



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

2 StR 129/24

vom
28. August 2024
in der Strafsache
gegen

wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Beschwerdeführers und des Generalbundesanwalts – zu 2. auf dessen Antrag – am 28. August 2024 gemäß § 349 Abs. 2 und 4, entsprechend § 354 Abs. 1 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Aachen vom 15. November 2023

a) im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte des bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit bewaffnetem Handeltreiben mit Cannabis und mit Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge schuldig ist;

b) im Strafausspruch aufgehoben.

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:

- 1 Das Landgericht hatte den Angeklagten im ersten Rechtsgang am 16. Mai 2022 wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt und die Vollstreckung der Strafe zur Bewährung ausgesetzt. Darüber hinaus hatte es die Einziehung eines in der Wohnung des Angeklagten sichergestellten Elektroimpulsgeräts angeordnet. Auf die dagegen gerichtete Revision der Staatsanwaltschaft hat der Senat mit Urteil vom 1. März 2023 das vorbezeichnete Urteil mit den Feststellungen aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen. Nach erneuter Hauptverhandlung hat das Landgericht den Angeklagten im zweiten Rechtsgang wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Die dagegen gerichtete, auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten hat den aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist sie unbegründet.

- 2
 1. Nach den vom Landgericht getroffenen Feststellungen handelte der Angeklagte im Frühjahr 2020 mit 900 Gramm Amphetamin mit 219,15 Gramm Amphetamin-Base, 116,56 Gramm Marihuana mit 12 Gramm THC sowie 195,838 Gramm MDMA mit 77,1 Gramm MDMA-Base. Während der Aufbewahrung der Betäubungsmittel in seiner Wohnung befanden sich, wie der Angeklagte wusste, ein funktionsfähiges Elektroimpulsgerät ohne Prüfzeichen und ein einhändig zu öffnendes Klappmesser zugriffsbereit in der Küche, in der er die Betäubungsmittel lagerte. Darüber hinaus verfügte er über 122,6 Gramm Amphetamin mit 29,85 Gramm Amphetamin-Base, die zum Eigenkonsum bestimmt waren.

- 3 Das Landgericht hat die Tat nach Verfahrensbeschränkung gemäß § 154a StPO als bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gewertet und die Strafe dem Strafrahmen des minder schweren Falles des § 30a Abs. 3 BtMG entnommen. Das Vorliegen eines minder schweren Falles nach § 29a Abs. 2 BtMG hat es abgelehnt und insoweit eine Sperrwirkung für die Strafrahmenuntergrenze durch § 29a Abs. 1 BtMG angenommen.
- 4 2. Die umfassende materiellrechtliche Nachprüfung des Urteils auf die Sachrüge hin hat ergeben, dass der Schuldspruch infolge einer nach Urteilsverkündung eingetretenen neuen Gesetzeslage zu ändern und der Strafausspruch aufzuheben ist. Im Übrigen weist das Urteil keinen Rechtsfehler auf (§ 349 Abs. 2 StPO).
- 5 a) Der Schuldspruch wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 30a Abs. 2 Nr. 2, 29a Abs. 1 BtMG, § 52 StGB) hat insofern Bestand, als er den Umgang mit Amphetamin und MDMA betrifft. Soweit der Angeklagte Marihuana veräußern wollte, bei dem es sich um ein Produkt der Cannabispflanze handelt, das nach den Begriffsbestimmungen des Konsumcannabisgesetzes als „Cannabis“ erfasst wird (§ 1 Nr. 4 KCanG), liegt ein bewaffnetes Handeltreiben mit Cannabis nach § 34 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 4 Nr. 4 KCanG vor. Dieser nach Urteilsverkündung durch das Cannabisgesetz vom 27. März 2024 (BGBl. I Nr. 109) mit Wirkung zum 1. April 2024 geschaffene, tateinheitlich hinzutretende Straftatbestand ist hier gegenüber demjenigen des bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln günstiger und daher gemäß § 2 Abs. 3 StGB, § 354a StPO maßgeblich. Dass das Landgericht keinen minder schweren Fall im Sinne des § 34 Abs. 4 KCanG angenommen hätte und daher der tatsächlich von ihm herangezogene minder schwere Fall des § 30a Abs. 3 BtMG milder wäre, ist nach den

