

HRRS-Nummer: HRRS 2025 Nr. 1165

Bearbeiter: Felix Fischer/Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2025 Nr. 1165, Rn. X

BGH 2 StR 538/24 - Beschluss vom 29. Januar 2025 (LG Aachen)

Konkurrenzen (Betäubungsmittelgeschäfte „auf Kommission“: natürliche Handlungseinheit der Umsatzgeschäfte, Übertragung auf das KCanG); Meistbegünstigungsgrundsatz (Handeltreiben mit Cannabis; Besitz von Betäubungsmitteln; Bestimmung des milderen Gesetzes; keine Erstreckung auf Nichtrevidenten); Korrektur einer Einziehungsentscheidung (Schreibversehen).

§ 29 Abs. 1 BtMG; § 34 KCanG; § 52 StGB; § 354a StPO; § 357 StPO

Leitsätze des Bearbeiters

1. Die Bezahlung einer zuvor „auf Kommission“ erhaltenen Betäubungsmittelmenge aus Anlass der Übernahme einer weiteren Menge im Rahmen einer bestehenden Lieferbeziehung verbindet die beiden Umsatzgeschäfte zu einer einheitlichen Tat im Sinne einer natürlichen Handlungseinheit. Da der Gesetzgeber die Tathandlungen des § 34 Abs. 1 KCanG ausdrücklich an die Begrifflichkeiten des Betäubungsmittelgesetzes angelehnt hat, gilt für die konkurrenzrechtliche Bewertung des Handeltreibens mit Cannabis nach neuem Recht nichts Anderes.

2. Eine Zusammenrechnung der Wirkstoffmenge eines Betäubungsmittels mit der von Cannabis zur Bestimmung der nicht geringen Menge findet unter dem Regelungsregime des Konsumcannabisgesetzes nicht statt.

3. Im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB milder ist das Gesetz, das anhand des konkreten Falls nach einem Gesamtvergleich des früher und des derzeit geltenden Strafrechts das dem Angeklagten günstigere Ergebnis zulässt. 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.

4. Besteht kein Unterschied im Mildegrad, bleibt es bei der Anwendung des Tatzeitrechts.

Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Aachen vom 12. März 2024, soweit es ihn betrifft,

a) dahin geändert, dass

aa) der Angeklagte in den Fällen II.3 und II.5 bis II.13 der Urteilsgründe des Handeltreibens mit Cannabis in neun Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln und in einem weiteren Fall in Tateinheit mit Fahren ohne Fahrerlaubnis und mit Besitz eines Nun-Chakus, schuldig ist,

bb) in den Fällen II.5 bis II.12 der Urteilsgründe die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 150 Euro angeordnet ist; die Anordnung der Einziehung eines darüber hinaus gehenden Betrags von 175 Euro entfällt;

b) aufgehoben

aa) im Fall II.1 der Urteilsgründe,

bb) in den Einzelstrafaussprüchen in den Fällen II.3 und II.5 bis II.13 der Urteilsgründe mit der Maßgabe, dass die im Fall II.10 der Urteilsgründe verhängte Einzelstrafe entfällt,

cc) im Gesamtstrafenausspruch.

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 Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit 1
Handeltreiben mit Betäubungsmitteln, wegen tätlichen Angriffs auf Vollstreckungsbeamte in Tateinheit mit Widerstand
gegen Vollstreckungsbeamte und mit „vorsätzlicher“ Körperverletzung, wegen „vorsätzlichen“ Fahrens ohne
Fahrerlaubnis, wegen Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige und wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln
in neun Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit „vorsätzlichem“ Fahren ohne Fahrerlaubnis und mit Besitz eines Nun-
Chakus, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Es hat die zuständige
Verwaltungsbehörde angewiesen, dem Angeklagten vor Ablauf von drei Jahren keine neue Fahrerlaubnis zu erteilen, und
angeordnet, dass „330 Euro eingezogen“ werden. Die auf die Rüge der Verletzung sachlichen Rechts gestützte Revision
des Angeklagten erzielt den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist sie unbegründet.

I.

Soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung, hat das Landgericht die Verurteilung auf die folgenden 2
rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen und Wertungen gestützt:

1. In der Zeit vom 19. März 2020 bis zum 19. April 2020 verkaufte und übergab der Angeklagte an verschiedene 3
Abnehmer Mengen von jeweils 0,5 Gramm bis 6 Gramm Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von jeweils 10 % THC zu
Preisen von 5 Euro bis 50 Euro, um sich aus den wiederholten Verkäufen eine Einnahmequelle von einiger Dauer und
einigem Umfang zu verschaffen. Er erlöste aus diesen Verkäufen insgesamt einen Betrag von 150 Euro (Fälle II.5 bis
II.12 der Urteilsgründe).

2. Am 1. Mai 2020 verfügte der Angeklagte in seiner Wohnung über 32,38 Gramm Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt 4
von 5,57 Gramm THC, von dem die Hälfte zum gewinnbringenden Verkauf bestimmt war, aus dem sich der Angeklagte
eine Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang verschaffen wollte. Zudem hatte er dort ein Schlag- und
Würgegerät in Form eines Nun-Chakus. Der Angeklagte füllte aus diesem Vorrat sechs Tütchen mit einer Teilmenge von
insgesamt 6,35 Gramm Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von 1,2 Gramm THC ab, um es an unbekannte Abnehmer zu
verkaufen. Er nahm ein Einhandmesser mit und befuhr mit den Tütchen auf einem Leichtkraftrad, für das er, wie er
wusste, keine Fahrerlaubnis besaß, eine Strecke von etwa 750 Metern, bevor er in eine Polizeikontrolle geriet (Fall II.13
der Urteilsgründe). Soweit das Marihuana in seiner Wohnung nicht zum gewinnbringenden Verkauf bestimmt war, hat das
Landgericht es nach § 154a Abs. 2 StPO von der Verfolgung ausgenommen.

3. Am 1. November 2021 verkaufte und übergab der Angeklagte einer am 17. Dezember 2004 geborenen Abnehmerin, 5
um deren Minderjährigkeit er wusste, 0,5 Gramm Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von 10 % THC für 5 Euro (Fall II.1
der Urteilsgründe).

4. Am 19. April 2022 verfügte der Angeklagte in der Wohnung gemeinsam mit seiner nichttreidierenden Verlobten über 6
54,663 Gramm Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von 8,36 Gramm THC und 7,173 Gramm MDMA-Tabletten mit einem
Wirkstoffgehalt von 1,435 Gramm Base. Die Hälfte des Marihuanas war zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmt,
die andere Hälfte sowie das MDMA zum eigenen Konsum. Der Angeklagte hatte zudem in der Wohnung griffbereit unter
anderem vier Reizstoffsprühdosen und einen Teleskopschlagstock (Fall II.3 der Urteilsgründe).

II.

Die revisionsrechtliche Überprüfung des Urteils ergibt in den Fällen II.2 der Urteilsgründe (Fahren ohne Fahrerlaubnis am 7
24. August 2022) und II.4 der Urteilsgründe (tätlicher Angriff auf Vollstreckungsbeamte in Tateinheit mit Widerstand
gegen Vollstreckungsbeamte und Körperverletzung am 19. April 2022) keinen den Angeklagten benachteiligenden
Rechtsfehler.

III.

In den Fällen II.3 und II.5 bis II.13 waren die Schuldsprüche im Hinblick auf das am 1. April 2024 in Kraft getretene 8
Konsumcannabisgesetz (KCanG) anzupassen. Die neue Rechtslage erweist sich in diesen Fällen bei dem nach § 2 Abs.
3 StGB in Verbindung mit § 354a StPO gebotenen konkreten Gesamtvergleich als für den Angeklagten günstiger als das
Tatzeitrecht. Dies hat die Aufhebung der Einzelstrafausprüche zur Folge. Zudem hält die konkurrenzrechtliche
Bewertung der Fälle II.9 und II.10 der Urteilsgründe revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand. Dies zieht das Entfallen
der im Fall II.10 der Urteilsgründe verhängten Einzelstrafe nach sich.

