

HRRS-Nummer: HRRS 2024 Nr. 754

Bearbeiter: Christian Becker

Zitiervorschlag: HRRS 2024 Nr. 754, Rn. X

BGH 5 StR 153/24 - Beschluss vom 23. April 2024 (LG Berlin)

Beihilfe zum Handeltreiben mit Cannabis nach Inkrafttreten des Gesetzes zum kontrollierten Umgang mit Cannabis (Bestimmung der nicht geringen Menge).

§ 34 Abs. 1 Nr. 4 KCanG; § 27 StGB

Leitsätze des Bearbeiters

Der Senat sieht keinen Anlass, den bislang unter der Geltung des BtMG für Cannabisprodukte anerkannten Grenzwert von 7,5 Gramm THC für die „nicht geringe Menge“ nach Inkrafttreten des KCanG abweichend zu bestimmen (vgl. bereits BGH HRRS 2024 Nr. 521). Zwar wäre es dem Gesetzgeber möglich gewesen, infolge der Teillegalisierung von Cannabis (trotz erkannter Gefährlichkeit) den Grenzwert zu ändern. Er hat sich jedoch auf die Verwendung eines im BtMG etablierten Rechtsbegriffs beschränkt. Der Rechtsprechung steht mangels jeglicher Anhaltspunkte im Gesetzestext eine freischöpfende Neufestsetzung des Grenzwertes nicht zu.

Entscheidungstenor

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Berlin vom 22. August 2023

im Schuldspruch dahin neu gefasst, dass der Angeklagte der Beihilfe zum Handeltreiben mit Cannabis in Tateinheit mit Besitz von insgesamt mehr als 60 Gramm Cannabis schuldig ist,

im Strafausspruch aufgehoben.

Die weitergehende Revision wird als unbegründet verworfen.

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.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und neun Monaten verurteilt. Die auf den Strafausspruch beschränkte und mit der Sachrüge geführte Revision des Angeklagten hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen Erfolg; im Übrigen ist sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

I.

Nach den Feststellungen des Landgerichts unterstützte der Angeklagte einen unbekanntem Dritten bei dem gewinnbringenden Absatz von Cannabis, indem er dieses für den Unbekannten lagerte und es nach dessen Anweisung an Abnehmer auslieferte. Zu diesem Zweck verwahrte er am 13. Januar 2023 etwa 88 Kilogramm Haschisch sowie rund 4 Kilogramm Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von zusammen rund 28 Kilogramm THC in seiner Wohnung und weitere 150 Kilogramm Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von 25 Kilogramm THC in einem vor der Wohnung geparkten Fahrzeug.

II.

Die auf die Sachrüge gebotene Nachprüfung des Urteils führt zu der durch das Inkrafttreten des Gesetzes zum kontrollierten Umgang mit Cannabis und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 27. März 2024 (BGBl. I 2024, Nr. 109) erforderlich gewordenen Neufassung des Schuldspruchs und zur Aufhebung des Strafausspruchs.

1. Obwohl der Angeklagte durch die mit der Revisionsbegründung auf den Strafausspruch konkretisierte und damit beschränkte Rechtsmittelinlegung (vgl. BGH, Urteil vom 23. Oktober 1991 - 3 StR 321/91, NStZ 1992, 126) den Schuldspruch des angefochtenen Urteils hat rechtskräftig werden lassen, ist die nachträgliche Gesetzesänderung gemäß § 2 Abs. 3 StGB iVm § 354a StPO bei der revisionsrechtlichen Kontrolle zu berücksichtigen, denn die Rechtskraft des Schuldspruchs schränkt die Neubestimmung der Strafe in keiner Hinsicht ein. Wenn daher durch eine nachträgliche Gesetzesänderung der Tatbestand der angewendeten Vorschrift nicht verändert, sondern nur die Strafdrohung gemildert

worden ist, hat das Revisionsgericht dies zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urteil vom 1. Dezember 1964 - 3 StR 35/64, BGHSt 20, 116, 117 ff.; BayObLG, NJW 1971, 392 f.; LR/Franke, StPO, 26. Aufl., § 354a Rn. 10). So verhält es sich hier, weil die vom Landgericht der Strafzumessung zugrunde gelegten Vorschriften des BtMG für Cannabis durch jene des KCanG ersetzt wurden, die für alle hier in Betracht kommenden Tatbestände jeweils mildere Strafrahmen vorsehen.

