

Deutscher Bundestag  
Ausschuss für Gesundheit  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin  
[gesundheitsausschuss@bundestag.de](mailto:gesundheitsausschuss@bundestag.de)

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur  
Änderung des Konsumcannabisgesetzes

Ich bedanke mich für die Möglichkeit, im Rahmen der geplanten Änderungen des Konsumcannabisgesetzes (KCanG) vom 27. März 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 109) Stellung nehmen zu können.

I. Übersicht über die Rechtsprechung seit 1. April 2024

Alle BGH - Entscheidungen:

- \* Beschluss des ersten Senats des BGH vom 18. April 2024<sup>1</sup>
- \* Beschluss des fünften Senats des BGH vom 23. April 2024<sup>2</sup>
- \* Beschlüsse des sechsten Senats des BGH vom 29. April 2024 und vom 30. April 2024,<sup>3</sup>

die nach Inkrafttreten des Konsumcannabisgesetzes (KCanG) zur „**nicht geringen Mengen**“ ergangen sind, halten überraschenderweise auch nach der klaren Aufforderung des Gesetzgebers im KCanG und dessen Begründung, den Wert der nicht geringen Mengen weit höher als bisher festzulegen, bezüglich der „**nicht geringen Menge**“ an dem 1984 durch den BGH in einem Urteil sehr gering festgelegten Wert von 7,5 Gramm Tetrahydrocannabinol THC<sup>4</sup> fest.

Dies zeigt die Dringlichkeit, die „**nicht geringe Menge**“ endlich durch Gesetz zu regeln, und so den Wert für die extrem hohe Einstiegsstrafe von zwei Jahren Freiheitsstrafe des §§ 34 Abs. 4 Nr. 3 und Nr. 4 KCanG anzupassen und Klarheit für die Praxis zu schaffen. Alternativ könnten sämtliche Tatbestände, die den Begriff **nicht geringe Mengen** beinhalten, ersatzlos gestrichen werden.

<sup>1</sup> BGH, Beschluss vom 18. April 2024 (1 StR 106/24 = BeckRS 2024, 7982).

<sup>2</sup> BGH, Beschluss vom 23. April 2024 (5 StR 153/24 = BeckRS 2024, 9736).

<sup>3</sup> BGH, Beschluss vom 29. April 2024<sup>3</sup> (6 StR 132/24 = BeckRS 2024, 10950) und vom 30. April 2024 (6 StR 164/24 = BeckRS 2024, 10713).

<sup>4</sup> BGH, Urteil vom 18. Juli 1984 – 3 StR 183/84 = BGHSt 33, 8; siehe hierzu *Dewitz/Pschorr*, SchlHA 2023, S. 401-404  
([https://www.schleswig-holstein.de/DE/justiz/themen/service/justizministerialblatt/Teil\\_A/\\_documents/Vollversion/2023/202311.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.schleswig-holstein.de/DE/justiz/themen/service/justizministerialblatt/Teil_A/_documents/Vollversion/2023/202311.pdf?__blob=publicationFile&v=2)).

Der oberste Gerichtshof in Strafsachen in der Bundesrepublik scheint heutzutage nur noch in Kraft getretene Gesetze anzuerkennen und umzusetzen. Was in Begründungen zu einem Gesetz zum Ausdruck kommt, scheint für ihn nicht mehr zu gelten. So spricht der erste Senat davon, „soweit von einer „geänderten Risikobewertung“ die Rede ist, sind der – nicht bindenden – Gesetzesbegründung keine tatsächlichen Informationen zu entnehmen (...)“.<sup>5</sup> Und in dem Beschluss des fünften Senats vom 23. April 2024 heißt es, die geänderte Risikobewertung verhalte 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 [in der Entscheidung von 1984, Anmerkung der Verfasserin] (...) gesetzlich festzuschreiben.“<sup>6</sup>*

Solange der Gesetzgeber den „**nicht geringen Wert**“ nicht bestimmt, wird der Bundesgerichtshof **für alle unteren Instanzen bindend**, weiterhin den extrem geringen Wert von 7,5 g THC zu Grunde legen. Dies hat – wie das AG Mannheim in seiner Entscheidung 29. April 2024<sup>7</sup> herausgearbeitet hat – zur Folge, dass der eigentlich legale Besitz von 50 g schon bei einer Wirkstoffmenge von leicht überdurchschnittlichen 15 Prozent Wirkstoff zwar noch legal wäre und noch nicht einmal eine Ordnungswidrigkeit darstellen würde, zugleich jedoch die nicht geringe Menge THC überschritten wäre und so bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 34 Abs. 4 Nr. 3 oder 4 KCanG eine Mindeststrafe von zwei Jahren Freiheitsstrafe ausgelöst würde. Dieses Ergebnis wäre untragbar und würde dem Zweck der Teillegalisierung ersichtlich zuwiderlaufen. Denn das bedeutet, sobald der seit 1. April 2024 legale Besitz von bis zu 50 g Cannabis eine THC-Wirkstoffmenge über 7,5 g THC aufweist (was übrigens nur durch einen Sachverständigen festgestellt werden kann), bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 34 Abs. 4 Nr. 3 und 4 eine extrem hohe Einstiegsstrafe (zwei Jahre Freiheitsstrafe) droht. Aber auch § 34 Abs. 3 Nr. 4 KCanG, der den besonders schweren Fall definiert und mit einer Einstiegsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren droht, bezieht sich auf **nicht geringe Mengen**. Wer danach eine Straftat nach § 34 Abs. 1 KCanG begeht und sich die Handlung auf eine **nicht geringe Menge** bezieht, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

In den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, in denen der Wert für nicht geringe Mengen weiterhin bei 7,5 g THC festgelegt wird, liegt ein eklatanter Widerspruch zur klaren Ansage des Gesetzgebers, der in den Gesetzgebungen immer wieder darauf hingewiesen hat, „dass an der bisherigen Definition der nicht geringen Menge nicht mehr“ festgehalten werden könne und der Grenzwert „deutlich höher liegen müsse als in der Vergangenheit“.<sup>8</sup> Daran fühlt sich der Bundesgerichtshof offensichtlich nicht gebunden.

