Gericke

Mosbacher

Köhler

Resch

Vorinstanz:

Landgericht Berlin, 05.12.2023 - (533 KLS) 279 Js 85/22 (10/22) Trb2