2. Der Senat hat in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 iVm § 354a StPO den Wortlaut des Schuldspruchs so geändert, dass darin klar zum Ausdruck kommt, auf welche Gesetze sich der Strafausspruch jetzt gründet (vgl. BGH, Urteil vom 1. Dezember 1964 - 3 StR 35/64, BGHSt 20, 116, 121). Das vom Landgericht festgestellte Tatgeschehen wäre nunmehr als Beihilfe zum Handeltreiben mit Cannabis (§ 34 Abs. 1 Nr. 4 KCanG, § 27 StGB) in Tateinheit mit Besitz von insgesamt mehr als 60 Gramm Cannabis (§ 34 Abs. 1 Nr. 1 b) KCanG) anzusehen. Die Regelung des § 265 StPO steht dem nicht entgegen, weil sich der umfassend geständige Angeklagte nicht wirksamer als geschehen hätte verteidigen können.

Ein Zusatz unerlaubter oder verbotener Tatbegehung ist im Urteilstenor entbehrlich. Dass die Straftatbestände des KCanG den verbotenen Umgang mit Cannabis betreffen, versteht sich von selbst. Soweit das Gesetz von dem umfassenden Verbot des Umgangs mit Cannabis in § 2 Abs. 1 KCanG Ausnahmen zulässt (§ 2 Abs. 3 Satz 1 KCanG), liegt ein strafbares Handeln nicht vor (vgl. BGH, Urteil vom 24. Juli 2014 - 3 StR 314/13 Rn. 35; Beschluss vom 15. November 2022 - 3 StR 340/22 Rn. 5 f.; NStZ-RR 2023, 51).

3. Die gesetzliche Neuregelung zwingt zur Aufhebung des Strafausspruchs. 7

a) Der Senat kann trotz des - angesichts der großen Cannabismenge - beachtlichen Schuldumfangs und der im Verhältnis dazu vergleichsweise milden Strafe, bei deren Zumessung das Landgericht die herabgesetzte Gefährlichkeit von Cannabis ausdrücklich in den Blick genommen hat („weiche Droge“), nicht ausschließen, dass es bei Anwendung der Strafrahmen des KCanG eine niedrigere Strafe gegen den Angeklagten verhängt hätte (§ 337 Abs. 1 StPO).

b) Die zum Strafausspruch gehörigen Feststellungen werden von der aufgrund der Gesetzesänderung notwendigen Aufhebung des Strafausspruchs nicht berührt und können bestehen bleiben (§ 353 Abs. 2 StPO); sie können um solche ergänzt werden, die den bisher getroffenen nicht widersprechen.

4. Für die neue Verhandlung weist der Senat darauf hin, dass hier die Anwendung des § 34 Abs. 3 Satz 1 KCanG in Betracht kommen könnte, weil sich die Tat nach den Feststellungen des Landgerichts auf eine nicht geringe Menge Cannabis bezieht und damit die Voraussetzungen des Regelbeispiels nach § 34 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 KCanG erfüllt sind.