<sup>5</sup> BGH, Beschluss vom 18. April 2024 (1 StR 106/24 = BeckRS 2024, 7982).

<sup>6</sup> BGH, Beschluss vom 23. April 2024 (5 StR 153/24 = BeckRS 2024, 9736).

<sup>7</sup> AG Mannheim, Urteil vom 29. April 2024 (2 Ls 801 Js 37886/23) - [https://www.burhoff.de/asp\\_weitere\\_beschluesse/inhalte/8507.htm](https://www.burhoff.de/asp_weitere_beschluesse/inhalte/8507.htm).

<sup>8</sup> So etwa BT-Drucksache 20/8704, Begründung S. 132 und 147 und BT-Drucksache 20/10426, Begründung S. 134.

Vor diesem Hintergrund **ist die nicht geringe Menge neu zu bestimmen** oder **die Begrifflichkeit aus dem Gesetz insgesamt zu streichen**. Denn dies steht nicht nur in klarem Widerspruch zum Sinn und Zweck des KCanG sondern auch in keinem Verhältnis zur tatsächlichen (Un-)Gefährlichkeit einer derart geringen Menge von 7,5 g THC. Der BGH räumt in seiner Entscheidung vom 23. April 2024<sup>9</sup> selbst ein, dass für die Bestimmung der nicht geringen Menge des jeweiligen Wirkstoffs „die äußerst gefährliche, gar tödliche Dosis des Wirkstoffs“ maßgeblich sei. Daran hält er sich dann aber bei der Bestimmung der nicht geringen Menge bei Cannabis überraschenderweise selbst nicht. Schon 1995 hatte das OLG Schleswig dem BGH einen Fall vorgelegt, in dem es einen THC-Wirkstoffgehalt von 185,1 Gramm nicht für gefährlich genug hielt, um unter den Verbrechenstatbestand zu fallen.<sup>10</sup> Der BGH hielt und hält bis heute an dem einmal (1984) festgelegten Wert von 7,5 g THC fest.

Prof. *Thomas Herdegen* hat inzwischen herausgearbeitet, dass erst von einem Konsum von 750 **Kilogramm** Cannabis eine unmittelbar tödliche Gefahr für den Menschen ausgeht.<sup>11</sup> Eine solche Konsummenge dürfte zu Lebzeiten eines Menschen nicht erreichbar sein. Gemeinsam mit dem Kollegen *Simon Pschorr* habe ich daher in einem Aufsatz für die Schleswig-Holsteinischen Anzeigen (Dewitz/Schorr, SchlHA 2023, S. 401-404) als Grenzwert für den Einstieg in den Verbrechenstatbestand nach alter Rechtslage 300 g THC-Wirkstoffgehalt vorgeschlagen.

## II. „Rettung“ durch das BVerfG nicht zu erwarten

Es ist nicht davon auszugehen, dass das Bundesverfassungsgericht die unerhörte Weigerung mehrerer Senate des Bundesgerichtshofes, den Grenzwert für nicht geringe Mengen auf Anweisung des Gesetzgebers dem neuen KCanG anzupassen, korrigieren wird. Mit Beschluss der 3. Kammer des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Juni 2023<sup>12</sup> hat es das von mir vorgelegte Verfahren – wie alle anderen vorgelegten Verfahren auch –, mit denen die Verfassungsmäßigkeit der Cannabis-Prohibition in Frage gestellt worden war, als unzulässig erachtet und lediglich auf die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers verwiesen.

In der Vorlage, die ich seinerzeit als Abgeordnete Richterin am Amtsgericht Pasewalk verfasst habe (307 Ds 159/21, abgedruckt bei Juris), ging es gerade darum, dass der Gesetzgeber seiner sich aus Art. 103 Abs. 2 GG und der Wesentlichkeitsgarantie ergebenden Pflicht, den Grenzwert für den Einstieg in den Verbrechenstatbestand und damit einer Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe, wie es bis zum 1. April 2024 bei **nicht geringen Mengen** der Fall war, selbst zu regeln, nicht nachgekommen war.

---

<sup>9</sup> BGH, Beschluss vom 23. April 2024 (5 StR 153/24 = BeckRS 2024, 9736).

<sup>10</sup> OLG Schleswig, 1 Ss 379/94. BGH, 3 StR 245/95.

<sup>11</sup> *Herdegen*, Risiken beim medizinischen Einsatz von Cannabis, in: *Ziegler*, Cannabis, Ein Handbuch für Wissenschaft und Praxis, 2022, S. 216-223 (220).

<sup>12</sup>

[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2023/06/1k20230614\\_2bv1000320.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2023/06/1k20230614_2bv1000320.html).

