

HRRS-Nummer: HRRS 2024 Nr. 1001

Bearbeiter: Fabian Afshar/Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2024 Nr. 1001, Rn. X

BGH 3 StR 154/24 - Beschluss vom 28. Mai 2024 (LG Trier)

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (minder schwerer Fall); bewaffnetes Handeltreiben mit Cannabis (nicht geringe Menge; minder schwerer Fall); zeitliche Geltung von Strafgesetzen (lex mitior; milderes Gesetz).

§ 30a BtMG; § 34 Abs. 4 Nr. 4 KCanG; § 2 Abs. 3 StGB

Leitsätze des Bearbeiters

1. Der Strafrahmen nach § 34 Abs. 4 KCanG (bewaffnetes Handeltreiben mit Cannabis) ist nicht ohne weiteres günstiger als der des § 30a Abs. 3 BtMG (minder schwerer Fall des bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln). Zwar lässt § 34 Abs. 4 KCanG beim bewaffneten Handeltreiben mit Cannabis im Vergleich zu § 30a BtMG nur geringere Strafen zu, soweit die Regelungen für den Qualifikationstatbestand und die minder schweren Fälle direkt verglichen werden. Allerdings ist es eine vom Tatgericht zu entscheidende Wertungsfrage, ob ein minder schwerer Fall des bewaffneten Handeltreibens mit Cannabis vorliegt.

2. Dabei kann ein vom Tatgericht herangezogener, im Rahmen des § 30a BtMG berücksichtigungsfähiger Milderungsgrund, wonach es sich bei Cannabis um eine „weiche Droge“ handelt, für die Strafzumessung nach § 34 KCanG keine Bedeutung erfahren; denn die Strafnorm betrifft ausschließlich Cannabis. Die im Vergleich zu bestimmten anderen Suchtstoffen geringere Gefährlichkeit hat bereits bei der gesetzlichen Festlegung der Strafrahmen Berücksichtigung gefunden.

Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Trier vom 5. Februar 2024 im Fall 1 (unter II. 1. der Urteilsgründe) und im Gesamtstrafenausspruch aufgehoben; jedoch werden die jeweils zugehörigen Feststellungen aufrechterhalten.

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 Tateinheit mit Besitz 1
von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge sowie wegen Beleidigung in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe
von zwei Jahren und vier Monaten verurteilt. Der Angeklagte beanstandet mit seiner Revision die Verletzung formellen
und materiellen Rechts. Das Rechtsmittel hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist es
unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).

Der Schuldspruch im Fall 1 (unter II. 1. der Urteilsgründe) und daraus folgend der Gesamtstrafenausspruch sind auf die 2
Sachrüge aufzuheben. Ansonsten hat die Nachprüfung des Urteils auf Grund der Revisionsrechtfertigung, wie in der
Antragsschrift des Generalbundesanwalts näher ausgeführt, keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben.

1. Nach den vom Landgericht zu Fall 1 getroffenen Feststellungen handelte der Angeklagte mit Betäubungsmitteln. Er 3
verfügte am 10. Mai 2023 in seiner Wohnung über 353,1 Gramm Marihuana mit mindestens 50 Gramm
Tetrahydrocannabinol (THC) und 66 Gramm Haschisch mit mindestens 16 Gramm THC aus rund drei Wochen zuvor
erworbenen Gesamtmengen von 500 Gramm Marihuana sowie 100 Gramm Haschisch. Ein Großteil der verbliebenen
Mengen befand sich ebenso wie eine eingeschränkt funktionsfähige Gaspistole und ein Pfefferspray in seinem
Schlafzimmer. In anderen Räumen lagerten ein Elektroschocker und zwei weitere Pfeffersprays. Alle Gegenstände
dienten zumindest auch dem Schutz vor unberechtigtem Zugriff auf die Drogen. Der Angeklagte beabsichtigte, etwa 60
Prozent des Marihuanas und 50 Prozent des Haschischs selbst zu konsumieren sowie den Rest zu verkaufen.

