

HRRS-Nummer: HRRS 2024 Nr. 1349

Bearbeiter: Fabian Afshar/Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2024 Nr. 1349, Rn. X

### BGH 3 StR 171/24 - Beschluss vom 11. September 2024 (LG Osnabrück)

**Betäubungsmittelstrafrecht; Handeltreiben mit Cannabis; bewaffnetes Handeltreiben mit Cannabis (strafscharfende Berücksichtigung einer Schusswaffe); zeitliche Geltung von Strafgesetzen (lex mitior; milderes Gesetz).**

§ 29 BtMG; § 34 KCanG; § 2 Abs. 3 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

#### Leitsätze des Bearbeiters

**§ 46 Abs. 3 StGB verbietet es in Fällen des bewaffneten Handeltreibens mit Cannabis nicht, die Erfüllung einer vergleichsweise intensiveren Tatvariante durch Mitsichführen einer Schusswaffe straferschwerend zu berücksichtigen.**

#### Entscheidungstenor

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

a) im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte des bewaffneten Handeltreibens mit Cannabis in Tateinheit mit Handeltreiben mit Cannabis in drei Fällen, mit Beihilfe zum bewaffneten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln und Cannabis und mit Beihilfe zum Handeltreiben mit Cannabis in drei Fällen schuldig ist;

b) im Strafausspruch aufgehoben, jedoch werden die 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 „unerlaubtem“ Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen, mit Beihilfe zum bewaffneten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln und mit Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren und zehn Monaten verurteilt und Einziehungsentscheidungen getroffen. Hiergegen wendet er sich mit seiner auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützten Revision. Das Rechtsmittel hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

#### **I.**

Nach den vom Landgericht getroffenen Feststellungen erhielten der Angeklagte und ein Mitangeklagter von einem Lieferanten zu vier verschiedenen Gelegenheiten Marihuana im jeweils höheren Kilogrammereich und verkauften es anschließend gewinnbringend. Jeder der beiden hatte seinen eigenen Kundenstamm, arbeitete auf eigene Rechnung und vermischte „sein“ neues Marihuana jeweils mit dem bei ihm noch vorhandenen Restbestand. Beim vierten Geschäft bezog der Mitangeklagte - neben dem Marihuana - Betäubungsmittel von dem Lieferanten, darunter 900 Gramm Amphetamin, 314 Gramm Ecstasy und 124 Gramm MDMA, die ebenfalls zum gewinnbringenden Verkauf bestimmt waren. Der Angeklagte transportierte jeweils die gesamte angelieferte Drogenmenge zur von beiden genutzten Bunkerwohnung. In dieser lagen im Zeitraum von Portionierung und Abverkauf der vierten Lieferung griffbereit ein geladener Revolver und ein Butterflymesser. Außerdem fuhr der Angeklagte den Mitangeklagten regelmäßig zu dessen Abnehmern. Bei der letzten gemeinsamen Auslieferungsfahrt führte er ein Pfefferspray mit sich.

#### **II.**

Die auf die Sachrüge veranlasste umfassende materiellrechtliche Prüfung des Urteils führt zur Änderung des Schuld und Aufhebung des Strafausspruchs.

1. Der Schuldspruch hat keinen Bestand, weil das Landgericht den Angeklagten für seinen Umgang mit Marihuana - entsprechend der zum Urteilszeitpunkt geltenden Rechtslage - nach dem Betäubungsmittelgesetz verurteilt hat. Am 1.

April 2024 ist jedoch das Gesetz zum Umgang mit Konsumcannabis (Konsumcannabisgesetz - KCanG) vom 27. März 2024 in Kraft getreten (BGBl. I Nr. 109). Diese Rechtsänderung ist nunmehr gemäß § 2 Abs. 3 StGB in Verbindung mit § 354a StPO zu berücksichtigen. Nach der Neuregelung unterfällt Cannabis nicht mehr dem Betäubungsmittelgesetz, sondern bestimmt sich die Strafbarkeit der hier zu beurteilenden Tat nach dem Konsumcannabisgesetz (vgl. BGH, Beschlüsse vom 6. Mai 2024 - 5 StR 1/24, juris Rn. 4; vom 18. April 2024 - 6 StR 24/24, juris Rn. 5; Patzak/Möllinger, NSTZ 2024, 321).

Die vom Landgericht rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen belegen, was die ersten drei Lieferungen betrifft, unter der Geltung des Konsumcannabisgesetzes jeweils ein Handeltreiben mit Cannabis gemäß § 34 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 KCanG und eine Beihilfe zum Handeltreiben mit Cannabis des Mitangeklagten gemäß § 34 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 KCanG, §§ 27, 52 StGB. Die Voraussetzungen des Regelbeispiels des § 34 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 KCanG sind jeweils erfüllt, weil sich sämtliche Handlungen auf nicht geringe Mengen bezogen (zum Grenzwert von 7,5 Gramm THC s. etwa BGH, Beschluss vom 14. Mai 2024 - 3 StR 115/24, juris Rn. 9 mwN). Das Regelbeispiel ist im Schuldspruch nicht zum Ausdruck zu bringen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 21. Mai 2024 - 5 StR 481/23, juris Rn. 7; vom 6. Mai 2024 - 5 StR 1/24, juris Rn. 5; KK-StPO/Tiemann, 9. Aufl., § 260 Rn. 31 mwN).

Das Geschehen um die vierte Lieferung stellt sich als bewaffnetes Handeltreiben mit Cannabis nach § 34 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 4 Nr. 4 KCanG in Tateinheit mit Beihilfe zum bewaffneten Handeltreiben des Mitangeklagten mit Betäubungsmitteln nach § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG, § 27 StGB und Cannabis nach § 34 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 4 Nr. 4 KCanG, § 27 StGB dar.