Auf S. 56 der Vorlage heißt es:

#### **„4. Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG**

Verfassungsrechtlich beanstandungsbedürftig ist auch die Bestimmung der „nicht geringen Menge“ des § 29a BtMG. Dies dürfte einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG darstellen

Der strafrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG soll einerseits sicherstellen, dass der demokratisch legitimierte Gesetzgeber über Voraussetzungen und Grenzen der Strafbarkeit entscheidet. Nach den Grundsätzen der Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts hat der demokratisch legitimierte Gesetzgeber selber insbesondere bei Grundrechts-eingriffen über die wesentlichen Merkmale der anzuwendenden Norm zu entscheiden. Je größer der Grundrechtseingriff, desto höher die Anforderungen an die Bestimmtheit. Der § 29a BtMG als Verbrechenstatbestand setzt daher sehr hohe Anforderungen an die Bestimmtheit, denen freilich die Norm nicht genügt.

Andererseits dient das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG dem rechtsstaatlichen Schutz des Normadressaten, indem er den Gesetzgeber dazu anhält, Strafnorm so zu fassen, dass bereits aus dem Wortlaut heraus erkennbar ist, ob ein Verhalten mit Strafe bedroht ist oder nicht (vgl. BVerfGE 47, 109, 120; Böse, Jura 2011, 617 ff.) Das StGB und seine Nebenstrafgesetze sollen nach dem berühmten Diktum von Franz von Liszt „die magna charta des Verbrechers“ sein.

Auch hinsichtlich der Vorhersehbarkeit für den Normadressaten erfüllt der § 29a BtMG nicht die verfassungsrechtlichen Vorgaben. Nach Ansicht des vorlegenden Gerichts hätte der Gesetzgeber selber – jedenfalls in Grundzügen - festlegen müssen, ab welcher Anzahl von Konsumeinheiten von einer nicht geringen Menge, die Voraussetzung für das Handeltreiben ist, auszugehen ist. Zumindest aber hätte der Normgeber festlegen müssen, dass für den Verbrechenstatbestand auf die effektive Anzahl von Handels- bzw. Konsumeinheiten abzustellen ist, um eine hinreichend bestimmte Abgrenzung zum § 29 BtMG zu gewährleisten.“

Weiter heißt es auf S. 59:

„Neben diesen Wertungswidersprüchen ist verfassungsrechtlich bedenklich, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung mit der Entscheidung vom 18. Juli 1984 die Aufgabe des Gesetzgebers übernommen hat, die Bestimmung vorzunehmen, ab welcher Menge der Umgang mit Cannabis ein Verbrechenstatbestand sein soll, der zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr führen soll. Die Entscheidung der Justiz, den Grenzwert und mithin die Marke zu bestimmen, wann ein Verbrechen vorliegt, durchbricht das Prinzip der Gewaltenteilung (so auch Andreas Müller, Kiffen und Kriminalität, 2015, S. 77).

Die Delegation (aus Sicht des Gesetzgebers) oder Anmaßung (aus Sicht der höchstrichterlichen Rechtsprechung) der Bestimmung eines wesentlichen Umstandes

der Strafbarkeit, nämlich ob ein an sich einstellungsfähiges Vergehen oder ein zwingend verfolgbares Verbrechen vorliegt, ist verfassungsrechtlich bedenklich, weil wesentliche Bereiche der Strafbarkeit (das materielle Recht) durch den Gesetzgeber geregelt werden müssen.

Der strenge Gesetzesvorbehalt des Art. 103 Abs. 2 GG, der einerseits sicherstellen soll, dass der demokratisch legitimierte Gesetzgeber über Voraussetzungen und Grenzen der Strafbarkeit entscheidet, andererseits vor allem aber auch den rechtsstaatlichen Schutz des Normadressaten dient, indem er den Gesetzgeber dazu anhält, Strafnorm so zu fassen, dass bereits aus dem Wortlaut heraus erkennbar ist, ob ein Verhalten mit Strafe bedroht ist oder nicht (vgl. BVerfGE 47, 109, 120; Böse, Jura 2011, 617 ff.), wird hier verletzt. Der Normadressat kann aufgrund der Schwankungen des THC-Gehalts und der bedenklichen Nähe zwischen dem Bagatellbereich des Besitzes der geringen Menge zum Eigenbedarf und der nicht geringen Menge, die zur Annahme des Verbrechenstatbestandes führt, nicht erkennen, wann er (gemäß § 31a BtMG) straffrei ausgehen soll, wann er im Vergehenstatbestand (des § 29 BtMG) agiert und wann er vom Vorliegen eines Verbrechenstatbestandes (des § 29a BtMG) ausgehen muss.“

Es bleibt daher keine andere Möglichkeit, als dass der Gesetzgeber selbst den Wert der **nicht geringen Menge** bestimmt oder sämtliche Tatbestände, die an eine **nicht geringe Menge** anknüpfen, schlicht aus dem Gesetz streicht, wofür ich plädiere.

Sollte er sich für die Beibehaltung der gesetzlichen Strafbarkeitsbestimmungen entscheiden, sollte er den Wert der **nicht geringen Mengen** selbst festlegen und dabei auf die Bruttomenge abstellen, so dass der Konsument durch eine Waage selbst unschwer feststellen kann, wann eine nicht mehr geringe Menge vorliegt. Nur so kann dem berühmten Diktum von *Franz von Liszt*, dass das Strafgesetz die „magna charta des Verbrechers“ sein sollte, entsprochen werden.

