

## Schiefelage, die II. – Risiken und Nebenwirkungen des geltenden BtMG

Rechtsanwalt Dr. Christoph Schallert und Wiss. Mit. Sebastian Sobota, Mainz\*

### A. Einleitung

Unlängst schilderte *Uwe Maeffert*<sup>1</sup> ebenso gewitzt wie pointiert seine Innensicht eines Verfahrens, in dem ein nicht vorbestrafter Konsument wegen des unerlaubten Besitzes einer geringen Menge Cannabis angeklagt war, und stellte nebenbei den Sinn des geltenden BtMG in Frage. Während das Verfahren gegen seinen Mandanten letztlich mit einer Einstellung glimpflich endete, ereignete sich in Augsburg kürzlich ein Prozess, der einer Gruppe junger Menschen die Zukunft zerstörte. Dort verurteilte das *LG Augsburg* fünf Studenten, die sich gemeinsam Cannabis zum *Eigenkonsum* angepflanzt hatten, wegen »bandenmäßigen Anbaus von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge« (§ 30a Abs. 1 BtMG) zu empfindlichen Freiheitsstrafen (auf Bewährung) und der *I. Strafenat* des *BGH* bestätigte dies. Der Augsburger Fall hat erneut gezeigt, welche fatalen Folgen die übermäßige Ahndung von rein konsumbezogener Betäubungsmitteldelinquenz hat, und gibt mindestens Anlass dazu, sich Gedanken über weitere teleologische Reduktionen bei der Anwendung des BtMG zu machen. Neben der irritierenden Subsumtion einer Gruppe »kiffender« Studenten unter den Bandenbegriff, angesichts derer sich eine einschränkende Auslegung der »Bande« in Fällen des gemeinschaftlichen Anbaus von Betäubungsmitteln<sup>2</sup> zum Eigenkonsum (sog. Anbaugemeinschaft) aufdrängt,<sup>3</sup> wirft das Verfahren weitere Fragen auf.<sup>4</sup> Im Folgenden soll es um die nicht nachvollziehbare Anwendung der verbrechensqualifizierenden »nicht geringen Menge« auf rauschuntaugliches Marihuana (C.) sowie die Mengenzurechnung bei der Anbaugemeinschaft (D.)

gehen. Und auch der Revisionsbeschluss des *BGH* gibt Anlass zu einer kritischen Bemerkung (E.).

### B. Der Augsburger Fall

Seinen Anfang bescherte dem Augsburger Verfahren ein mit Wasser gefüllter Luftballon, der, vom Balkon einer Wohnung geworfen, die Windschutzscheibe eines geparkten PKW durchschlug.<sup>5</sup> Die daraufhin alarmierte Polizei stieß schnell auf eine Studentenparty als Ursache dieses miss-

\* Zugleich Bemerkungen zu *LG Augsburg*, Urt. v. 11.07.2011 – 1 KLS 303 Js 127958/10 und *BGH*, Beschl. v. 12.01.2012 – 1 StR 559/11. – Der Autor *Schallert* ist Fachanwalt für Strafrecht in Mainz, der Autor *Sobota* wiss. Mit. an der Gutenberg-Universität, Mainz. Die *Verf.* waren am Verfahren nicht beteiligt.

1 StV 2013, 184.

2 Aufgrund der naheliegenden Schwierigkeiten bei der Aufzucht von Schlafmohn, Koka-Pflanzen u.ä. in hiesigen Gefilden wird es sich meist um Cannabis handeln. Auf einschlägigen Seiten im Internet kann schließlich jeder Interessent das nötige Wissen und Zubehör finden, um ggf. sogar in seiner Wohnung eine kleine Plantage zu betreiben.

3 *Sobota*, »Bandenmäßiger Anbau« zum Eigenkonsum? – Zur Notwendigkeit einer teleologischen Reduktion des Bandenbegriffs im BtMG, NStZ 2013 (im Erscheinen).

4 Erwähnenswert ist hier auch, dass die *StA Augsburg* als aktenführende Stelle nachhaltig zu verhindern suchte, den *Verf.* das schriftliche Urteil zugänglich zu machen. So wurden mehrere Anträge auf Überlassung einer anonymisierten Abschrift zu wissenschaftlichen Zwecken von der *StA Augsburg* mit rechtlich unzutreffender Begründung abgelehnt. Erst ein Gesuch an den Vorsitzenden Richter am *LG Augsburg* Dr. *Pätzelt* führte zum Erfolg. Dafür sei an dieser Stelle noch einmal herzlich gedankt.

5 Wie auch im Folgenden: <http://www.augsburger-allgemeine.de/augsburg/Drogen-Ernte-im-tiefsten-Unterholz-id15887901.html> (zuletzt abgerufen am 19.04.2013).

glückten »Scherzes«. Aufgrund des typisch süßlichen Marihuanageruchs auf der Party durchsuchten die Beamten die Wohnung und fanden 178 Gramm Marihuana-Pflanzenteile in einem Schrank. In der Folge ermittelte die Polizei fünf Studenten (Lehramt u.a.) im Alter zwischen 25 und 28 Jahren, die alsbald zugaben, in einem Waldstück Cannabis angebaut zu haben.

