

HRRS-Nummer: HRRS 2024 Nr. 1475

Bearbeiter: Julia Heß/Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2024 Nr. 1475, Rn. X

## BGH 2 StR 327/24 - Beschluss vom 11. September 2024 (LG Köln)

Handeltreiben mit Cannabis.

### § 34 KCanG

#### Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Köln vom 20. Februar 2024, soweit es ihn betrifft,

a) im Schuldspruch dahin abgeändert, dass der Angeklagte des Handeltreibens mit Cannabis in drei Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit Beihilfe zum Handeltreiben mit Cannabis, und des Erwerbs von Betäubungsmitteln schuldig ist,

b) im Ausspruch über die Einzelstrafen in den Fällen 2 bis 4 der Urteilsgründe und im Ausspruch über die Gesamtstrafe 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

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, und wegen Besitzes von Betäubungsmitteln zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt, von der es auf Grund rechtsstaatswidriger Verzögerung zwei Monate für vollstreckt erklärt hat. Ferner hat das Landgericht eine Einziehungsentscheidung getroffen.

Die hiergegen gerichtete und auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten hat in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang Erfolg, im Übrigen ist sie unbegründet.

1. In den Fällen 2 bis 4 der Urteilsgründe, die sich auf Marihuana beziehen, hat der Senat gemäß § 2 Abs. 3 StGB in Verbindung mit § 354a StPO das zum 1. April 2024 in Kraft getretene Konsumcannabisgesetz zu berücksichtigen, das im konkreten Fall das mildere Gesetz ist. In diesen Fällen ist der Angeklagte deshalb nicht des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gemäß § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG, sondern des Handeltreibens mit Cannabis gemäß § 34 Abs. 1 Nr. 4 KCanG schuldig. In Fall 3 der Urteilsgründe tritt tateinheitlich (§ 52 StGB) anstatt einer Beihilfe (§ 27 StGB) zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge eine Beihilfe zum Handeltreiben mit Cannabis hinzu. Während die nicht geringe Menge im Betäubungsmittelrecht ein Qualifikationsmerkmal darstellt, ist sie bei Cannabis nach § 34 Abs. 3 Satz 1, Satz 2 Nr. 4 KCanG nur noch ein Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall und als solches nicht in die Urteilsformel aufzunehmen (vgl. BGH, Beschluss vom 21. Mai 2024 - 5 StR 84/24, Rn. 2).

2. In Fall 8 der Urteilsgründe, der Kokain zum Gegenstand hat, ist zwar die Strafvorschrift des § 29 Abs. 1 BtMG einschlägig. Der Angeklagte ist jedoch nicht wegen Besitzes von Betäubungsmitteln gemäß § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG strafbar. Da der Tatbestand des Besitzes im Verhältnis zu den anderen Begehungsformen der genannten Vorschrift den Charakter eines Auffangtatbestands hat, wird er in Fällen wie dem vorliegenden, in denen das Tatgericht Feststellungen dazu treffen konnte, dass der Angeklagte die eigene tatsächliche Verfügungsgewalt über das Betäubungsmittel im einverständlichen Zusammenwirken mit dem Vorbesitzer erlangt hat, durch den Tatbestand des Erwerbs nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG verdrängt (vgl. BGH, Beschluss vom 31. Mai 2023 - 3 StR 133/23, Rn. 5 mwN).

3. Der Senat ändert den Schuldspruch entsprechend § 354 Abs. 1 StPO wie aus der Entscheidungsformel ersichtlich. § 265 StPO steht nicht entgegen, da der Angeklagte sich nicht wirksamer als geschehen hätte verteidigen können.

4. Die Änderung des Schuldspruchs in den Fällen 2 bis 4 der Urteilsgründe zieht die Aufhebung der Einzelstrafausprüche in diesen Fällen und damit auch die Aufhebung des Gesamtstrafenauspruchs nach sich. Der Senat kann nicht ausschließen, dass das Landgericht bei Anwendung der milderen Strafraumen des § 34 KCanG zu niedrigeren Einzelstrafen und einer milderen Gesamtstrafe gelangt wäre. Die Feststellungen sind nicht betroffen und können bestehen bleiben (§ 353 Abs. 2 StPO).

5. Auch die Einziehungsentscheidung ist von der Schuldspruchänderung nicht betroffen und hält auch im Übrigen 7 rechtlicher Nachprüfung stand.