### III. Meine Empfehlung

Ich empfehle daher, den Begriff: „**nicht geringe Menge**“ vollständig **aus dem Gesetz zu streichen**. Das würde bedeuten, dass § 34 Abs. 3 Nr. 4 und § 34 Abs. 4 Nr. 3 und Nr. 4 KCanG ersatzlos zu streichen wären. So wäre dem Bundesgerichtshof die Grundlage entzogen, Vorgaben des Gesetzgebers weiterhin zu ignorieren. Andernfalls schließe ich mich den Vorschlägen der Stellungnahme der Neuen Richtervereinigung vom 28. Mai 2024 an, insbesondere den Gesetzesvorschlägen auf S. 3 f.

### IV. Anlagen

1. Vorlage des AG Pasewalk vom 29. Juni 2021;
2. Aufsatz *Pschorr/von Dewitz*, Das rechtliche und tatsächliche Scheitern der Cannabisprohibition, in: SchlHA 2023, S. 401-404.

## Das rechtliche und tatsächliche Scheitern der Cannabisprohibition *Plädoyer für eine gesetzgeberische Entscheidung zur Cannabislegalisierung*

Dr. Clivia von Dewitz\*, Simon Pschorr\*

*I find it quite ironic that the most dangerous thing  
about weed is getting caught with it.*

Bill Murray

### Abstract

Der Deutsche Bundestag debattiert das Cannabisgesetz, einen vorsichtigen Versuch der rechtlichen Neubewertung der Cannabisprohibition. Im Folgenden soll die Entstehungsgeschichte des Verbots von Cannabis nachgezeichnet werden. In diesem Lichte muss die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsgemäßheit des Cannabisverbots betrachtet werden. Insbesondere gibt es noch immer keine einheitliche Einstellungspraxis der Länder und keine Entscheidung des Gesetzgebers, wann eine nicht geringe Menge vorliegt und somit der Verbrechenstatbestand eröffnet ist. Die Cannabis-Prohibition ist kein effektives Mittel des Gesundheitsschutzes, während eine maßvolle Legalisierung des Umgangs mit Cannabis zum Eigenkonsum Chancen für Konsumenten und Staat bietet. Deshalb plädieren wir für eine Legalisierung und eine klare und bestimmte Entscheidung des Gesetzgebers.

### Entstehungsgeschichte der Drogenprohibition

Die Drogenprohibition ist nicht etwa aus dem Bedürfnis nach Gesundheitsschutz<sup>1</sup> erwachsen. Vielmehr dominieren ökonomische Interessen den Gesundheitsschutz. Schon das Kaffeehandelsverbot Friedrichs des Großen ab 1766 und das Kaffeeröstverbot<sup>2</sup> von 1781 lässt sich auf den Druck der deutschen Bierbrauer zurückführen, die Umsatzverlust bei Einfuhr von Kaffee aus Afrika fürchteten.<sup>3</sup> „Ein jeder Bauer und gemeine Mensch gewöhnt sich jetzt zum Kaffee“, beklagte der

preußische König und empfahl seinem Volk, bei der gewohnten Biersuppe<sup>4</sup> zu bleiben, obwohl er selbst gerne Kaffee trank. Es wird gemunkelt, Friedrich der Große fürchtete, das aufputschende Getränk könnte das Volk zum Aufstand aufwiegeln. Jedenfalls stellte er 400 Soldaten als „Kaffeeshnüffler“ ein, deren Aufgabe es war, Kaffee zu „erschnüffeln“<sup>5</sup>

Zu jener Zeit war der Konsum von Cannabis übrigens erlaubt. Das Verbot der Pflanze wurde im Wesentlichen von der Holz- und Papierindustrie sowie der Pharmaindustrie insbesondere der USA durchgesetzt, die Aspirin anstelle von natürlichem Cannabis auf dem Markt durchsetzen wollte.<sup>6</sup> Daran lässt sich erkennen, dass die Auswahl verbotener und erlaubter Genussmittel von gesellschaftlichen, schutzgutunabhängigen Anschauungen geprägt ist, wie das BVerfG selbst konzedierte.<sup>7</sup>

Den USA gelang es während der Ersten Internationalen Opiumkonferenz 1911-1912 in Den Haag, die Teilnehmer zur Verabschiedung der Internationalen Opium-Konvention zu überzeugen. Dies wird als die Geburtsstunde der globalen Drogenprohibition verstanden.<sup>8</sup> 1925 wurde auf der Zweiten Internationalen Opiumkonferenz das Internationale Opiumabkommen verschärft. Cannabis wurde erstmals auf Antrag Südafrikas, Ägyptens und der Türkei verboten, was Deutschland unterstützte, weil es dadurch den Heroin-Export nach Ägypten sichern konnte. Erst 1931 beendete das Pharmaunternehmen Bayer die Heroinproduktion.<sup>9</sup>

\* Dr. Clivia von Dewitz ist Richterin am Amtsgericht Bad Segeberg, zur Zeit beurlaubt, um ihre Habilitation zu Therapeutischer Justiz und Restorative Justice zu verfassen.

\*\* Simon Pschorr ist Staatsanwalt und abgeordneter Praktiker an der Universität Konstanz. Er war am 6. November 2023 als Sachverständiger vom Rechtsausschuss des BT zur Anhörung über das Cannabisgesetz geladen.