2. Der Schuldspruch zu Fall 1 hat keinen Bestand, da nach Urteilsverkündung das Cannabisgesetz vom 27. März 2024 4
(BGBl. I Nr. 109) mit Wirkung vom 1. April 2024 in Kraft getreten ist und durch das Revisionsgericht in der gegebenen
Konstellation nicht entschieden werden kann, ob die bei der Tat oder die nunmehr geltende Rechtslage milder im Sinne

des § 2 Abs. 3 StGB und daher anzuwenden ist (§ 354a StPO).

a) Das mildere von zwei Gesetzen ist dasjenige, welches anhand des konkreten Falls nach einem Gesamtvergleich des früher und des derzeit geltenden Strafrechts das dem Angeklagten günstigere Ergebnis zulässt (BGH, Urteil vom 8. August 2022 - 5 StR 372/21, BGHSt 67, 130 Rn. 12 mwN). Hängt die Beurteilung des im Einzelfall milderen Rechts davon ab, ob die Möglichkeit einer Strafraumenverschiebung genutzt, etwa ein gesetzlich geregelter besonders oder minder schwerer Fall angenommen wird, obliegt die Bewertung grundsätzlich dem Tatgericht, sofern eine abweichende Würdigung nicht sicher auszuschließen ist (vgl. BGH, Urteile vom 24. Juli 2014 - 3 StR 314/13, wistra 2014, 446 Rn. 31; vom 28. Februar 2018 - 2 StR 45/17, juris Rn. 14 mwN).

b) Daran gemessen lässt sich im Revisionsverfahren nicht abschließend bestimmen, welche Rechtslage die mildere ist.

aa) Das Landgericht hat die Tat des Angeklagten als bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gemäß § 30a Abs. 2 Nr. 2, § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG bewertet, insoweit jeweils minder schwere Fälle (§ 30a Abs. 3, § 29a Abs. 2 BtMG) angenommen und den Strafraumen des § 30a Abs. 3 BtMG zugrunde gelegt, der Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren vorsieht. Da sich die Tathandlungen jeweils auf Cannabis im Sinne des inzwischen geltenden § 1 Nr. 8 KCanG bezogen, käme nunmehr - neben dem tateinheitlichen Erwerb (§ 34 Abs. 1 Nr. 12 Buchst. a KCanG) - eine Strafbarkeit wegen bewaffneten Handeltreibens mit Cannabis in Betracht, das mit Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren, in minder schweren Fällen von drei Monaten bis zu fünf Jahren, zu ahnden ist (§ 34 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 4 Nr. 4 KCanG).

Eine nicht geringe Menge, die Tatbestandsvoraussetzung des bewaffneten Handeltreibens mit Cannabis ist (§ 34 Abs. 4 Nr. 4), ist im Einklang mit der Rechtsprechung anderer Strafsenate des Bundesgerichtshofs (s. BGH, Beschlüsse vom 18. April 2024 - 1 StR 106/24, juris Rn. 7 ff.; vom 23. April 2024 - 5 StR 153/24, juris Rn. 11 ff.) und der Antragschrift des Generalbundesanwalts ab einer Wirkstoffmenge von 7,5 Gramm THC gegeben. Dieser hat insoweit ausgeführt:

„Vorliegend handelt es sich auch unter Geltung des KCanG und damit trotz des gesetzgeberischen Auftrags, dass ‚im Lichte der legalisierten Mengen ... an der bisherigen Definition der nicht geringen Menge nicht mehr‘ festgehalten werden könne und der ‚Grenzwert deutlich höher liegen ... (müsse) als in der Vergangenheit‘ (BT-Drs. 20/8704, S. 132), um eine nicht geringe Menge. Im Einzelnen gilt Folgendes:

Der Grenzwert der nicht geringen Menge eines Betäubungsmittels ist durch die Rechtsprechung bislang stets in Abhängigkeit von dessen konkreter Wirkungsweise und Wirkungsintensität festgelegt worden. Maßgeblich war hierbei zunächst die äußerst gefährliche beziehungsweise tödliche Dosis des Wirkstoffs. Fehlten hierzu gesicherte Erkenntnisse, so errechnete sich der Grenzwert als ein Vielfaches der durchschnittlichen Konsumeinheit eines nicht an den Genuss dieser Droge gewöhnten Konsumenten. Das Vielfache wurde nach Maßgabe der Gefährlichkeit des Stoffes, insbesondere seines Abhängigkeiten auslösenden oder sonst die Gesundheit schädigenden Potenzials, bemessen. Ließen sich auch zum Konsumverhalten keine ausreichenden Erkenntnisse gewinnen, so entschied ein Vergleich mit verwandten Wirkstoffen (vgl. BGH, Urteile vom 10. August 2023 - 3 StR 462/22, Rn. 7; vom 5. November 2015 - 4 StR 124/14, Rn. 14; und vom 3. Dezember 2008 - 2 StR 86/08, BGHSt 53, 89, 95 f.; Beschluss vom 11. Dezember 2023 - 1 StR 276/23, Rn. 8).