konkreten Umständen und in den Urteilsgründen ausgeführten Strafzumessungsgesichtspunkten, insbesondere der nur geringen Überschreitung der Grenze zur nicht geringen Menge von 7,5 Gramm THC (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 18. April 2024 – 1 StR 106/24, NStZ 2024, 420, 421 Rn. 7 ff., und vom 18. Juni 2024 – 2 StR 216/24 Rn. 10), des langen Zeitablaufs seit der Tat und der verminderten Steuerungsfähigkeit im Sinne des § 21 StGB, auszuschließen. Der Senat ändert daher den Schuldspruch entsprechend § 354 Abs. 1 StPO ab. § 265 Abs. 1 StPO steht der Änderung nicht entgegen, da sich der Angeklagte nicht wirksamer als geschehen hätte verteidigen können.

6 b) Der Strafausspruch bedarf der Aufhebung, ungeachtet der Frage, ob dies bereits aufgrund der Schuldspruchänderung und des nunmehr herabgesetzten Schuldumfangs erforderlich ist.

7 aa) Beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln steht der Qualifikationstatbestand des bewaffneten Handeltreibens nach § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG in Gesetzeskonkurrenz zum Grundtatbestand nach § 29 Abs. 1 BtMG sowie zu den weiteren Qualifikationstatbeständen nach § 29a Abs. 1 und § 30 Abs. 1 BtMG. Bei Gesetzeskonkurrenz entfaltet, ebenso wie bei Tateinheit gemäß § 52 Abs. 2 Satz 2 StGB, das zurücktretende Delikt zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen eine Sperrwirkung hinsichtlich der Mindeststrafe (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschluss vom 18. April 2018 – 2 StR 1/18, BGHR BtMG § 30a Abs. 3 Strafzumessung 3, Rn. 4 mwN). Für die nach dem verdrängenden und dem verdrängten Strafgesetz zu vergleichenden Mindeststrafen gilt, da es um die Ermittlung der gerechten Strafe geht, eine konkrete Betrachtung, so dass auch jeweils vorliegende spezialgesetzliche oder im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs vorgesehene Strafmilderungsgründe zu berücksichtigen sind.

8 bb) Nach diesen Maßstäben hat das Landgericht bei der Strafrahmenbestimmung nicht bedacht, dass für den Strafrahmen des § 29a Abs. 1 BtMG angesichts des von ihm abgelehnten minder schweren Falles nach § 29a Abs. 2 BtMG und des damit nicht verbrauchten vertypten Strafmilderungsgrundes nach § 21 StGB eine Strafrahmenverschiebung nach § 49 Abs. 1 Nr. 3 StGB in Betracht gekommen wäre, mit der Folge, dass die gemilderte Mindestgrenze des § 29a Abs. 1 BtMG von drei Monaten Freiheitsstrafe keine Sperrwirkung für die Mindeststrafe aus § 30a Abs. 3 BtMG ausgelöst hätte (vgl. BGH, Beschlüsse vom 18. April 2018 – 2 StR 1/18, BGHR BtMG § 30a Abs. 3 Strafzumessung 3, Rn. 5, und vom 22. November 2022 – 5 StR 402/22 Rn. 4).

9 cc) Der Senat kann nicht ausschließen, dass die Zumessung der Freiheitsstrafe auf diesem Rechtsfehler beruht. Das Landgericht hat der verminderten Schuldfähigkeit maßgebliche Bedeutung beigemessen und mit dem vertypten Strafmilderungsgrund des § 21 StGB die Annahme eines minder schweren Falles nach § 30a Abs. 3 BtMG gerechtfertigt. Den Urteilsgründen sind – auch in ihrem Gesamtzusammenhang – keine Erwägungen zu entnehmen, die ausschließen, dass die Strafkammer unter Berücksichtigung der aufgezeigten Gesichtspunkte bei der Ermittlung der Strafrahmenuntergrenze keine Strafrahmenverschiebung in Betracht gezogen und innerhalb des dann maßgeblichen Strafrahmens von sechs Monaten bis zehn Jahren zu einer niedrigeren Freiheitsstrafe gelangt wäre.

Daher ist eine neue tatgerichtliche Bewertung erforderlich. Die zugrundeliegenden Feststellungen sind davon nicht betroffen und können bestehen bleiben (§ 353 Abs. 2 StPO).

Menges

Appl

Zeng

Grube

Schmidt

Vorinstanz:

Landgericht Aachen, 15.11.2023 - 69 KLS-901 Js 32/21-13/23