1 Dazu ausführlich Böllinger, Geschichte der Drogenprohibition, BAG-S Heft 2/2021, S. 15–20; Böllinger, Aufstieg und Fall des Cannabis-Verbots, in: NK 2018, S. 281–299.

2 Mit dem Kaffeeröstverbot, mit dem das Kaffeehandelsverbot umgangen wurde, sollte dem Volk endgültig der Kaffee ausgetrieben werden.

3 Böllinger, Geschichte der Drogenprohibition, BAG-S Heft 2/2021, S. 15–20; Müller, Kiffen und Kriminalität, 2015, S. 181.

4 Brigitte Kohn, Friedrich der Große verbietet Kaffee-Rösten, BR vom 21. Januar 2019 (<https://www.br.de/radio/bayern2/sendungen/kalenderblatt/friedrich-der-grosse-erlaesst-kaffeeroestverbot-kaffee-100.html>). Übrigens ist der Hopfen der nächste biologische Verwandte des Cannabisstrauchs; vgl. nur Müller, Kiffen und Kriminalität, 2015, S. 46.

5 Vgl. nur <https://www.coffeecircle.com/de/b/kaffee-prohibition-deutschland>.

6 Böllinger, Geschichte der Drogenprohibition, BAG-S Heft 2/2021, S. 15–20 (16 f.).

7 BVerfG NJW 1994, 1577-1590 (1585).

8 So Böllinger, Geschichte der Drogenprohibition, BAG-S Heft 2/2021, S. 15–20 (17).

9 Vgl. nur Böllinger, Geschichte der Drogenprohibition, BAG-S Heft 2/2021, S. 15–20 (19).

1971 verabschiedete der Deutsche Bundestag das Betäubungsmittelgesetz, das eine Verschärfung des Opiumgesetzes bedeutete und bis heute Cannabis adressiert. Legalisierungsiniciativen scheiterten bisher an politischen Mehrheiten. Mit dem Entwurf eines Cannabis-Gesetzes<sup>10</sup> liegt nun erstmals ein (deutlich verbesserungswürdiger)<sup>11</sup> Gesetzesentwurf zur Straflosigkeit des Cannabiskonsums vor.

### Der Cannabis-Beschluss 1994

Das Betäubungsmittelrecht hinsichtlich Cannabis sah sich nicht nur wiederholter Kritik aus Öffentlichkeit und politischen Gremien, sondern auch verfassungsrechtlichen Zweifeln ausgesetzt, die sich in zwei Wellen umfassender Richtervorlagen<sup>12</sup> niederschlugen. Bisher hielt das Cannabis-Verbot vor dem Bundesverfassungsgericht mit Einschränkung Stand.

Das Gericht erklärte das BtMG einschließlich der Sanktionierung des Cannabis-Besitzes 1994 für verfassungsgemäß.<sup>13</sup> Es sei grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, den Bereich strafbaren Handelns festzulegen. Grundsätzlich sei die Strafbarkeit von einem legitimen Ziel getragen, obschon das Gericht anerkannte, dass Cannabis keine körperliche, sondern lediglich eine psychische Abhängigkeit hervorrufen würde, die unmittelbaren gesundheitlichen Schäden bei mäßigem Genuss als eher gering anzusehen seien und Cannabis keine „Schrittmacherfunktion“ zukomme. Es stellte ausdrücklich fest, dass sich „die von Cannabisprodukten ausgehenden Gesundheitsgefahren aus heutiger Sicht als geringer darstellen, als der Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes angenommen hat.“ Ein daraus folgendes gemindertes Gewicht des legitimen Ziels schlug sich im Rahmen der Erforderlichkeits- und Angemessenheitsprüfung jedoch nicht maßgeblich nieder. Die Strafandrohung für unerlaubten Erwerb und Besitz von Cannabisprodukten verstößt nach Ansicht des Gerichts nicht gegen das Übermaßverbot, weil der „Gesetzgeber den Strafverfolgungsorganen ermöglicht hat, im Einzelfall durch das Absehen von Strafe oder Strafverfolgung einem geringen individuellen Unrechts- und Schuldgehalt der Tat Rechnung zu tragen.“ Die „Strafverfolgungsbehörden, insbesondere Staatsanwaltschaften haben nach dem Übermaßverbot von der Verfolgung der in § 31a BtMG bezeichneten Straftaten abzusehen“ [Hervorhebung durch Autoren]. Weiter heißt es: „Die Länder trifft hier die Pflicht, für eine im wesentlichen einheitliche Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften zu sorgen.“ In der Praxis hat diese Forderung einer Einstellung bei geringen Mengen für eine Erleichterung bei Konsumenten gesorgt und kann als kleiner Erfolg gewertet werden.

Richter Bertold Sommer hatte sein Sondervotum unter anderem damit begründet, dass die Vorschriften des Betäubungsmittelgesetzes einer Überprüfung am Maßstab der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (Übermaßverbot) schon 1994 nicht mehr standhielten, weil der Gesetzgeber bereits ausreichend Gelegenheit und Anlass hatte, nachzusteuern. Der Verstoß gegen das Übermaßverbot werde nicht dadurch ausgeräumt, dass nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 29

Abs. 5 und 31a BtMG von Strafe oder von Verfolgung abgesehen oder das Verfahren eingestellt werden könne (sogenannte prozessuale Lösung).