1. Der Schuldspruch lautet in den Fällen II.5 bis II.13 der Urteilsgründe auf acht Fälle des Handeltreibens mit Cannabis, 9
im Fall II.13 in Tateinheit mit Fahren ohne Fahrerlaubnis und mit Besitz eines Nun-Chakus.

a) Das Konsumcannabisgesetz ist das in diesen Fällen mildere Recht. Die Strafkammer hat die Regelwirkung der 10
gewerbsmäßigen Tatbestandsverwirklichung gemäß § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG verneint und der Verurteilung jeweils
den Strafraum aus § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG zu Grunde gelegt, der Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder

Geldstrafe vorsieht. Ihre Strafraumenwahl hat sie in erster Linie mit dem geringen Umfang der Handelsmengen begründet und nur ergänzend auf die Eigenschaft von Marihuana als „weiche“ Droge und auf die zum Urteilszeitpunkt kurz bevorstehende Gesetzesänderung abgestellt. Angesichts dieser Begründung kann der Senat ausschließen, dass der Tatrichter bei Anwendung des Konsumcannabisgesetzes wegen der Gewerbsmäßigkeit einen besonders schweren Fall des Handeltreibens mit Cannabis nach § 34 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 KCanG angenommen hätte. Der Strafraumen des § 34 Abs. 1 Nr. 4 KCanG, der Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vorsieht, erweist sich mithin im konkreten Vergleich als milder.

Die rechtsfehlerfrei beurteilte Verwirklichung der Tatbestände des Fahrens ohne Fahrerlaubnis und des Besitzes des Nun-Chakus und die ebenfalls rechtsfehlerfreie konkurrenzrechtliche Bewertung (vgl. BGH, Beschluss vom 2. Juli 2013 - 4 StR 187/13, NStZ-RR 2013, 320, 321) in Fall II.13 der Urteilsgründe bleiben von der Gesetzesänderung unberührt. Einer Kennzeichnung der Begehungsweise dieser Tatbestände als „vorsätzlich“ im Schuldspruch bedurfte es nicht (vgl. BGH, Beschlüsse vom 13. Juni 2023 - 3 StR 120/23, BGHR StPO § 260 Abs. 4 Satz 1 Urteilsformel 5, Rn. 17 mwN, und vom 27. August 2024 - 4 StR 203/24, Rn. 6); der Senat hat die Entscheidungsformel entsprechend neu gefasst.

d) Bei seiner konkurrenzrechtlichen Bewertung der Fälle II.9 und II.10 der Urteilsgründe hat das Landgericht indes übersehen, dass der Kaufpreis im Fall II.9 der Urteilsgründe erst im Zuge der Übergabe der Ware an die gleiche Abnehmerin an einem späteren Tag im Fall II.10 der Urteilsgründe mitbezahlt wurde. Die Strafkammer hat nicht bedacht, dass die Bezahlung einer zuvor „auf Kommission“ erhaltenen Betäubungsmittelmenge aus Anlass der Übernahme einer weiteren Menge im Rahmen einer bestehenden Lieferbeziehung die beiden Umsatzgeschäfte zu einer einheitlichen Tat im Sinne einer natürlichen Handlungseinheit verbindet (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschlüsse vom 10. Juli 2017 - GSSt 4/17, BGHSt 63, 1, 10; vom 10. Januar 2019 - 3 StR 448/18, NStZ-RR 2019, 250, 251, und vom 17. August 2023 - 2 StR 200/23, NStZ 2024, 417, 418 Rn. 12). Da der Gesetzgeber die Tathandlungen des § 34 Abs. 1 KCanG ausdrücklich an die Begrifflichkeiten des Betäubungsmittelgesetzes angelehnt hat (vgl. BT-Drucks. 20/8704, S. 94), gilt für die konkurrenzrechtliche Bewertung des Handeltreibens mit Cannabis nach neuem Recht nichts Anderes (BGH, Beschluss vom 9. September 2024 - 2 StR 243/24, Rn. 4). Die konkurrenzrechtliche Bewertung der Fälle II.9 und II.10 der Urteilsgründe als tateinheitlich verwirklicht führt zum Entfallen der im Fall II.10 der Urteilsgründe verhängten Einzelfreiheitsstrafe von sechs Monaten.

