

HRRS-Nummer: HRRS 2025 Nr. 281

Bearbeiter: Fabian Afshar/Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2025 Nr. 281, Rn. X

### BGH 3 StR 327/24 - Beschluss vom 9. Januar 2025 (LG Wuppertal)

**Betäubungsmittelstrafrecht; Anbau von Cannabispflanzen; Handeltreiben mit Cannabis; zeitliche Geltung von Strafgesetzen (lex mitior; milderes Gesetz).**

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

#### Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Wuppertal vom 26. Februar 2024, soweit es ihn betrifft,

a) im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte des Anbaus von Cannabispflanzen in Tateinheit mit Beihilfe zum Handeltreiben mit Cannabis schuldig ist;

b) im Strafausspruch aufgehoben; jedoch bleiben 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 Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Der Angeklagte rügt mit seiner Revision die Verletzung sachlichen Rechts. Das Rechtsmittel hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. 1

1. Nach den vom Landgericht getroffenen Feststellungen betrieb der Angeklagte von Mitte Juni 2023 bis zur Durchsuchung am 24. August 2023 eine bereits eingerichtete Cannabisplantage für unbekannt gebliebene Hintermänner. Im Zeitpunkt der Durchsuchung umfasste die Plantage sechs Räume mit insgesamt 801 Pflanzen mit einer Gesamtwirkstoffmenge von 2.295 Gramm THC. Die Rauschmittel waren ausschließlich zum gewinnbringenden Verkauf vorgesehen. 2

2. Während die Feststellungen ohne Rechtsfehler getroffen sind, ist der Schuldspruch infolge einer Gesetzesänderung nach Urteilsverkündung zu ändern. Dies zieht die Aufhebung des Strafausspruchs nach sich. 3

Der Generalbundesanwalt hat in seiner Antragschrift insoweit das Folgende ausgeführt: 4

„II. Jedoch kann der - zum Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Urteils rechtsfehlerfrei ergangene - Schuldspruch keinen Bestand haben. Denn das am 1. April 2024 in Kraft getretene Gesetz zum Umgang mit Konsumcannabis (Konsumcannabisgesetz - KCanG; BGBl. I Nr. 109) führt regelmäßig und auch im vorliegenden Fall dazu, dass nunmehr - auch noch im Revisionsverfahren - dessen Vorschriften anzuwenden sind, soweit sich das Tathandeln auf Cannabis bezieht, § 2 Abs. 3 StGB iVm § 354a StPO (vgl. BGH, Beschlüsse vom 29. Mai 2024 - 3 StR 142/24 Rn. 5; vom 21. Mai 2024 - 5 StR 26/24; vom 15. Mai 2024 - 6 StR 73/24; vom 7. Mai 2024 - 5 StR 115/24; vom 6. Mai 2024 - 5 StR 550/23; vom 25. April 2024 - 5 StR 44/24; vom 24. April 2024 - 5 StR 136/24 und 5 StR 570/23; zu Sonderfällen, in denen sich die neue Rechtslage nicht ohne Weiteres als milder iSd § 2 Abs. 3 StGB darstellt s. BGH, Beschlüsse vom 11. Juni 2024 - 3 StR 159/24 Rn. 10 ff.; vom 28. Mai 2024 - 3 StR 154/24 Rn. 5 und ff.). 5

1. Während das Landgericht bei seiner Entscheidung vor der Rechtsänderung die Strafe beanstandungsfrei aus dem Regelstrafrahmen des § 29a Abs. 1 BtMG geschöpft hat, der Freiheitsstrafe von einem bis zu 15 Jahren androht, ist die Rechtsfolgenbestimmung nunmehr an § 34 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1, Satz 2 Nr. 4 KCanG zu messen, der Freiheitsstrafe von lediglich drei Monaten bis zu fünf Jahren vorsieht und damit milderes Gesetz iSd § 2 Abs. 3 StGB ist. So weisen die Feststellungen (JA S. 4 f.) die Verwirklichung des Anbautatbestandes gemäß § 34 Abs. 1 Nr. 2b) KCanG aus (vgl. Weber in ders./Kornprobst/Maier, BtMG, 6. Aufl. 2021, § 29 Rn. 54 ff.; MüKoStGB/Oğlakcioğlu, 4. Aufl. 2022, § 29 BtMG Rn. 33; zur Anlehnung der Tathandlungen an die Begrifflichkeiten des BtMG s. BGH, Beschluss vom 29. Mai 2024 - 3 6

StR 142/24 Rn. 6). Dabei bezieht sich die Tat auf eine nicht geringe Menge iSv § 34 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 KCanG und kann ausgeschlossen werden, dass tatrichterlich die Indizwirkung des Regelbeispiels als widerlegt erachtet würde (vgl. BGH, Beschlüsse vom 11. Juni 2024 - 3 StR 159/24 Rn. 10; vom 28. Mai 2024 - 3 StR 154/24 Rn. 5). Tateinheitlich hinzu tritt die Beihilfe zum Handeltreiben mit Cannabis in nicht geringer Menge, § 34 Abs. 1 Nr. 4 KCanG, §§ 27, 52 StGB. Der Besitztatbestand (§ 34 Abs. 1 Nr. 1 KCanG) tritt zurück (Patzak aaO, § 34 KCanG Rn. 36).