„Nach meiner Auffassung kann auf der Grundlage dieses Standes wissenschaftlicher Erkenntnis die Gefahreinschätzung durch den Gesetzgeber, die freilich nur eingeschränkter verfassungsgerichtlicher Kontrolle unterliegt (vgl. BVerfGE 88, 203 (262)), in Bezug auf Cannabisprodukte nicht länger unverändert zugrunde gelegt werden. Der einer Beobachtungs-, Prüfungs- und Nachbesserungspflicht unterliegende Gesetzgeber (...) muss bereits gegenwärtig Korrekturen – und zwar an den zur verfassungsrechtlichen Prüfung gestellten materiellen Straftatbeständen – vornehmen, um einen Verstoß gegen das Übermaßverbot zu beheben; eine bloße weitere Beobachtung und Prüfung in der Zukunft (Vgl. Beschluß C.I.6.) genügt nicht. (...) Das Anknüpfen der Strafdrohung an ein Verhalten äußerst geringer, nur mittelbarer Gefährlichkeit rückt sie damit in die Nähe eines bloßen Mittels zum Zweck; das aber läßt die Strafdrohung als mit dem verfassungsrechtlich geschützten Wert- und Achtungsanspruch nicht mehr vereinbar erscheinen. (...) Gegen die ‚prozessuale Lösung‘ des Senats spricht – neben dem auch im Beschluß (C.I.5.c)2) aufgezeigten Problem einer länderspezifisch erheblich von einander abweichenden Einstellungspraxis – Art. 103 Abs. 2 GG.“<sup>14</sup>

Bedauerlicherweise wurden die Argumente des Sondervotums nicht mehr aufgegriffen. 29 Jahre nach dieser Entscheidung gibt es noch immer keine einheitliche Einstellungspraxis der Länder. Berlin stellt bis 15 Gramm ein, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz bis zehn Gramm und die übrigen Bundesländer bis sechs Gramm.<sup>15</sup> In Mecklenburg-Vorpommern besteht noch nicht einmal eine rechtliche Bestimmung, bis zu welcher Grammzahl ein Verfahren eingestellt werden muss.<sup>16</sup> Vor diesem Hintergrund geht ein Verweis auf die Einschätzungsprärogative ins Leere, entzieht sich der Gesetzgeber ebenjener Einschätzung. Wenn der Gesetzgeber klare Vorgaben einer Verfassungsgerichtsentscheidung 29 Jahre lang nicht umsetzt, ohne dass das Gericht Konsequenzen zieht, steht zu befürchten, dass die Legislative Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts auch in Zukunft ignorieren wird.

### Der Verbrechenstatbestand der nicht geringen Menge in der Rechtsprechung

Besonders deutlich wird die legislative Untätigkeit anhand des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG, der Besitz, Handeltreiben, Herstellung und Abgabe von Betäubungsmitteln (einschließlich) Cannabis zum Verbrechen erklärt. Bislang hat es der Gesetzgeber versäumt, zu bestimmen, wann eine Menge eines gewissen Betäubungsmittels als nicht gering i. S. d. Tatbestands einzustufen ist. Die Vorlage des Amtsgericht Pasewalk vom 29. Juni 2021 moniert, dass der Gesetzgeber damit seiner Pflicht<sup>17</sup> aus Art. 103 Abs. 2 GG,<sup>18</sup> wesentliche Fragen der Strafbarkeit zu entscheiden,<sup>19</sup> nicht nachgekommen ist und

14 Sondervotum Sommer, BVerfG, BVerfGE 90, 145-226, zitiert nach juris, Rn. 233, 246 und 255.

15 Vgl. nur die Übersicht bei Müller, Kiffen und Kriminalität, 2015, S. 72.

16 AG Pasewalk BeckRS 2021, 24672 Rn. 52.

17 BVerfG NJW 2002, 1779 (1780); AG Villingen-Schwenningen BeckRS 2020, 167, Rn. 30; Gärditz, in: Strafverfassungsrecht, S. 33 f.; Ungern-Sternberg, in: Strafverfassungsrecht, S. 90; Nettesheim, in: Strafverfassungsrecht, S. 109 ff.

18 Näher Pschorr, Der Schutz demokratischer Entscheidungsfindung durch den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG) in: Staffler u.a., Strafrecht und Demokratie, S. 131-156 (136 ff.).

19 BVerfG BeckRS 2022, 36007, Rn. 35; BVerfG, NJW 2022, 1160, 1161 Rn. 90; BVerfG, NJW 2010, 3209, 3210 Rn. 72; AG Villingen-Schwenningen, BeckRS 2020, 167, Rn. 30; Tsoumanis, Bestimmtheit und Normativität im Strafrecht, S. 936.

10 BT-Drs. 20/8704 vom 9. Oktober 2023.

11 Vgl. die Stellungnahme der Fachgruppe Strafrecht der NRV: <https://www.neuerichter.de/details/artikel/article/geplante-legalisierung-von-cannabis-muss-optimiert-werden>.

12 LG Frankfurt StrVert 1993, 77; LG Hildesheim DVJJ-Journal 1-2/1992 (Nr. 138), 212; AG Mettmann, 9 Ls 2 Js 1332/91, unveröffentlicht; AG Bernau BeckRS 2022, 49235; AG Bernau StV 2021, 455; AG Münster BeckRS 2020, 48943; AG Pasewalk BeckRS 2021, 24672. Am 11. März 2002 hatte das AG Bernau dem BVerfG einen weiteren Fall vorgelegt, der mit Entscheidung vom 29. Juni 2004 von der 3. Kammer des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts als unzulässig zurückgewiesen wurde; BVerfG, 2 BvL 8/02, zitiert nach juris.