### I. Sachverhalt im engeren Sinn

Nach den Feststellungen des *LG*<sup>6</sup> fassten die Verurteilten im Frühjahr 2008 aus Angst vor gefährlichen Streckmitteln<sup>7</sup> in gekauftem Marihuana und aus finanziellen Gründen den Entschluss, von nun an ihren Eigenbedarf an Cannabis selbst zu decken. Hierzu bestellte man sich gemeinsam aus den Niederlanden Cannabissamen, die man erst zu Setzlingen aufzog und schließlich in einer nahe gelegenen Waldlichtung versteckt anpflanzte. Um die Pflege der Pflanzung kümmerten sich in der Folge alle fünf Verurteilten abwechselnd. Eine Ernte sollte jeweils den Jahresbedarf der fünfköpfigen Gruppe abdecken. Die erste Ernte ergab nach den Feststellungen des *Gerichts* eine Menge von zwei Kilogramm mit (geschätzten) 0,57 % Wirkstoffgehalt (Tetrahydrocannabinol = THC). Mit demselben Vorgehen wurden 2009 mindestens eineinhalb Kilogramm »rauchfähiges Marihuana« gewonnen, von denen aber nur eine Teilmenge (ca. 325 Gramm) einen THC-Gehalt über 2 % aufwies.<sup>8</sup> Auch im Folgejahr verfuhr man wie gewohnt. Zur Ernte kam es im Jahr 2010 jedoch nicht mehr. Die Polizei stellte die Pflanzen (437,2 Gramm à 0,78 % THC) sicher. Vier der Studenten wurden z.T. für mehrere Wochen in Untersuchungshaft genommen<sup>9</sup> – der Haftgrund lässt sich dem Urteil allerdings nicht entnehmen und erschließt sich angesichts der Gesamtumstände der Tat und der Persönlichkeit der Täter auch nicht ansatzweise.

### II. Urteil des *LG Augsburg* v. 11.07.2011 – 1 KLS 303 Js 127958/10

Das *LG Augsburg* verurteilte die fünf Studenten wegen bandenmäßigen unerlaubten Anbaus von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen (§ 30a Abs. 1 BtMG) und bandenmäßigen unerlaubten Anbaus von Betäubungsmitteln (§ 30 Abs. 1 Nr. 1 BtMG) in einem Fall – jeweils im minder schweren Fall (§§ 30a Abs. 3, 30 Abs. 2 BtMG) – zu bedingten Freiheitsstrafen zwischen 15 und 18 Monaten. Zu den persönlichen Verhältnissen der fünf Verurteilten führt das *LG Augsburg* jeweils ähnliches aus: Sie stammen allesamt aus sog. gutbürgerlichen Verhältnissen und wachsen ohne soziale Auffälligkeiten auf. Alle fünf konsumieren mehr oder weniger regelmäßig Cannabis in ihrer Freizeit, offensichtlich aber ohne dass es zu über den Anbau von Cannabis hinausgehender Kriminalität oder kriminogener Hintergrundwirkung (Vernachlässigung von Leistungs- und Kontaktbereich; Fokussierung der Freizeit auf Suchtverhalten etc.)<sup>10</sup> kommt. Die Beschuldigten kooperieren sofort umfassend mit den Strafverfolgungsbehörden: So führen sie die Beamten nicht nur freiwillig<sup>11</sup> zu der sonst schwerlich auffindbaren Pflanzung,<sup>12</sup> sondern geben auch gleich die beiden früheren Ernten zu, die andernfalls wohl kaum mehr nachweisbar gewesen wären. Dies zahlt sich für sie im Ergebnis jedoch nicht aus. Für einen der Angeklagten bedeutet das Strafmaß das abrupte Ende seiner beruflichen Laufbahn als Lehrer (s. dazu unten **E.**). Einem weiteren Angeklagten, der noch auf das Lehramt hin studierte, geht es

*de facto* genauso (§ 45 Abs. 1 StGB). An ihrer drakonischen Bestrafung ändert schließlich auch der Umstand nichts, dass die Angeklagten in öffentlicher Hauptverhandlung dem (*per se* straflosen) Cannabiskonsum abschwören und ihre Abstinenz teilweise sogar mit Drogenscreenings nachweisen.<sup>13</sup> Ohne die freiwilligen Angaben der Studenten wäre ihnen vermutlich allein der gemeinschaftliche Besitz an den insgesamt 178 Gramm Marihuana-Pflanzenteilen (mit sehr geringem Wirkstoffgehalt) nachzuweisen gewesen, der – wohl auch in Bayern – bei nicht vorbestraften Tätern maximal mit einer Geldstrafe geahndet worden wäre.

Zusätzlich steht hier der Verdacht einer (unzulässigen) Absprache im Raum. Denn die Augsburger Allgemeine berichtet davon, dass sich die Verteidiger »nach Prozessbeginn mit dem Gericht und der Staatsanwaltschaft hinter verschlossenen Türen für ihre Mandanten schwer ins Zeug legten.«<sup>14</sup> Das Urteil wurde bereits nach nur einem Sitzungstag gesprochen<sup>15</sup> und weicht in einem Punkt zugunsten der Angeklagten von der ständigen Rechtsprechung ab.<sup>16</sup> Doch die Urteilsgründe weisen entgegen § 267 Abs. 3 S. 5 StPO keine Angaben über eine Urteilsabsprache auf.<sup>17</sup> Viel gewonnen haben die Angeklagten damit allerdings nicht, denn viel schlimmer als geschehen hätte es nach dem »freimütigen« Geständnis im Ermittlungsverfahren für sie nur kommen können, wenn das *Gericht* eine unbedingte Freiheitsstrafe verhängt hätte.<sup>18</sup> Angesichts einer Anklage zum *LG* (§§ 24 Abs. 2, 74 Abs. 1 GVG) ist allerdings nicht auszuschließen, dass zumindest die Staatsanwaltschaft Augsburg dies tatsächlich im Sinn hatte.