Die nicht geringe Menge liegt auch für das KCanG bei einem Wirkstoffgehalt von 7,5 Gramm Tetrahydrocannabinol (THC) in der Cannabismenge vor. Der Senat sieht keinen Anlass, den bislang unter der Geltung des BtMG für Cannabisprodukte anerkannten Grenzwert abweichend zu bestimmen (so bereits BGH, Beschluss vom 18. April 2024 - 1 StR 106/24; HansOLG Hamburg, Beschluss vom 9. April 2024 - 5 Ws 19/24). Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

a) Den Begriff der nicht geringen Menge hat der Gesetzgeber für das KCanG unverändert dem BtMG entnommen. Beide Gesetze enthalten keine gesetzliche Definition dieses Mengenbegriffs. Für das BtMG hat sich durch gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für Auslegung und Anwendung dieses wertausfüllungsbedürftigen Begriffs ergeben (vgl. BVerfG, Beschluss vom 14. Juni 2023 - 2 BvL 3/20 u.a.).

Danach wird die nicht geringe Menge des jeweiligen Wirkstoffs stets in Abhängigkeit von dessen konkreter Wirkungsweise und Wirkungsintensität festgelegt. Maßgeblich ist zunächst die äußerst gefährliche, gar tödliche Dosis des Wirkstoffs. Fehlen hierzu gesicherte Erkenntnisse, so errechnet sich der Grenzwert als ein Vielfaches der durchschnittlichen Konsumeinheit eines nicht an den Genuss dieser Droge gewöhnten Konsumenten. Das Vielfache ist nach Maßgabe der Gefährlichkeit des Stoffes, insbesondere seines Abhängigkeiten auslösenden oder sonst die Gesundheit schädigenden Potentials zu bemessen. Lassen sich auch zum Konsumverhalten keine ausreichenden Erkenntnisse gewinnen, so entscheidet ein Vergleich mit verwandten Wirkstoffen (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urteil vom 10. August 2023 - 3 StR 462/22, NJW 2023, 3248 f. mwN).

Für Cannabisprodukte hat der Bundesgerichtshof den Grenzwert der nicht geringen Menge nach dem BtMG ab einer Wirkstoffmenge von 7,5 Gramm THC angenommen. Maßgebend hierfür waren folgende Erwägungen: Zu einer äußerst gefährlichen, gar tödlichen Dosis des Wirkstoffs durch die bisher bekannten Konsumformen von Cannabisprodukten waren keine Angaben möglich. Deswegen hat sich der Bundesgerichtshof an der durchschnittlichen Konsumeinheit für einen Rauschzustand orientiert und diese gestützt vor allem auf naturwissenschaftliche Erkenntnisse auf 15 Milligramm THC festgelegt. Das Vielfache der so bestimmten Konsumeinheit hat er mit der Maßzahl 500 bestimmt. Hiermit sollte die wesentlich geringere Gefährlichkeit von Cannabisprodukten im Verhältnis zu Heroin abgebildet, aber auch - angesichts der gegenüber § 29 Abs. 1 BtMG deutlichen Verschärfung der Strafrahmen in § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG und insbesondere in § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG - den Unsicherheitsfaktoren bei der Bestimmung des THC-Gehalts einer durchschnittlichen Konsumeinheit Rechnung getragen werden. Auf dieser Grundlage errechnet sich die nicht geringe Menge als 500

Konsumeinheiten zu je 15 Milligramm, was 7,5 Gramm THC entspricht (BGH, Urteil vom 18. Juli 1984 - 3 StR 183/84, BGHSt 33, 8 ff.). Dies hat der Bundesgerichtshof unter ausführlicher Auseinandersetzung neuerer Erkenntnisse zur Gefährlichkeit von Cannabis insoweit bestätigt gesehen und am Grenzwert festgehalten (BGH, Beschluss vom 20. Dezember 1995 - 3 StR 245/95, BGHSt 42, 1 unter Hinweis auf BVerfG, Beschluss vom 9. März 1994 - 2 BvL 43/92, BVerfGE 90, 145). Dieser Grenzwert wird von der Rechtsprechung praktisch ausnahmslos zugrunde gelegt (so schon HansOLG Hamburg aaO); er ist allgemein als praktikabel anerkannt und akzeptiert worden (BGH, Beschluss vom 20. Dezember 1995 - 3 StR 245/95, BGHSt 42, 1, 11).