Im Übrigen hält die konkurrenzrechtliche Bewertung des Landgerichts der revisionsrechtlichen Überprüfung stand; insbesondere bieten die Feststellungen keinen Anhaltspunkt für das - auch nur teilweise - Herrühren der Ware in diesen Fällen aus einem einheitlichen Verkaufsvorrat.

c) Die Abänderung des Schuldspruchs zieht in den Fällen II.5 bis II.9 und II.11 bis II.13 der Urteilsgründe die Aufhebung der Einzelstrafaussprüche nach sich. Auch wenn die Strafkammer bei der Zumessung der Einzelstrafen in diesen Fällen die zu erwartende Gesetzesänderung bereits mitbedacht hat, kann der Senat entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts angesichts der generell milderer gesetzgeberischen Bewertung des Umgangs mit Cannabis nicht mit Sicherheit ausschließen, dass der Tatrichter aus dem niedrigeren Strafraumen geringere Einzelstrafen als Freiheitsstrafen von einem Jahr und drei Monaten (Fall II.13 der Urteilsgründe) und siebenmal sechs Monaten (Fälle II.5 bis II.9 und II.11 bis II.12 der Urteilsgründe) verhängt hätte.

2. Im Fall II.3 der Urteilsgründe war der Schuldspruch auf Besitz von Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Handeltreiben mit Cannabis umzustellen. Das zieht auch in diesem Fall die Aufhebung des Einzelstrafausspruchs nach sich.

a) Die Änderung des Schuldspruchs folgt aus § 2 Abs. 3 StGB in Verbindung mit § 354a StPO.

Wegen der Handelsmenge von gut 27 Gramm Marihuana erweist sich im konkreten Vergleich der Strafraumen des § 34 Abs. 1 Nr. 4 KCanG als milder als derjenige des Betäubungsmittelgesetzes. Der Senat kann auch für diesen Fall sicher ausschließen, dass die Strafkammer angesichts der Gewerbsmäßigkeit der Begehung einen besonders schweren Fall des Handeltreibens mit Cannabis nach § 34 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 KCanG angenommen hätte. Eine Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes des bewaffneten Handeltreibens gemäß § 34 Abs. 4 Nr. 4 KCanG scheidet aus, weil die Handelsmenge an Cannabis die Grenze der nicht geringen Menge von 7,5 Gramm THC (vgl. BGH, Beschlüsse vom 18. April 2024 - 1 StR 106/24, NJW 2024, 1968, 1969 Rn. 7 f.; vom 23. April 2024 - 5 StR 153/24, NStZ-RR 2024, 216; vom 29. April 2024 - 6 StR 124/24, Rn. 7; vom 6. Mai 2024 - 2 StR 480/23, StV 2024, 587, 589 Rn. 27 ff.; vom 28. Mai 2024 - 3 StR 154/24, NStZ 2024, 547, 548 Rn. 8; und vom 4. Juni 2024 - 4 StR 111/24, Rn. 5) nicht erreichte. Wegen Besitzes von Cannabis ist der Angeklagte nicht strafbar, da die von ihm in seiner Wohnung besessene Menge die Strafbarkeitsgrenze von 60 Gramm aus § 34 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b KCanG nicht überstieg.

Hinsichtlich der gut 7 Gramm MDMA-Tabletten, deren Wirkstoffgehalt ebenfalls für sich betrachtet den Grenzwert der nicht geringen Menge von 30 Gramm Base nicht überschritt, hat der Angeklagte sich des tateinheitlichen Besitzes von Betäubungsmitteln nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG schuldig gemacht. Eine Zusammenrechnung der Wirkstoffmenge des Betäubungsmittels mit der des Cannabis zur Bestimmung der nicht geringen Menge findet unter dem Regelungsregime des Konsumcannabisgesetzes nicht statt (BGH, Beschluss vom 18. Juli 2024 - 5 StR 197/24, Rn. 8).

b) Der Strafausspruch unterliegt im Fall II.3 der Urteilsgründe der Aufhebung. Der Senat vermag auch in diesem Fall

entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts angesichts der generell milderen gesetzgeberischen Bewertung des Umgangs mit Cannabis nicht mit Sicherheit auszuschließen, dass der Tatrichter aus dem niedrigeren Strafraumen eine geringere Einzelstrafe als Freiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten verhängt hätte.

c) Eine Erstreckung der Urteilsaufhebung im Fall II.3 der Urteilsgründe auf die Nichtrevidentin kommt nicht in Betracht. Die Aufhebung in diesem Fall beruht nicht auf einer Gesetzesverletzung bei Erlass des Urteils, sondern auf einer nachträglichen Rechtsänderung (vgl. BGH, Beschlüsse vom 9. September 2024 - 2 StR 87/24, Rn. 11; vom 24. Oktober 2024 - 4 StR 120/24, Rn. 5, und vom 12. November 2024 - 3 StR 217/24, Rn. 7, jew. mwN).