### C. Nicht geringe Menge THC

Erstaunlich ist, wie das *LG Augsburg* in zwei Fällen zum Qualifikationsgrund der »nicht geringen Menge« gelangt.

### I. Rauschuntaugliches Cannabis

Wie oben bereits geschildert eignen sich bayerische Wälder anscheinend nicht besonders gut zur Aufzucht von (Rausch-)Cannabispflanzen. Jedenfalls wies das von den fünf Studenten erzeugte Cannabis überwiegend nur einen Gehalt von 0,57 % THC und damit ungefähr die Potenz

<sup>6</sup> Wie auch im Folgenden: Urteil S. 11 ff.

<sup>7</sup> S. etwa zur Massenvergiftung durch (mit Blei) gestrecktes Marihuana im Leipziger Raum 2007: <http://www.aerzteblatt.de/archiv/62150> (zuletzt abgerufen am 19.04.2013).

<sup>8</sup> Überblick über die derzeit üblichen deutlich höheren THC-Gehalte *Patzakl Goldhausen* NStZ 2011, 76.

<sup>9</sup> Urteil S. 7, 8, 9, 10.

<sup>10</sup> Zur Bedeutung des Drogenkonsumverhaltens in der kriminologischen Einzelfallanalyse *Bock*, Kriminologie, 3. Aufl. 2007, Rn. 445.

<sup>11</sup> Wie freiwillig diese Kooperation angesichts drohender bzw. vollzogener U-Haft wirklich war, kann hier nicht abschließend beurteilt werden.

<sup>12</sup> Urteil S. 20.

<sup>13</sup> Urteil S. 22, 26.

<sup>14</sup> S.o. Fn. 5.

<sup>15</sup> Urteil S. 2.

<sup>16</sup> So nahm das *LG Augsburg* in allen drei Fällen nur ein Anbauen an, obwohl es in zwei Fällen auch zur Ernte (= Herstellen i.S.d. § 29 Abs. 1 S. 1 BtMG, s. etwa OLG Karlsruhe StV 2002, 431) kam. Nach umstr. Ansicht der Rechtsprechung (BayObLGSt 2001, 166) läge insoweit Tatmehrheit zwischen Anbauen und Herstellen vor. S. zum Streitstand *MK/Rahlf*, BtMG, 2007, § 29 Rn. 95.

<sup>17</sup> Begrenzten Aufschluss könnte insoweit das Hauptverhandlungsprotokoll geben, in das auch das sog. Negativattest, dass keine Verständigung stattgefunden hat, aufzunehmen ist, s. § 273 Abs. 1a S. 3 StPO.

<sup>18</sup> Wegen der persönlichen Verhältnisse der fünf Täter hier wohl nur bei einem Strafmaß von über zwei Jahren denkbar, vgl. § 56 StGB.

von industriellem »Nutzhanf«<sup>19</sup> auf. In einem anderen Verfahren vor dem *LG Mainz* erstattete kürzlich der Rechtsmediziner Prof. Dr. med. *Dirk Breitmeier* (Universitätsmedizin Mainz) ein Gutachten zu der Frage, ob Cannabis mit einer Wirkstoffkonzentration um 0,5 % THC überhaupt zur Rauscherzeugung tauglich ist. In seinem Gutachten, das den *Verf.* in Kopie vorliegt, kommt er zu dem Ergebnis, dass Cannabis mit einer solchen Wirkstoffkonzentration selbst bei atypischem Konsumverhalten keine berauschende Wirkung hervorrufen kann. Bei einem üblichen effektiven inhalativen Konsum als sog. Joint (Gemisch aus 50 % Cannabis und 50 % Tabak mit ca. 0,8 g Gesamtmenge) wäre es zum Erreichen eines einzigen (!) Rauschzustandes notwendig, dass *pro Person* mindestens zehn (!) Marihuanazigaretten am Stück (!) geraucht werden.<sup>20</sup> Für den Augsburger Fall bedeutet diese gänzlich unrealistische Vorstellung, dass es sich beim Anbau des Cannabis in weiten Teilen tatsächlich um den *untauglichen Versuch* handelte, ein Betäubungsmittel zu gewinnen. Durch die Addition einzelner Mengen unterhalb der Wirkungsschwelle macht das *LG Augsburg* daraus jedoch eine *vollendete Qualifikation*. Es stellt sich die Frage, ob dies mit Sinn und Zweck des Qualifikationsgrundes vereinbar ist.