2. Im Zuge des Günstigkeitsvergleiches ist nicht etwa auf § 30a Abs. 1 bzw. gegebenenfalls Abs. 3 BtMG einerseits und § 34 Abs. 4 Nr. 3 iVm Abs. 1 Nr. 2b), Nr. 4 KCanG andererseits abzustellen. Denn eine bandenmäßige Begehungsweise lässt sich den Urteilsfeststellungen noch nicht entnehmen. 7

a) Der Angeklagte handelte nicht als Mitglied einer Bande. So war seine Tätigkeit für die ‚unbekannt gebliebenen 8 Personen‘ (UA S. 4) von vornherein auf einen bestimmten, begrenzten Zeitraum angelegt (UA S. 4, 29; vgl. dazu BGH, Urteil vom 10. Juni 1997 - 1 StR 165/97, juris Rn. 5; MüKoStGB/Oğlakcioğlu aaO, § 30 Rn. 37 f.; Maier in Weber/Kornprobst/Maier aaO, § 30 Rn. 43; Patzak aaO, § 30 Rn. 38 f.; Toepel, ZStW 2003, 60, 70). Zudem ist nicht festgestellt, dass sie sich auch auf weitere Pflanzungen hätte erstrecken sollen (vgl. dazu BGH, Beschlüsse vom 5. Dezember 2018 - 4 StR 392/18, NStZ 2019, 416; vom 7. Oktober 2010 - 3 StR 363/10; Urteil vom 11. September 1996 - 3 StR 252/96, NStZ 1997, 90 f.). Dies gilt zumal im Hinblick darauf, dass sich alle vorgefundenen Pflanzen - vor dem Hintergrund der mitgeteilten Größenverhältnisse und Wirkstoffgehalte - in einem mehr oder minder einheitlichen Wuchsstadium befunden haben dürften.

b) Auch kann dem Angeklagten keine Beihilfe zum Bandendelikt (vgl. BGH, Beschluss vom 2. Juli 2024 - 5 StR 310/24) 9 angelastet werden. Denn es kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die ‚unbekannt gebliebenen Personen‘ für sich genommen eine Bande im Rechtssinn bildeten, namentlich die erforderliche Mitgliederzahl von drei (unter Ausschluss etwaiger weiterer bandenfremder Tatgenossen) erreichten. Weiterer Aufschluss ist nicht zu erwarten (vgl. UA S. 12 f. zu den insoweit zurückhaltenden Einlassungen der beiden Angeklagten).

3. § 265 StPO steht der Schuldspruchänderung - wie eingangs beantragt - nicht entgegen, da sich der ohnehin 10 geständige Angeklagte nicht wirksamer hätte verteidigen können (vgl. BGH, Beschlüsse vom 21. Mai 2024 - 5 StR 26/24 Rn. 4; vom 28. Mai 2018 - 3 StR 95/18, juris Rn. 8).

III. Aufgrund der erheblich mildernden Strafanforderung des § 34 Abs. 3 KCanG unterliegt der Strafausspruch der Aufhebung. 11 Es ist nicht auszuschließen, dass die Strafkammer bei Anwendung des nunmehr einschlägigen Strafrahmens eine niedrigere Strafe gegen den Angeklagten verhängt hätte. Dies gilt ungeachtet des - angesichts der großen Cannabismenge - nicht unbeträchtlichen Schuldumfangs, der - unter dem KCanG nicht mehr statthaften - strafmildernden Berücksichtigung der im Vergleich zu anderen Drogen minderen Gefährlichkeit (‚weiche Droge‘; UA S. 28) durch das Landgericht sowie des Umstandes, dass es jedenfalls zuvörderst auf die bereits ausgebildete Wirkstoffmenge abgestellt hat (UA S. 27, 29) und nicht auf die erzielbare (die zumindest in Ansehung der Beihilfe zum Handeltreiben maßgeblich sein könnte, vgl. BGH, Urteil vom 20. Dezember 2012 - 3 StR 407/12, NJW 2013, 1318, 1319 f.). Einer Aufhebung der zugehörigen Feststellungen bedarf es nicht (§ 353 Abs. 2 StPO). Soweit die Strafkammer zu Gunsten des Angeklagten gewertet hat, dass es sich bei Marihuana um eine weiche Droge handele, liegt darin keine Tatsachenfeststellung. Das zur neuen Verhandlung und Entscheidung berufene Tatgericht kann ergänzende Feststellungen treffen, soweit diese den bisherigen nicht widersprechen (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Mai 2024 - 3 StR 96/24, juris Rn. 15 f.).“

Dem schließt sich der Senat an.

12