

HRRS-Nummer: HRRS 2024 Nr. 1528

Bearbeiter: Julia Heß/Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2024 Nr. 1528, Rn. X

BGH 2 StR 342/24 - Beschluss vom 9. September 2024 (LG Aachen)

Handeltreiben mit Cannabis (zeitliche Geltung: Günstigkeit).

§ 34 KCanG; § 2 StGB

Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Aachen vom 23. Januar 2024 aufgehoben

a) in den Fällen 2, 4, 5 und 8/9 der Anklage,

b) im Gesamtstrafenausspruch und

c) in der Entscheidung über die Einziehung des Wertes von Taterträgen, soweit diese einen Betrag von 4.300 € übersteigt.

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 bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in fünf Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt und eine Einziehungsentscheidung getroffen. Die hiergegen gerichtete und mit der Rüge der Verletzung materiellen Rechts begründete Revision des Angeklagten erzielt den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg, im Übrigen ist sie unbegründet. 1

1. Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Landgerichts veräußerte der Angeklagte in den Fällen 2, 4 und 5 der Anklage jeweils 500 Gramm Marihuana mit einem THC-Gehalt von 10% und in den Fällen 3 und 6 der Anklage jeweils 1 kg Amphetamin mit einem Baseanteil von 10% gewinnbringend an den anderweitig Verfolgten K. Im Fall 8/9 der Anklage, soweit über diesen nach einer Verfolgungsbeschränkung gemäß § 154a Abs. 2 StPO noch zu entscheiden war, beschaffte sich der Angeklagte Marihuana zum gewinnbringenden Verkauf, das er teilweise an K. schickte und teilweise in seiner Wohnung verwahrte, wo er auch einen zur Verletzung von Menschen bestimmten Elektroschocker griffbereit aufbewahrte. 2

2. Während die Verurteilung des Angeklagten in den Fällen 3 und 6 der Anklage keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten aufweist, hat der Schuldspruch in den Fällen 2, 4, 5 und 8/9 der Anklage keinen Bestand. 3

a) Das Landgericht hat den Angeklagten für seinen Umgang mit Marihuana in diesen Fällen - entsprechend der zum Urteilszeitpunkt geltenden Rechtslage - nach dem Betäubungsmittelgesetz verurteilt. Am 1. April 2024 ist jedoch das Konsumcannabisgesetz (KCanG) vom 27. März 2024 in Kraft getreten (BGBl. I 2024 Nr. 109). Danach unterfällt Marihuana nicht mehr dem Betäubungsmittelgesetz, sondern dem Konsumcannabisgesetz. 4

b) Ob deshalb in den Fällen 2, 4, 5 und 8/9 der Anklage das neue Recht als für den Angeklagten günstiger gemäß § 2 Abs. 3 StGB zur Anwendung zu bringen ist, kann der Senat nicht abschließend entscheiden. Dies richtet sich nach einem konkreten Gesamtvergleich im Einzelfall (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteile vom 8. August 2022 - 5 StR 372/21, BGHSt 67, 130 Rn. 12 f. mwN; vom 10. August 2023 - 3 StR 412/22, NZWiSt 2024, 187 Rn. 70; Schönke/Schröder/Hecker, StGB, 30. Aufl., § 2 Rn. 28 ff. mwN; Patzak/Möllinger, NSTz 2024, 321, 327), der in der Revisionsinstanz kein abschließendes Ergebnis liefert. 5

aa) Die Strafkammer hat in den Fällen 2, 4 und 5 der Anklage jeweils einen minder schweren Fall gemäß § 29a Abs. 2 BtMG angenommen. Ob hinsichtlich dieser Taten das neue Recht nach dem Konsumcannabisgesetz für den Angeklagten bei dem nach § 2 Abs. 3 StGB gebotenen konkreten Gesamtvergleich im Einzelfall günstiger und damit zur Anwendung zu bringen ist oder es ungeachtet der Rechtsänderung bei dem Schuldspruch nach dem Betäubungsmittelgesetz bleibt, 6

hängt deshalb davon ab, ob die Taten nach neuem Recht als besonders schwere Fälle (§ 34 Abs. 3 KCanG) zu werten sind - dann wäre das neue Recht nicht milder und gemäß § 2 Abs. 1 StGB das Tatzeitrecht weiter maßgeblich - oder der Strafraumen des § 34 Abs. 1 KCanG Anwendung findet. Im letztgenannten Fall wäre das neue Recht für den Angeklagten günstiger. Bei dieser Entscheidung handelt es sich um einen Strafzumessungsakt, der allein dem Tatgericht obliegt (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Mai 2024 - 3 StR 154/24, Rn. 5). Der Senat kann nicht mit der gebotenen Sicherheit entscheiden, ob die Strafkammer bei Anwendung des Konsumcannabisgesetzes trotz der jeweils nicht geringen Menge des tatgegenständlichen Marihuanas einen besonders schweren Fall gemäß § 34 Abs. 3 KCanG verneint und die Strafe dem Strafraumen des § 34 Abs. 1 KCanG entnommen hätte.

bb) Im Fall 8/9 der Anklage hängt das Ergebnis des gemäß § 2 Abs. 3 StGB gebotenen konkreten Gesamtvergleichs davon ab, ob Sonderstrafrahmen Anwendung finden. Die Strafkammer hat insoweit einen minder schweren Fall im Sinne von § 30a Abs. 3 BtMG angenommen. Der sich daraus ergebende Strafraumen (sechs Monate bis zu zehn Jahre Freiheitsstrafe) - eine Sperrwirkung nach § 29a Abs. 1 BtMG hat die Strafkammer verneint - ist zwar günstiger als der Regelstrafrahmen des § 34 Abs. 4 KCanG (zwei Jahre Mindeststrafe), indes weniger günstig als der Strafraumen eines minder schweren Falles des § 34 Abs. 4 KCanG (drei Monate bis zu fünf Jahre Freiheitsstrafe). Ob das Tatgericht einen minder schweren Fall des § 34 Abs. 4 KCanG angenommen oder verneint hätte, kann der Senat nicht entscheiden. 7

3. Die Aufhebung des Schuldspruchs in den Fällen 2, 4, 5 und 8/9 der Anklage führt zum Wegfall der in diesen Fällen verhängten Einzelstrafen und entzieht der Gesamtstrafe die Grundlage. Sie zieht weiter die Aufhebung der auf diese Fälle bezogenen Einziehung des Wertes von Taterträgen nach sich. Die Einziehung des sichergestellten Mobiltelefons, auf dessen Herausgabe der Angeklagte ausweislich der Urteilsgründe verzichtet hatte, ist hiervon nicht betroffen. 8

4. Einer Aufhebung der rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen bedarf es nicht (§ 353 Abs. 2 StPO). Soweit die Strafkammer zu Gunsten des Angeklagten gewertet hat, dass es sich bei Cannabis um eine weiche Droge handele, und damit einen unter der Geltung des Konsumcannabisgesetzes nicht mehr statthaften Strafzumessungsgrund herangezogen hat, handelt es sich um eine bloße Wertung und keine Tatsachenfeststellung, die im Falle der Anwendung des Betäubungsmittelgesetzes in den Fällen 2, 4, 5 und 8/9 der Anklage zutreffend bleibt. Das zur neuen Verhandlung und Entscheidung berufene Tatgericht kann ergänzende Feststellungen treffen, soweit diese den bisherigen nicht widersprechen. 9