b) Der Senat sieht keinen Grund, den Grenzwert der nicht geringen Menge für das KCanG davon abweichend zu bestimmen. 15

aa) Der Gesetzgeber hat den seit Jahrzehnten etablierten Begriff der nicht geringen Menge, der durch die skizzierte gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung Konturierung erfahren hat und deshalb insbesondere auch den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Gesetzesbestimmtheit genügt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 14. Juni 2023 - 2 BvL 3/20 u.a. Rn. 107), aus dem bisherigen BtMG unverändert in das KCanG übernommen. Diese Vorgehensweise legt nahe, dass er diesem Rechtsbegriff keine andere Bedeutung unterlegen und nicht zwei inhaltlich verschiedene Begriffe der nicht geringen Menge kreieren wollte. Hierzu passt, dass er für andere Begriffe, die auch im BtMG Verwendung finden, auf Definitionen nach dem BtMG zurückgegriffen hat, so zum Beispiel in § 1 Nr. 10 KCanG, und Straftatbestände denjenigen im BtMG nachgebildet hat, so zum Beispiel § 34 Abs. 4 Nr. 2 und 4 KCanG. 16

bb) Weder der Schutzzweck des KCanG im Allgemeinen noch der Regelungen, die eine nicht geringe Menge zur Voraussetzung haben, rechtfertigen eine abweichende Bestimmung. Ausweislich der Gesetzesbegründung zielt das KCanG darauf ab, zu einem „verbesserten Gesundheitsschutz beizutragen, die cannabisbezogene Aufklärung und Prävention zu stärken, den illegalen Markt für Cannabis einzudämmen sowie den Kinder- und Jugendschutz zu stärken. Zum Schutz von Konsumentinnen und Konsumenten soll die Qualität von Konsumcannabis kontrolliert und die Weitergabe verunreinigter Substanzen verhindert werden“ (BT-Drucks. 20/8704, S. 68). Zur strafscharfenden Berücksichtigung des Handels mit einer nicht geringen Menge Cannabis wird ausgeführt, hierdurch werde insbesondere gefördert, „dass Cannabis in einem nicht geringen Ausmaß illegal in den Verkehr kommt bzw. in ihm bleibt“ (BT-Drucks. 20/8704, S. 132). Gemessen an diesen Schutzzwecken wäre nicht einsichtig, die nicht geringe Menge anders als in Abhängigkeit von der Gefährlichkeit zu bestimmen. Diese hängt maßgeblich vom Wirkstoffgehalt ab (vgl. BGH, Urteil vom 18. Juli 1984 - 3 StR 183/84, BGHSt 33, 8, 10). Wohl auch deswegen hat der Gesetzgeber mit Blick auf die inzwischen hohen Wirkstoffgehalte jedenfalls bei Cannabisblüten und Haschisch (vgl. auch Patzak/Dahlenburg, NSTZ 2022, 146, 149) bestimmt, dass der Wirkstoffgehalt bei Abgabe von Cannabis innerhalb von Anbauvereinigungen an unter Einundzwanzigjährige auf zehn Prozent begrenzt ist (§ 19 Abs. 3 Satz 3 KCanG). 17

cc) Muss es danach bei einer an der Gefährlichkeit orientierten Festsetzung eines Grenzwerts des Wirkstoffs THC bleiben, so fehlt es an belastbaren Belegen für eine geänderte Beurteilung der Anknüpfungstatsachen für diese Mengenbestimmung. Weder zur durchschnittlichen Konsumeinheit noch zur Gefährlichkeit in Abgrenzung zu anderen Stoffen gibt es wissenschaftlich fundierte abweichende Erkenntnisse. Auch die Gesetzesbegründung vermittelt solche nicht; vielmehr werden darin die nach wie vor bestehenden gesundheitlichen Risiken aufgezeigt (BT-Drucks. 20/8704, S. 68). 18