IV.

Im Fall II.1 der Urteilsgründe führt das Inkrafttreten des Konsumcannabisgesetzes zur Aufhebung des Urteils. Die Entscheidung darüber, ob das nunmehr geltende Gesetz im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB milder ist, kann der Senat nicht abschließend treffen.

1. Im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB milder ist das Gesetz, das 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, 131 f. Rn. 12 mwN; Beschluss vom 28. Mai 2024 - 3 StR 154/24, NStZ 2024, 547 f. Rn. 5). 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, 449 Rn. 31; und vom 28. Februar 2018 - 2 StR 45/17, Rn. 14 mwN; Beschlüsse vom 28. Mai 2024 - 3 StR 154/24, aaO; vom 10. Juli 2024 - 3 StR 164/24, Rn. 15 mwN, und vom 9. September 2024 - 2 StR 243/24, Rn. 7).

2. Nach diesen Grundsätzen kann der Senat das mildere Gesetz nicht selbst bestimmen. Das Landgericht hat auf der Grundlage des Betäubungsmittelgesetzes einen minder schweren Fall der Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige angenommen und die Strafe dem Strafraumen des § 29a Abs. 2 BtMG entnommen, der Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren vorsieht. Nachdem die Strafkammer die Gewerbsmäßigkeit des Handeltreibens in den zeitlich vorhergehenden Fällen II.5 bis II.13 der Urteilsgründe rechtsfehlerfrei festgestellt hat und der Angeklagte nach den Feststellungen auch im Fall II.3 der Urteilsgründe noch einige Monate nach der Tat im Fall II.1 der Urteilsgründe das Handeltreiben mit Cannabis fortsetzte, kann der Senat nicht ausschließen, dass der Tatrichter im Fall II.1 der Urteilsgründe die Strafe § 34 Abs. 4 Nr. 1 KCanG entnommen hätte, der selbst im minder schweren Fall Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren vorsieht. Besteht aber kein Unterschied im Mildegrad, bleibt es bei der Anwendung des Tatzeitrechts (vgl. BGH, Beschluss vom 28. August 2024 - 5 StR 380/24, Rn. 6).

V.

Die Aufhebung der beiden Einsatzstrafen in den Fällen II.3 und II.13 der Urteilsgründe und weiterer neun Einzelstrafen entzieht der Gesamtstrafe den Boden.

VI.

Der Einziehungsentscheidung fehlt in Höhe eines Teilbetrags von 5 Euro infolge der Aufhebung des Falls II.1 der Urteilsgründe, über den das Landgericht erneut zu entscheiden haben wird, die Grundlage. Im Umfang der Einziehung des in den übrigen Fällen des Handeltreibens mit Cannabis Erlangten - Fälle II.5 bis II.12 der Urteilsgründe - beruht die Anordnung des Landgerichts, soweit sie die Summe der in diesen Fällen erhaltenen Kaufpreise von 150 Euro um 175 Euro übersteigt, auf einem von der Strafkammer bei der Abfassung der schriftlichen Urteilsgründe selbst erkannten Versehen. Der Senat reduziert den Einziehungsbetrag entsprechend und stellt durch die Neufassung der Entscheidungsformel klar, dass es sich um die Einziehung des Wertes von Taterträgen nach § 73 Abs. 1, § 73c StGB handelt.

VII.

Die Feststellungen sind von der Aufhebung nicht betroffen. Sie können deshalb bestehen bleiben (§ 353 Abs. 2 StPO) und, wie stets, durch den neuen Tatrichter durch solche ergänzt werden, die zu den getroffenen nicht in Widerspruch stehen.