## II. Sinn und Zweck der »nicht geringen Menge«

Der Qualifikation als Verbrechen (§ 12 Abs. 1 StGB) im Rahmen der §§ 29a ff. BtMG liegt die Annahme einer besonderen, potenzierten Gefährlichkeit zu Grunde.<sup>21</sup> Bei *Körner/Patzak/Volkmer* heißt es etwa zu den Zielen des § 29a BtMG:

»[...] Diese Vorschrift soll zwar vor allem dem Drogengroßhändler mit Rauschgiftlager, aber auch der Prolongierung des Drogenkonsums durch Vorratshaltung, der Betäubungsmittelsammelbestellung und der gemeinsamen Betäubungsmittellagerung von Fixergemeinschaften Einhalt gebieten. Denn jede Ansammlung von Betäubungsmitteln potenziert die dem Rauschgift innewohnenden Gefahren und führt Drogenhändler wie Drogenkonsumenten in besondere Versuchung, die Betäubungsmittel insgesamt oder teilweise an Dritte weiterzugeben. So wie Banken, Warenhauskassen und Lohnbuchhaltungen wegen der dortigen Geldansammlungen Diebe und Räuber anziehen, ziehen legale wie illegale Drogenlager Konsumenten und Dealer der umliegenden Rauschgiftszene an. Illegale Drogenansammlungen bedeuten kriminalpolitisch, unabhängig von der Verwendungsabsicht des Besitzers, besondere Gefahrenherde für die Volksgesundheit. Die Menge der Betäubungsmittel ist deshalb im Rahmen der Strafzumessung ein besonders wichtiger Strafzumessungsgrund unter vielen. Die Vorschrift soll aber auch dem ertappten Rauschgift Händler nach Entdeckung des Warenlagers die Berufung auf angebliche Eigenverbrauchsverträge abschneiden. Dies ist eine wichtige Funktion dieser Vorschrift. Nicht selten schweigen der Rauschgift Händler und seine Kundschaft in der Hauptverhandlung oder ein Dealer behauptet in der Hauptverhandlung, dass er zur Tatzeit süchtig gewesen sei und dass die sichergestellten Stoffe sein Drogenvorrat seien.«<sup>22</sup>

Bereits diese Zielbestimmung entfernt sich in Teilen deutlich vom Gesetzeszweck. Die Gesetzgebungsgeschichte der »nicht geringen Menge« als einheitliches Tatbestandsmerkmal<sup>23</sup> innerhalb der Verbrechenqualifikationen der §§ 29a ff. BtMG hängt nämlich mit der Verfolgung des Drogenhandels zusammen.<sup>24</sup> § 29a BtMG wurde durch das »Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität« (OrgKG) v. 15.07.1992<sup>25</sup> in das BtMG eingeführt und sollte ausweislich der Gesetzesbegründung die Verfolgung professioneller Rauschgiftkriminalität effektiver gestalten.<sup>26</sup> Eine mögliche

»Prolongierung des Drogenkonsums durch Vorratshaltung«<sup>27</sup> kann dagegen schwerlich einen Grund darstellen, den bloßen Besitz von Betäubungsmitteln als Verbrechen (!) einzustufen, wenn der Konsum als solcher – verfassungsrechtlich zwingend – gar nicht strafbar ist und der Strafgrund des *Besitzes* die Gefahr der *Abgabe* an Dritte darstellt.<sup>28</sup> Der Entschluss zum Eigenkonsum mindert nämlich diese abstrakte Gefahr, dass Betäubungsmittel weitergegeben werden, und ist regelmäßig *zugunsten* des Täters zu werten (vgl. §§ 29 Abs. 5, 31a BtMG).<sup>29</sup> Und auch die Erwägung, dass die Strafschärfung für die »nicht geringe Menge« dazu diene, dem ertappten Händler<sup>30</sup> die Schutzbehauptung, dass er nur zum Eigenverbrauch besessen habe, abzuschneiden,<sup>31</sup> ist rechtsstaatlich befremdlich und entspricht vielmehr einer »feindstrafrechtlichen« Sicht. Wenn nur der Besitz einer »nicht geringen Menge« an Betäubungsmitteln bewiesen ist, darf der Täter nicht apokryph als Dealer bestraft werden. Dies gilt umso mehr in Fällen wie dem hiesigen, in denen das Gericht von einer ausschließlichen Eigenkonsumabsicht überzeugt ist und eine solche nicht etwa nur *in dubio pro reo* unterstellt.

Damit verbleibt als Sinn und Zweck einzig die abstrakte Gefahr, dass eine Vielzahl von Menschen an das Betäubungsmittel gelangen kann und dass der Erstkonsum ausgeweitet wird.<sup>32</sup> Diese Gefahr liegt bei einer »nicht geringen Menge« Drogen auf der Hand: Wer mehr Betäubungsmittel besitzt, als er selbst in absehbarer Zeit konsumieren kann, wird – trotz etwaiger Eigenkonsumabsicht – viel eher versucht sein, die Betäubungsmittel an andere abzugeben, zu teilen oder zu verkaufen.

## III. Folgerungen

Von dieser gesteigerten Gefahr für und einer befürchteten Sogwirkung auf andere Menschen bleibt allerdings wenig bis gar nichts, wenn das »Betäubungsmittel« gar keinen Rausch erzeugen kann. Andernfalls müsste alkoholfreies Bier, das seiner Bezeichnung zum Trotz immerhin bis zu 0,5 Vol. % Alkohol enthält,<sup>33</sup> Alkoholiker produzieren, wo-

19 *Weber*, BtMG, 3. Aufl. 2009, § 24a Rn. 11 ff. Vgl. zudem nochmals o. Fn. 8.

20 Beim atypischen Konsum mit 100 % Cannabis wären es immer noch 5 Joints à 800 mg Cannabis am Stück pro Person, was nach Auffassung des Sachverständigen ebenfalls unrealistisch ist.

21 *Weber* (Fn. 19), § 29a Rn. 53 m.w.N.