Gemessen hieran wurde durch Urteil vom 18. Juli 1984 - 3 StR 183/84 (BGHSt 33, 8) ein Grenzwert von 7,5 Gramm Tetrahydrocannabinol (THC) für Cannabisprodukte festgelegt. Für die Erzielung eines Rauschzustands durch Rauchen wurden auf wissenschaftlicher Grundlage 15 Milligramm THC als erforderlich angesehen. Die Anzahl der Konsumeinheiten wurde durch einen direkten Vergleich mit Heroin auf 500 bestimmt.

Da sich die wissenschaftlichen Erkenntnisse zu Cannabis nicht geändert haben, könnte dem Willen des Gesetzgebers nur durch eine normative - und damit von wissenschaftlichen Erkenntnissen losgelöste - Festlegung des Grenzwerts der nicht geringen Menge Geltung verschafft werden. Anhand welcher Kriterien dies erfolgen könnte oder müsste, ist den Gesetzesmaterialien indes nicht zu entnehmen; sie wäre nahezu willkürlich. Zudem hätte ein solches Vorgehen zwangsläufig Auswirkungen auf die Bestimmung des Grenzwerts im Allgemeinen.“

Dem schließt sich der Senat an.

bb) Der konkret anzuwendende Strafraumen nach § 34 Abs. 4 KCanG ist nicht ohne weiteres günstiger als der vom Landgericht herangezogene des § 30a Abs. 3 BtMG. Zwar lässt § 34 Abs. 4 KCanG beim bewaffneten Handeltreiben mit Cannabis im Vergleich zu § 30a BtMG nur geringere Strafen zu, soweit die Regelungen für den Qualifikationstatbestand und die minder schweren Fälle direkt verglichen werden. Allerdings ist es eine vom Tatgericht zu entscheidende Wertungsfrage, ob ein minder schwerer Fall des bewaffneten Handeltreibens mit Cannabis vorliegt. Allein daraus, dass das Landgericht einen minder schweren Fall des bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln und des Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge angenommen hat, ergibt sich dies hier nicht. Insbesondere hat der vom Landgericht ausdrücklich herangezogene, im Rahmen des § 30a BtMG berücksichtigungsfähige Milderungsgrund, es handele sich bei Cannabis um eine „weiche Droge“, für die Strafzumessung nach § 34 KCanG keine Bedeutung; denn

die Strafnorm betrifft ausschließlich Cannabis. Die im Vergleich zu bestimmten anderen Suchtstoffen geringere Gefährlichkeit (vgl. st. Rspr., etwa BGH, Urteil vom 15. Dezember 2022 - 3 StR 295/22, juris Rn. 30 mwN) hat bereits bei der gesetzlichen Festlegung der Strafraumen Berücksichtigung gefunden (s. BT-Drucks. 20/8704 S. 130).

c) Der Fall 1 bedarf danach wegen der Gesetzesänderung einer neuen Bewertung des Tatgerichts dahin, ob es aufgrund der gebotenen Gesamtwürdigung einen minder schweren Fall des bewaffneten Handeltreibens mit Cannabis für gegeben hält und damit das Konsumcannabisgesetz Anwendung findet oder ob dies nicht der Fall ist und bei erneuter Annahme eines minder schweren Falls des bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt weiterhin das Betäubungsmittelgesetz maßgeblich bleibt. Insoweit werden nicht allein die noch sichergestellten, sondern die einheitlich erworbenen Cannabismengen in den Blick zu nehmen sein (vgl. etwa BGH, Urteil vom 15. Dezember 2022 - 3 StR 295/22, juris Rn. 14). 15

3. Mit der Aufhebung der Verurteilung in Fall 1 entfällt die entsprechende Einzelstrafe, so dass auch die Gesamtstrafe aufzuheben ist. Die zugrundeliegenden Feststellungen sind nicht betroffen und können aufrechterhalten werden (§ 353 Abs. 2 StPO). 16