13 BVerfG NJW 1994, 1577–1590.

der Normadressat<sup>20</sup> nicht erkennen kann, wann eine Handlung mit Strafe bedroht ist. „Das StGB und seine Nebengesetze sollen nach dem berühmten Diktum von Franz von Liszt ‚die Magna Charta des Verbrechens sein‘. (...) Der Normadressat kann aufgrund der Schwankungen des THC-Gehalts und der bedenklichen Nähe zwischen dem Bagatellbereich des Besitzes der geringen Menge zum Eigenbedarf und der nicht geringen Menge, die zur Annahme des Verbrechenstatbestandes führt, nicht erkennen, wann er (gemäß § 31a BtMG) straffrei ausgehen soll, wann er im Vergehenstatbestand (des § 29 BtMG) agiert und wann er vom Vorliegen eines Verbrechenstatbestandes (des § 29a BtMG) ausgehen muss.“<sup>21</sup>

Auch die Rechtsprechung tut sich schwer, das Merkmal zu konturieren, fehlt es an einer Wertung hinsichtlich des maßgeblichen Entscheidungskriteriums in Gesetz und Gesetzesgeschichte. Ob der unterschiedlichen Wirkungsweise der vielen verschiedenen Betäubungsmittel, auf die § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG anwendbar ist, ist eine einheitliche Bestimmung eines Grenzwerts unmöglich.<sup>22</sup> Nach der Rechtsprechung ist zunächst die äußerst gefährliche, gar tödliche Dosis des Wirkstoffs maßgeblich.<sup>23</sup> Dieser Maßstab führt nicht weiter, legt man ihn an THC-haltige Betäubungsmittel an.<sup>24</sup> 1995 hatte das OLG Schleswig dem BGH einen Fall vorgelegt, in dem es einen THC-Gehalt von 185,1 Gramm nicht für gefährlich genug hielt, um unter den Verbrechenstatbestand zu fallen.<sup>25</sup> Thomas Herdegen arbeitet heraus, dass erst bei einem Konsum von 750 Kilogramm Cannabis eine unmittelbar tödliche Gefahr für den Menschen ausgeht.<sup>26</sup> Eine solche Konsummenge dürfte zu Lebzeiten eines Menschen nicht erreichbar sein.

Mit dem Urteil vom 18. Juli 1984 hat sich der Bundesgerichtshof deshalb darauf zurückgezogen, die nicht geringe Menge als „Vielfaches“ der Konsummenge<sup>27</sup> zu definieren; der Senat sah „sich daher zur Zeit nur in der Lage“ die Grenze bei 500 Konsumeinheiten und also einer Wirkstoffmenge von 7,5 Gramm THC zu ziehen.<sup>28</sup> Die Grenzziehung bei 500 Konsumeinheiten kann nicht mehr als Akt der Auslegung anhand eines vom Gesetzgeber gesicherten Prüfungsprogramms,<sup>29</sup> sondern nur noch als Akt der verfassungswidrigen Rechtsschöpfung eingestuft werden.<sup>30</sup>

Das BVerfG hat mit Beschluss vom 14. Juni 2023 die Vorlagen der Amtsgerichte Bernau, Münster und Pasewalk, die die Verfassungsmäßigkeit der Cannabis-Prohibition erneut in Frage gestellt hatten, als unzulässig zurückgewiesen und damit sowohl die Untätigkeit des Gesetzgebers als auch explizit die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gebilligt.<sup>31</sup> Fragen der Aufgabenverteilung zwischen Gesetzgeber und Gerichtsbarkeit spielen in der Entscheidung keine Rolle, obschon sie

hier einen Verbrechenstatbestand und somit eine ganz erhebliche Strafdrohung<sup>32</sup> betreffen. Die Konsequenz: Der Gesetzgeber überträgt im Entwurf des neuen Cannabisgesetzes die Aufgabe der Neubewertung der nicht geringen Menge explizit auf die Gerichtsbarkeit:<sup>33</sup> „Der konkrete Wert einer nicht geringen Menge wird abhängig vom jeweiligen THC-Gehalt des Cannabis von der Rechtsprechung aufgrund der geänderten Risikobewertung zu entwickeln sein. Im Lichte der legalisierten Mengen wird man an der bisherigen Definition der nicht geringen Menge nicht mehr festhalten können und wird der Grenzwert deutlich höher liegen müssen als in der Vergangenheit.“ Vielmehr wäre es Aufgabe des Gesetzgebers, die Entscheidung selbst zu treffen oder den Verbrechenstatbestand endgültig zu streichen.

### Das Scheitern der Prohibition

Die Cannabis-Prohibition lässt sich angesichts aktueller Erkenntnisse aus den Ländern, die das Betäubungsmittel legalisiert haben (Uruguay 2013, Kanada 2018, und einzelne Bundesstaaten der USA wie Colorado (2014), Alaska und Oregon (2014), Washington State (2012) etc.), nicht mehr auf den Aspekt des Gesundheitsschutzes stützen.<sup>34</sup> Die Legalisierung von Cannabis hat keinen empirisch evidenten Effekt auf die Konsumhäufigkeit. In den Niederlanden, wo der Besitz und Verkauf schon 1976 entkriminalisiert wurde, nimmt der Konsum seit 40 Jahren im gleichen Maße zu wie in anderen europäischen Ländern, in denen Cannabis noch illegal ist.<sup>35</sup> Elian Pöpau zufolge hat sich zwar eine erhöhte Konsumprävalenz bei der Freigabe von Cannabis in Portugal, aber weder in den Cannabisshops in den Niederlanden noch seit der Einführung von Cannabis SocialClubs in Spanien gezeigt: In der Hauptkonsumentengruppe - Erwachsene im Alter zwischen 18 und 34 Jahren – sei der Konsum angestiegen. Bei Jugendlichen sei eine solche Entwicklung dagegen in keinem der drei Vergleichsstaaten nachzuweisen.