22 *Körner/Patzak/Volkmer*, BtMG, 7. Aufl. 2012, § 29a Rn. 38.

23 Zuvor nur in § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG als Tatbestandsmerkmal, in § 29 Abs. 3 Nr. 4 BtMG als Strafzumessungsregel.

24 *Körner/Patzak/Volkmer* (Fn. 22), § 29a Rn. 39; zuvor schon zu § 11 Abs. 4 BtMG a.F. *Wechsung/Hund* NJW 1973, 1729 (1729 f.).

25 BGBl. I, S. 1301 (1992).

26 BT-Drucks. 12/989.

27 In der Voraufgabe (6. Aufl. 2007) wird diese Erwägung noch OLG Hamburg, Urt. v. 17.01. 1975 – 1 Ss 171/74 = NJW 1975, 1475 (Ls) und OLG Frankfurt, Urt. v. 10.09. 1975 – 1 Ss 237/75 (soweit ersichtlich unveröff.) zugeschrieben.

28 *Körner/Patzak/Volkmer* (Fn. 22), § 29 Teil 13 Rn. 3.

29 Unstr.: *Körner/Patzak/Volkmer* (Fn. 22), § 29 Teil 13 Rn. 81; *Weber* (Fn. 19), Vorb. §§ 29 ff. Rn. 781; *MK/Kotz* (Fn. 16), § 29 Rn. 972.; BGHR BtMG § 29 Strafzumessung 11 jew. m.w.N.

30 Woher das Wissen kommen soll, dass es sich überhaupt um einen »ertappten Rauschgift Händler« handelt, erscheint allerdings unklar, wenn es für den Handel doch gar keine Beweise gibt. Die große Menge BtM allein kann schließlich genauso gut der Vorratshaltung dienen.

31 In der Voraufgabe (7. Aufl. 2007) wird diese Erwägung noch OLG Frankfurt (Fn. 27) und *Wechsung/Hund* NJW 1973, 1729 zugeschrieben.

32 *Weber* (Fn. 19), § 29a Rn. 70.

33 S. z.B. <http://www.test.de/Alkoholfreies-Bier-Ein-bisschen-Alkohol-1688200-0/> (zuletzt abgerufen am 19.04.2013).

von indes nichts bekannt ist. Die Subsumtion rauschuntauglicher Substanzen lässt sich demnach schwerlich mit Sinn und Zweck der strafscharfenden »nicht geringen Menge« vereinbaren. Zu Recht heißt es daher bei *Körner/Patzak/Volkmer* zur Nichtanwendbarkeit des § 29a BtMG auf Betäubungsmittelimitate, »dass hier (Anm. der Verf.: bei § 29a BtMG) nur schwerwiegende Umgangsformen mit echten Betäubungsmitteln erfasst werden sollen.«<sup>34</sup> Und aus diesem Grund bestimmt auch die Rechtsprechung die »nicht geringe Menge« u.a. durch ein Vielfaches der *zum Erreichen eines Rauschzustandes* erforderlichen Wirkstoffmenge.<sup>35</sup>

Es entspricht zwar dem herrschenden Verständnis, die *gesamte* Pflanze Cannabis als Betäubungsmittel zu erfassen, obwohl nur Teile derselben ohne weitere Verarbeitung (i.e. chemische Extraktion des Wirkstoffs) zur Rauscherzeugung taugen.<sup>36</sup> Bereits dies erscheint allgemein frag- und *de lege ferenda* reformbedürftig, denn bei der ähnlich gelagerten Konstellation im Jugendschutzrecht, dass alkoholfreies Bier an Jugendliche abgegeben wird, kommt eine Ahndung nach §§ 9 Abs. 1 Nr. 2, 28 Abs. 1 Nr. 10 JuSchG – zu Recht unstrittig – nicht in Betracht.<sup>37</sup>

Aber auch *de lege lata* ist die Addition rauschuntauglichen Wirkstoffs nach dem zuvor Gesagten erst recht im Rahmen der qualifizierenden »nicht geringen Menge« zu hinterfragen. Hier liegt es nahe, im Wege einer teleologischen Reduktion die Teilmengen mit einem Gehalt von unter 2 % Wirkstoff beiseite zu lassen und nur die zum Konsum bestimmten und potenten Teile der Pflanze zu addieren.<sup>38</sup> Dafür spricht auch, dass in den §§ 29a, 30, 30a BtMG eine Regelung wie die des § 29 Abs. 6 BtMG fehlt, weshalb – wie bereits oben erwähnt – die nicht geringe Menge Betäubungsmittelimitat von den §§ 29a ff. BtMG unstrittig nicht erfasst ist.<sup>39</sup> Es kann aber kein Unterschied sein, ob es sich um eine völlig andere Substanz (z.B. harmlose Küchenkräuter) oder extrem minderwertiges Marihuana handelt: Beide sind nicht geeignet, einen Rausch hervorzurufen. In beiden Fällen ist demnach die Ahndung als *Verbrechen* in keiner Weise angezeigt – an der Strafbarkeit nach dem Grunddelikt des § 29 BtMG (Strafrahmen immerhin bis zu fünf Jahren) würde sich nach geltendem Recht schließlich nichts ändern. Würde im Einzelfall dagegen der im Zusammenhang mit Cannabis eher ungewöhnliche Schritt erfolgen, dass aus rauschuntauglichen Pflanzenteilen mittels chemischer Verfahren<sup>40</sup> der Wirkstoff THC extrahiert wird,<sup>41</sup> wäre insoweit ohne weiteres die Tathandlung des »Herstellens« i.S.d. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG (ggf. auch als Qualifikation nach § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG) einschlägig. Das erscheint auch sachgerecht, denn nur im Falle seiner weiteren Verarbeitung wird aus dem zuvor nur theoretisch vorhandenen Wirkstoff ein praktisch wirksames Betäubungsmittel mit den o.g. vom Gesetzgeber befürchteten Gefahren für die »Volksundheit«. Für eine weitere Vorverlagerung der *Verbrechen*strafbarkeit im Rahmen von eigenkonsumbezogenen Delikten besteht dagegen keinerlei Grund.

