

HRRS-Nummer: HRRS 2024 Nr. 1621

Bearbeiter: Sina Aaron Moslehi/Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2024 Nr. 1621, Rn. X

BGH 6 StR 366/24 - Beschluss vom 17. September 2024 (LG Weiden i.d. OPf.)

Entscheidung bei Gesetzesänderung, Schuldspruchänderung; Meistbegünstigungsprinzip (milderes Gesetz); Konsumcannabisgesetz; bandenmäßiges Handeltreiben mit Cannabis; Einziehung von Tatmitteln (Ermessen).

§ 2 Abs. 3 StGB; § 354a StPO; § 354 StPO; § 34 Abs. 1 Nr. 4 KCanG; § 34 Abs. 4 Nr. 3 KCanG; § 74 Abs. 1 StGB

Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Weiden i.d. OPf. vom 9. Februar 2024

a) im Schuldspruch dahin geändert, dass er des bandenmäßigen Handeltreibens mit Cannabis schuldig ist,

b) aufgehoben, wobei die jeweils zugehörigen Feststellungen Bestand haben,

aa) im Strafausspruch,

bb) im Ausspruch über die Einziehung des Pkw-Anhängers Humbaur mit dem amtlichen Kennzeichen .

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 bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer 1 Menge zu einer Freiheitsstrafe von acht Jahren verurteilt. Die auf die Rügen der Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten erzielt mit der Sachrüge den aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Erfolg (§ 349 Abs. 4 StPO) und ist im Übrigen unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

1. Nach den Feststellungen schlossen sich der Angeklagte sowie die gesondert verfolgten A. und T. zusammen, um 2 wiederholt größere Mengen Marihuana anzubauen, diese gewinnbringend zu verkaufen und die Erlöse zu teilen. Im Rahmen dieser Abrede erwarb der gesondert verfolgte A. ein Grundstück mit einem leerstehenden Gebäude in G. Alle drei nahmen die erforderlichen Reparatur- und Umbauarbeiten arbeitsteilig vor; der Angeklagte beteiligte sich finanziell und erwarb technisches Material. Zu einem nicht näher feststellbaren Zeitpunkt vor dem 24. März 2023 pflanzten sie in der von ihnen errichteten Indoor-Plantage 613 Cannabispflanzen und ernteten Mitte März 2023 17,77 Kilogramm Cannabisblüten mit einem Wirkstoffgehalt von 888 Gramm THC.

2. Während die Verfahrensrügen aus den Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts versagen, ist der 3 Schuldspruch zu ändern, weil am 1. April 2024 das Konsumcannabisgesetz (KCanG; BGBl. I Nr. 109) in Kraft getreten ist, das den Umgang mit Konsumcannabis abschließend regelt (vgl. BT-Drucks. 20/8704, S. 130). Hierbei handelt es sich nach einem Gesamtvergleich (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 24. Juli 2024 - 6 StR 369/24, Rn. 3) um das nach § 2 Abs. 3 StGB i.V.m. § 354a StPO bei der Revisionsentscheidung zu berücksichtigende mildere Recht. Denn das Landgericht hat den Regelstrafrahmen des § 30a Abs. 1 BtMG angewendet, der einen höheren Strafrahmen vorsieht als der nunmehr anwendbare § 34 Abs. 4 Nr. 3 KCanG. Dass sich die Tat auf Cannabis in nicht geringer Menge bezieht, bedarf keiner Kennzeichnung in der Urteilsformel. Denn der Qualifikationstatbestand des Bandenhandels mit Cannabis nach § 34 Abs. 4 Nr. 3 KCanG setzt stets voraus, dass die Tat eine nicht geringe Menge betrifft (vgl. BGH, Beschluss vom 24. April 2024 - 5 StR 4/24, Rn. 11; zur nicht geringen Menge BGH, Beschlüsse vom 18. April 2024 - 1 StR 106/24; vom 23. April 2024 - 5 StR 153/24; vom 30. April 2024 - 6 StR 536/23).

Der Senat ändert den Schuldspruch in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO. Dem steht die Vorschrift des 4 § 265 StPO nicht entgegen, weil der Angeklagte sich insoweit nicht wirksamer als geschehen hätte verteidigen können.

3. Die Schuldspruchänderung führt zur Aufhebung der verhängten Freiheitsstrafe von acht Jahren. Der Senat kann nicht 5 ausschließen, dass die Strafkammer aufgrund des milderen Strafrahmens des § 34 Abs. 4 KCanG auf eine niedrigere Strafe erkannt hätte. Insoweit bedarf die Sache neuer Verhandlung und Entscheidung. Die zugehörigen Feststellungen können bestehen bleiben (§ 353 Abs. 2 StPO) und um ihnen nicht widersprechende ergänzt werden.

4. Die Einziehung des Pkw-Anhängers ist nicht tragfähig begründet und daher aufzuheben. Nach § 74 Abs. 1 StGB 6 können Gegenstände, die zur Begehung oder Vorbereitung einer vorsätzlichen Tat gebraucht oder bestimmt gewesen sind, als Tatmittel eingezogen werden. Die Anordnung einer solchen Einziehung steht im Ermessen des Tatgerichts; den Urteilsgründen muss grundsätzlich zu entnehmen sein, dass sich das Tatgericht bewusst war, eine Ermessensentscheidung zu treffen, und auf welcher Tatsachengrundlage es sein Ermessen ausgeübt hat (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Juni 2022 - 3 StR 128/22, Rn. 4 mwN). Hieran fehlt es. Die Urteilsgründe sind auf den Hinweis beschränkt, dass der zum Transport des Cannabis eingesetzte Anhänger einzuziehen „war“. Dies lässt besorgen, dass die Strafkammer sich ihres Ermessens nicht bewusst war.

Die der Einziehungsentscheidung zugrundeliegenden Feststellungen sind von dem Rechtsfehler nicht betroffen (§ 353 7 Abs. 2 StPO); sie können bestehen bleiben und um ihnen nicht widersprechende ergänzt werden. Sollte das neue Tatgericht wiederum die Einziehung des Pkw-Anhängers nach § 74 Abs. 1 StGB anordnen, wird es in den Blick zu nehmen haben, dass die Einziehung den Charakter einer Nebenstrafe hat. Wird dem Täter auf diese Weise ein ihm zustehender Gegenstand von erheblichem Wert entzogen, stellt dies einen bestimmenden Strafzumessungsgesichtspunkt dar (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 21. Oktober 2020 - 6 StR 60/20, Rn. 14).

5. Der Antrag des Angeklagten auf Aufhebung des Haftbefehls war abzulehnen, weil die hierfür erforderlichen 8 Voraussetzungen nach § 126 Abs. 3 StPO nicht vorliegen.