Alle Taten stehen, wie vom Landgericht zutreffend angenommen, in Tateinheit zueinander, § 52 StGB.

Die neue Rechtslage unter dem Konsumcannabisgesetz ist bei dem nach § 2 Abs. 3 StGB gebotenen konkreten Gesamtvergleich im Einzelfall (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteile vom 10. August 2023 - 3 StR 412/22, NZWiSt 2024, 187 Rn. 70; vom 8. August 2022 - 5 StR 372/21, BGHSt 67, 130 Rn. 12 f. mwN; Patzak/Möllinger, NSTZ 2024, 321, 327) für den Angeklagten günstiger als diejenige nach dem Tatzeitrecht; sie ist daher gemäß § 2 Abs. 3 StGB in Verbindung mit § 354a StPO maßgeblich. Denn die Strafkammer hat § 30a Abs. 1 BtMG zur Anwendung gebracht und ihrer Strafzumessung den dort normierten Rahmen von fünf bis zu 15 Jahren Freiheitsstrafe zugrunde gelegt. § 34 Abs. 4 KCanG sieht demgegenüber Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren vor.

Der Senat ändert den Schuldspruch in entsprechender Anwendung von § 354 Abs. 1 StPO wie aus der Beschlussformel ersichtlich. § 265 StPO steht dem nicht entgegen, weil sich der Angeklagte nicht wirksamer als geschehen hätte verteidigen können.

2. Der Strafausspruch unterliegt angesichts der nunmehr gebotenen Anwendung des milderen Strafrahmens der Aufhebung.

a) Nicht beizupflichten ist dagegen den Ausführungen in der Zuschrift des Generalbundesanwalts, es verstoße gegen das Doppelverwertungsverbot, die besondere Gefährlichkeit des - hier mit gleich sechs Patronen geladenen - Revolvers strafschärfend heranzuziehen.

Zwar hat der Bundesgerichtshof früher für § 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB aF wiederholt entschieden, dass es mit § 46 Abs. 3 StGB nicht in Einklang zu bringen sei, die Verwendung einer Schusswaffe als Schärfungsgrund zu berücksichtigen (BGH, Beschlüsse vom 8. März 1989 - 3 StR 1/89, BGHR StGB § 46 Abs. 3 Raub 2; vom 10. November 1995 - 2 StR 551/95, juris mwN). Die Norm sah vor der Änderung durch das 6. Strafrechtsreformgesetz allerdings auch nur eine solche als Tatmittel vor.

Den Tatbestand der § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG, § 34 Abs. 4 Nr. 4 KCanG erfüllt dagegen neben der Schusswaffe auch jeder andere Gegenstand, der seiner Art nach zur Verletzung von Personen geeignet und bestimmt ist. Eine gesteigerte Gefährlichkeit muss dieser nicht aufweisen (st. Rspr.; s. etwa BGH, Beschluss vom 14. Juni 1996 - 3 StR 233/96, BGHR BtMG § 30a Gegenstand 2). Das Beisichführen etwa eines einfachen Schlagwerkzeugs oder Pfeffersprays unterfällt dem bewaffneten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln und Cannabis daher ebenso wie zum Beispiel die Verwendung eines aufmunitionierten Maschinengewehrs. Damit umfassen die Vorschriften Tatmodalitäten, die sich in ihrer Gefährlichkeit erheblich unterscheiden. In einem solchen Fall verbietet es § 46 Abs. 3 StGB nicht, die Erfüllung der vergleichsweise intensiveren Tatvariante durch Mitsichführen einer - hier sogar bereits mit sechs Patronen geladenen und damit unmittelbar einsatzbereiten - Schusswaffe, durch deren Begehung das geschützte Rechtsgut besonders stark gefährdet wird, straferschwerend zu berücksichtigen (vgl. zum Raub etwa BGH, Urteil vom 11. April 2002 - 4 StR 538/01, BGHR StGB § 46 Abs. 3 Raub 6; zu § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG etwa BGH, Beschlüsse vom 18. April 2007 - 3 StR 127/07, BGHR BtMG § 30a Abs. 2 Mitsichführen 8; vom 18. März 2020 - 1 StR 560/19, juris Rn. 5; vom 18. Juni 2024 - 2 StR 123/24, juris Rn. 3; Weber, BtMG, 6. Aufl., § 30a Rn. 279; Patzak/Fabricius, BtMG, 11. Aufl., § 30a Rn. 122 ff.; vgl. aber auch BGH, Urteil vom 14. November 2001 - 3 StR 352/01; Beschluss vom 1. Juni 2005 - 2 StR 144/05, juris Rn. 6).

b) Die Feststellungen sind rechtsfehlerfrei getroffen und können bestehen bleiben (§ 353 Abs. 2 StPO). Soweit die Strafkammer zu Gunsten des Angeklagten gewertet hat, dass es sich bei Marihuana um eine weiche Droge handelt, und

damit einen unter der Geltung des Konsumcannabisgesetzes nicht mehr statthaften Strafzumessungsgrund herangezogen hat (vgl. BGH, Beschlüsse vom 28. Mai 2024 - 3 StR 154/24, NStZ 2024, 547 Rn. 10; vom 16. Mai 2024 - 6 StR 116/24, NStZ-RR 2024, 215, 216; vom 29. April 2024 - 6 StR 132/24, juris Rn. 5), liegt darin keine Tatsachenfeststellung. Das zur neuen Verhandlung und Entscheidung berufene Tatgericht kann ergänzende Feststellungen treffen, wenn sie den bisherigen nicht widersprechen.