#### D. Mengenzurechnung bei der Anbaugemeinschaft

Weiter bietet der Augsburgener Fall Anlass, sich mit der Rechtsprechung zur sog. Einkaufsgemeinschaft auseinanderzusetzen.

#### I. Die Einkaufsgemeinschaft

Schließen sich mehrere Konsumenten zum Erwerb ihres Eigenbedarfs zusammen, entsteht das Problem, dass schnell mehr als eine »geringe Menge« oder sogar eine »nicht geringe Menge« Betäubungsmittel vorliegt und die Anwendung der §§ 29 Abs. 5, 31a BtMG scheinbar versperrt ist. Um das Ziel des Gesetzgebers, den Erwerb zum Eigenkonsum zu privilegieren, nicht zu konterkarieren, gehen Rechtsprechung und Literatur auch in diesen Fällen davon aus, dass ein Erwerb »lediglich zum Eigenverbrauch in geringer Menge« vorliegt, wenn mehrere Personen in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken eine bestimmte Rauschgiftmenge erwerben, deren Aufteilung in für den jeweiligen Eigenverbrauch bestimmte Anteile bereits vereinbart ist.<sup>42</sup> In diesem Falle muss sich der Einzelne nicht die gemeinschaftlich erworbene *Gesamtmenge*, sondern nur den für ihn selbst bestimmten *Anteil* zurechnen lassen mit der Folge, dass auch bei Vorliegen einer insgesamt »nicht geringen Menge« für den einzelnen Mitbesitzer nicht unbedingt die qualifizierte Strafbarkeit nach § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG vorliegen muss.<sup>43</sup>

#### II. Übertragung auf die Anbaugemeinschaft

Die abstrakte Gefahr der nicht geringen Menge, dass eine Vielzahl von Menschen an das Betäubungsmittel gelangen kann und dass der Erstkonsum ausgeweitet wird,<sup>44</sup> besteht jedoch auch bei der Anbaugemeinschaft (ebenso wie bei der Einkaufsgemeinschaft) nur im Moment *vor* der Aufteilung der jeweiligen Eigenverbrauchsmengen. Die tatsächliche Verfügungsmöglichkeit der Mittäter bezieht sich von vornherein nur auf einen Anteil, der nicht selbst eine »nicht geringe Menge« ist. Auf die gesamte »nicht geringe Menge« bezieht er sich nur zwecks Sicherung alsbaldiger Aufteilung, so dass dem Mitbesitzer konsequenterweise auch hier nur *sein* Anteil zugerechnet werden dürfte.<sup>45</sup> Einzig der Umstand, dass die Täter in der Regel während der Anbauphase

34 *Körner/Patzak/Volkmer* (Fn. 22), § 29a Rn. 42.

35 S. zur »nicht geringen Menge« Cannabis BGH NStZ 1984, 556 = StV 1984, 466.

36 *Weber* (Fn. 19), § 1 Rn. 246; *Körner/Patzak/Volkmer* (Fn. 22), § 2 Rn. 24; *MK/Rahlf* (Fn. 16), § 2 Rn. 4.

37 Vgl. § 9 JuSchG, bei dem nur Getränke mit über 1 Vol. % Alkohol als alkoholische Getränke gelten, s. Erbs/Kohlhaas/*Liesching*, Strafrechtliche Nebengesetze, 192. EL 2012, § 9 JuSchG Rn. 5. Der Vergleich mit der Abgabe alkoholischer Getränke an Jugendliche offenbart zudem die krasse Unverhältnismäßigkeit des Betäubungsmittelstrafrechts: Wer *vorsätzlich* Schnaps o.ä. an *Minderjährige* abgibt, handelt nur *ordnungswidrig*. Wer dagegen Betäubungsmittel in nicht geringer Menge zum *Eigenverbrauch* besitzt, macht sich eines *Verbrechens* schuldig.

38 Allgemein geht die Rechtsprechung bei Marihuana von durchschnittlich mindestens 2 % THC aus, s. *MK/Rahlf* (Fn. 16), Vorb. § 29 Rn. 73 f. m.w.N. Dies liegt vermutlich auch daran, dass unterhalb dieser Schwelle ein Rausch ohne weitere Verarbeitung nicht erreicht werden kann.

39 S. nur *Körner/Patzak/Volkmer* (Fn. 22), § 29a Rn. 42.

40 S. dazu *Körner/Patzak/Volkmer* (Fn. 22), § 29 Teil 3 Rn. 33. Die dort genannten Extraktionsverfahren eignen sich vorwiegend für die Verarbeitung von potenten Blüten.

41 Auch *Anger/Wesemann* berichten in StV 2013, 178 (179) aus ihrer praktischen Erfahrung als Verteidiger, dass nur der hochwirksame Blütenteil geerntet wird, während die restlichen Pflanzenteile »auf den Kompost wandern«.