dd) Zwar lässt sich der Gesetzesbegründung entnehmen, dass aufgrund einer „geänderten Risikobewertung“ ein konkreter Wert von der Rechtsprechung zu entwickeln sein werde, man „im Lichte der legalisierten Mengen“ an der bisherigen Definition der nicht geringen Menge nicht mehr festhalten könne und „der Grenzwert deutlich höher liegen“ müsse „als in der Vergangenheit“ (BT-Drucks. 20/8704, S. 132). Dies verhält schon deswegen, weil sich dem Gesetz selbst keine Abstriche von dem durch die Rechtsprechung konturierten Begriff der nicht geringen Menge entnehmen lassen. Dem hierzu legitimierten Gesetzgeber wäre es unbenommen gewesen, einen deutlich höheren Grenzwert, etwa als Vielfaches des nach der Methode der Rechtsprechung gewonnenen Werts, oder zumindest einen Weg zur Bestimmung eines anders als bisher zu ermittelnden Grenzwerts gesetzlich festzuschreiben. All dies hat er nicht getan, sondern sich auf die Verwendung eines im BtMG etablierten Rechtsbegriffs beschränkt. 19

Darüber hinaus steht die „geänderte Risikobewertung“ hermeneutisch für sich; weder im Gesetzestext noch in dessen Begründung findet sich eine solche Bewertung im Sinne einer Abstufung der Gefährlichkeit von Cannabis etwa im Verhältnis zur bisherigen Bewertung durch die Rechtsprechung. Letztere stellt vor allem auf das Verhältnis von Cannabis zu den Stoffen ab, die weiterhin dem BtMG unterliegen. Die Rechtsprechung hat aber seit nunmehr fast 40 Jahren Cannabisprodukten eine vergleichsweise geringe Gefährlichkeit im Verhältnis zu anderen Betäubungsmitteln bescheinigt und dies bei der Bestimmung des Grenzwerts ausdrücklich berücksichtigt (vgl. BGH, Urteile vom 8. November 2016 - 1 StR 492/15 Rn. 29; vom 18. Juli 1984 - 3 StR 183/84, BGHSt 33, 8, 12 f.). Schließlich lässt auch die in der Begründung angesprochene Orientierung an den legalisierten Besitzmengen außer Acht, dass andere Umgangsformen, wie das Handeltreiben mit Cannabis, ohne Einschränkung strafbar sind. 20

ee) Sollte die „geänderte Risikobewertung“ nicht auf die Gefährlichkeit von Cannabis bezogen sein, sondern den Strategiewechsel umschreiben, mit dem durch eine Teillegalisierung trotz erkannter Gefährlichkeit ein „verantwortungsvoller Umgang“ mit Cannabis erleichtert werden soll (BT-Drucks. 20/8704, S. 68), führte dies zu keinem 21

anderen Ergebnis. Anders als dem Gesetzgeber, der infolge dieser Neubewertung die Strafraumen bereits reduziert hat und dem es ohne Weiteres möglich gewesen wäre, ein Vielfaches der bisherigen nicht geringen Menge als Grenzwert festzuschreiben, kommt der Rechtsprechung eine solche wertende Bestimmung nicht zu (vgl. BGH, Beschluss vom 20. Dezember 1995 - 3 StR 245/95, BGHSt 42, 1, 2). Denn es fehlt hierfür sowohl an Anhaltspunkten im Gesetz, die eine solche Handhabung vorgeben könnten, als auch an gefestigten höchstrichterlichen Vorgaben (vgl. BVerfG, Beschluss vom 14. Juni 2023 - 2 BvL 3/20 u.a.). Danach müsste die nicht geringe Menge, losgelöst von üblichen Auslegungsmethoden frei rechtschöpfend bestimmt werden, was sich verbietet.