42 OLG Stuttgart StV 1998, 427; *MK/Kotz* (Fn. 16), § 29 Rn. 1658; *Körner/Patzak/Volkmer* (Fn. 22), § 29 Teil 28 Rn. 57; *Weber* (Fn. 19), § 29 Rn. 1833; s. zuvor zur Zurechnung beim Besitz: BGH StV 1982, 224 m.w.N.

43 OLG Stuttgart NStZ 2002, 154.

44 S.o. Fn. 33.

45 S. nochmals ähnlich OLG Stuttgart NStZ 2002, 154 zur Einkaufsgemeinschaft.

(für längere Zeit als bei einem Einkauf) Mitbesitz an der Gesamtmenge ausüben,<sup>46</sup> kommt als Anknüpfungspunkt für eine unterschiedliche Behandlung in Betracht.

Jedoch bezieht sich die Verfügungsgewalt zu diesem Zeitpunkt noch nicht einmal auf ein konsumfertiges Betäubungsmittel, denn es fehlt ja noch an Ernte und Trocknung (und ggfs. in Bezug auf rauschuntaugliche Pflanzenteile der chemischen Extraktion des Wirkstoffs).<sup>47</sup> Dies ändert zwar nichts daran, dass der Tatbestand des Anbauens von Betäubungsmitteln erfüllt ist,<sup>48</sup> darf aber nicht zusätzlich eine Haftung für die Gesamtmenge begründen. Denn wenn schon im Rahmen der Einkaufsgemeinschaft der Mitbesitz an konsumfertigen Betäubungsmitteln keinen Anlass bietet, die vollständige Zurechnung zu bejahen, muss dies *erst recht* bei der (gebundenen) Verfügungsgewalt über ein Vorprodukt gelten. Schließlich ist die Gefahr für die »Volks Gesundheit« bei Betäubungsmitteln, die ohne weiteres konsumiert werden können, größer als bei einem Vorprodukt, aus dem ein konsumfähiges Betäubungsmittel erst noch gewonnen werden muss.<sup>49</sup> Eine zeitliche Einschränkung existiert bei der Privilegierung zum Eigenverbrauch im Übrigen auch sonst nicht, solange die Eigenkonsumabsicht gegeben ist.<sup>50</sup> Daher ist letztlich kein Grund ersichtlich, den gemeinsamen Anbau zum Eigenkonsum anders als den gemeinsamen Einkauf oder Besitz zum Eigenkonsum zu behandeln.<sup>51</sup> Dies wird auch durch den Umstand gestützt, dass die §§ 29 Abs. 5, 31a BtMG nicht zwischen Erwerb, Besitz und Anbau geringer Mengen zum Eigenverbrauch unterscheiden. Angesichts der (bei fachkundigem Anbau) großen Ertragskraft<sup>52</sup> schon einer einzigen Pflanze Marihuana wird für Konsumenten der Zusammenschluss als Anbaugemeinschaft oftmals die einzige Möglichkeit sein, durch Aufteilung der Ernte im Rahmen der »geringen Menge zum Eigenverbrauch« i.S.d. §§ 29 Abs. 5, 31a BtMG zu verbleiben – sofern die Zurechnung anteilmäßig erfolgt, wie es aus den hier genannten Gründen teleologisch geboten ist. Andernfalls liefen die §§ 29 Abs. 5, 31a BtMG in den häufigen Fällen des Cannabisanbaus ins Leere, wären also faktisch Normen ohne Anwendungsbereich.<sup>53</sup>

Im Augsburger Fall lag der Sachverhalt aber insofern anders, als die Ernte zwar nach ihrer Trocknung an verschiedenen Orten gelagert worden war, doch nach den Urteilsgründen »sich die Angeklagten in den Folgemonaten nach Belieben aus dem nun vorhandenen Marihuanavorrat bedienen.«<sup>54</sup>

### E. Verwerfung der Revision durch BGH, Beschl. v. 12.01.2012 – 1 StR 559/11

Seinen tragischen Abschluss fand der hiesige Fall im Rechtsmittelverfahren: Trotz der gravierenden Konsequenzen insbesondere für die berufliche Zukunft der Studenten legten nur drei der Verurteilten Revision gegen das Urteil des LG Augsburg ein. Dort verwarf der 1. Strafsenat des BGH die Revision als »offensichtlich unbegründet« (§ 349 Abs. 2 StPO), obwohl der Schuldspruch (bandenmäßige Begehung) angesichts der Gesamtumstände der Tat mindestens befremdlich ist.<sup>55</sup>

Auch die Strafaussprüche hielten revisionsrechtlicher Überprüfung stand, verkündet der BGH weiter. Den Angeklagten R., der zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung bereits als Referendar tätig war, lassen die Richter wissen, dass die Strafkammer die »nachteiligen Folgen betreffend seine Zukunft als Lehrer, insbesondere was seine Beamtenstellung angeht«<sup>56</sup> (i.e. die nach § 24 Abs. 1 BeamtStG zwingende Entlassung aus dem Beamtenverhältnis und damit auch aus dem Vorbereitungsdienst, vgl. § 6 BeamtStG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 BayLBG) sehr wohl angemessen berücksichtigt habe. Denn dank der Aussetzung zur Bewährung könne sich R. schließlich sofort, d.h. ohne vorangehenden Strafvollzug, beruflich umorientieren.<sup>57</sup> Diese Erwägung mutet geradezu zynisch an. Immerhin sind für den 28-Jährigen nun abgeschlossenes Studium und begonnenes Referendariat weitgehend wertlos, vom jähen Ende eines Berufs-

traumes einmal abgesehen. Und auch eine Neuorientierung ist dank der jahrelangen Eintragung im BZR alles andere als unproblematisch. Es erscheint äußerst fraglich, ob diese drakonische Bestrafung einer Tat, die überwiegend den Charakter einer Jugendverfehlung<sup>58</sup> trägt, noch als gerechter Schuldausgleich bezeichnet werden kann. Dass die bayerische Justiz auch anders kann, zeigt ausgerechnet der Fall des Rosenheimer Polizeichefs Rudolf M. Dieser hatte nach den Feststellungen des LG Traunstein einen Schüler (!) im Rahmen seiner Dienstausbildung (!) grundlos (!) schwer misshandelt (Verlust eines Schneidezahns, Riss-Quetsch-Wunden und Hämatome am Kopf) und wurde kürzlich zu nur 11 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt, damit ein »sozial integrierter Täter nicht aus der sozialen Ordnung herausgerissen wird.«<sup>59</sup>

### F. Fazit

Mit etwas Wohlwollen und argumentativem Aufwand hätten die Richter vorliegend ein den Umständen angemessenes Urteil fällen können, das den fünf Studenten den *de lege lata* gebotenen Denkkzettel erteilt hätte, ohne ihnen zugleich (vor allem die berufliche) Zukunft zu verbauen. Diesen Weg hat das LG Augsburg nicht gewählt und auch der BGH sah leider keinen Anlass zur Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit. So hat der Augsburger Fall erneut auf traurige Weise veranschaulicht, welche Kollateralschäden eine übermäßige Ahndung von rein konsumbezogenen Betäubungsmitteldelikten hervorruft. Obwohl die fünf Studenten nur sich selbst geschädigt haben, werden sie wie Schwerverbrecher behandelt. Was die Betäubungsmittel nicht schafften, besorgt schließlich der Rechtsstaat: Der Untersuchungshaft folgt psychische Erkrankung,<sup>60</sup> den erheblichen Freiheitsstrafen der berufliche Exitus. Ist damit der »Volks Gesundheit« wirklich gedient?

46 Vgl. dazu den ganz ähnlichen gelagerten Fall: OLG Celle NSStZ-RR 2013, 181.

47 Eine Schätzung künftiger Erträge findet bisher nur in Fällen des »Handeltreibens« statt, bei dem es immerhin auf den *beabsichtigten* Umsatz ankommt. S. jüngst BGH NJW 2013, 1318 u. zuvor BGH StraFo 2009, 81.

48 MK/Rahlf (Fn. 16), § 29 Rn. 139.

49 Die Strafbarkeit des Anbaus stellt schließlich eine weitere Vorverlagerung dar, die ursprünglich im BtMG nicht einmal enthalten war, s. Körner/Patzak/Volkmer (Fn. 22), § 29 Teil 2 Rn. 1.

50 MK/Kotz (Fn. 16), § 29 Rn. 1658.

51 Entschließt sich ein Täter während des Anbaus dazu, die Anbaugemeinschaft zu verlassen und das Cannabis eigenmächtig an sich zu nehmen oder an Dritte abzugeben, wären die §§ 29 ff. BtMG ja ohnehin erneut einschlägig.

52 Laut Internet existieren inzwischen hochgezüchtete Cannabissorten, bei denen eine einzige Pflanze über 500 Gramm rauchfähiges Marihuana abwerfen soll, s. etwa <http://www.seedstation.com/> (zuletzt abgerufen am 19.04.2013)

53 Vgl. die wenigen Beispiele bei Körner/Patzak/Volkmer (Fn. 22), § 29 Teil 28 Rn. 41.

54 Urteil S. 12. Ähnlich auch S. 13.

55 S.o. Fn. 3.

56 Urteil S. 33.

57 BGH, Beschl. v. 12.11.2012 – 1 StR 559/11, Rn. 8.

58 Auch wenn § 105 Abs. 1 Nr. 2 JGG natürlich wegen des Alters der Studenten nicht einschlägig ist, trägt die Tat doch erkennbar jugendtypische Züge. Das beginnt bei der Entdeckung der Tat wegen eines missglückten Partyscherzes, geht weiter über eine starke Gruppendynamik sowie fehlende Kosten-Nutzen-Abwägung und endet bei der geradezu naiven Kooperation mit der Polizei. Dazu passt auch die Schilderung eines Angeklagten in der Hauptverhandlung, dass das gemeinsame Gärtnern »romantische Aspekte« gehabt habe (s.o. Fn. 5).

59 <http://www.sueddeutsche.de/bayern/gewalt-gegen-jugendlichen-rosenheimer-polizeichef-zu-bewahrungsstrafe-verurteilt-1.1534201> (zuletzt abgerufen am 19.04.2013).

60 Laut Urteil S. 26 musste sich einer der Studenten wegen des traumatischen Erlebnisses der Untersuchungshaft in psychotherapeutische Behandlung geben. Auch für einen anderen Studenten bedeutete die Untersuchungshaft ausweislich S. 36 der Urteilsgründe immerhin eine so starke psychische Belastung, dass sie strafmildernd berücksichtigt wurde.