Einen viel größeren Einfluss als die Rechtslage hat, so Pöpau, die gesellschaftliche Einstellung zur freigegebenen Substanz, die bestimmt, wie verbreitet der Konsum in der Gesellschaft ist.<sup>36</sup> Auch Lorenz Böllinger hatte schon darauf verwiesen, „dass Angebot und Nachfrage illegaler Drogen von gesetzlichen Regelungen nahezu unberührt bleiben und eher Moden und Trends unterliegen.“<sup>37</sup> Die Mär von Cannabis als Einstiegsdroge hat schon das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 8. März 1994 entkräftet.<sup>38</sup> Dennoch warnen diejenigen, die gegen eine Legalisierung argumentieren, nach wie vor davor, dass Cannabis ein Einstiegstor zu gefährlicheren Drogen sei. Solange Cannabis nur auf dem Schwarzmarkt erhältlich ist, dürfte tatsächlich die Gefahr bestehen, dass dort auch andere, wirklich gefährliche Drogen angeboten werden. Um dem entgegenzuwirken, hilft nur die

20 BVerfG NJW 1978, 933 (934); BVerfG NJW 1987, 3175; BVerfG NJW 1991, 91 (94).

21 Amtsgericht Pasewalk, BeckRS 2021, 24672 Rn. 199 ff.

22 BGH NJW 1984, 675 (676).

23 St. Rspr., zuletzt BGH BeckRS 2023, 26429 Rn. 7.

24 BGH BeckRS 2023, 26429 Rn. 7; BGH NJW 1985, 1404.

25 OLG Schleswig, 1 Ss 379/94. BGH, 3 StR 245/95.

26 Herdegen, Risiken beim medizinischen Einsatz von Cannabis, in: Ziegler, Cannabis, Ein Handbuch für Wissenschaft und Praxis, 2022, S. 216–223 (220).

27 Zur Problematik der genauen Bestimmung der vielfachen Konsummenge bei neuartigen Betäubungsmitteln siehe zuletzt BGH BeckRS 2023, 26429 Rn. 17.

28 BGH NJW 1985, 1404; so zuletzt auch BayObLG BeckRS 2023, 25872 Rn. 17.

29 Kargl, in: NK-StGB, § 1 Rn. 20; Kargl, Strafrecht, Rn. 371; Rogall, in: KK-OwiG, § 3 Rn. 27; ähnlich Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 103 Abs. 2 Rn. 40 (wesentliche tatbestandliche Grenzziehung durch den Gesetzgeber).

30 So auch Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Auflage 2020, § 5 Rn. 78 f.

31 BVerfG NJW 2023, 3072 (3082) Rn. 107.

32 Mit Relevanz für den Prüfungsmaßstab BVerfG NJW 1987, 3175; BVerfG NJW 2010, 3209 (3211) Rn. 75; BVerfG NVwZ-RR, 569 (571) Rn. 75; BVerfG NJW 2022, 1160 (1161) Rn. 94.

33 BT-Drs. 20/8704, S. 130.

34 So weist etwa Peter Cremer-Schaeffer in seinem Beitrag, Vergleich zu anderen Genussmitteln und suchterzeugenden Stoffen (Alkohol, Coffein, Nicotin, Heroin etc.), in: Ziegler, Cannabis, Ein Handbuch für Wissenschaft und Praxis, 2022, S. 208–215 (213), darauf hin, dass Cannabis zwar zu unerwünschten Wirkungen führen könne, diese aber in der Regel mild seien und bei Gewöhnung seltener aufträten. Er fasst zusammen, Cannabis sei im Ergebnis eine – wissenschaftliche betrachtet – eher ungefährliche Droge.

35 Müller, Kiffen und Kriminalität, 2015, S. 113 ff.

36 Pöpau, Das Ende der Cannabisprohibition?, 2023, S. 525.

37 Böllinger, Drogenprohibition: Verfassungswidrige Verirrung des Strafrechts, in: HU, 2015, Heft 4, S. 95–106 (100).

38 BVerfG, BVerfGE 90, 145–226; so auch Pöpau, Das Ende der Cannabisprohibition?, 2023, S. 271

Legalisierung und die Austrocknung des Schwarzmarktes. Schließlich weist Pöpai darauf hin, dass Cannabiskonsum (anders als Alkoholkonsum)<sup>39</sup> keine kriminalitätsfördernde Wirkung innewohne.<sup>40</sup> Gefahren für die Gesundheit und die öffentliche Sicherheit lassen sich mithin kaum effektiv durch das gesetzliche Verbot von Cannabis verhüten.

### Die Vorteile der Legalisierung

Die Vorteile einer Legalisierung überwiegen gegenüber den Gründen für die Prohibition. Nicht nur gewährleistet eine Legalisierung die Qualität der Produkte nachhaltig, da sie staatlich kontrolliert angebaut werden und keine Streckmittel hinzugefügt werden.<sup>41</sup> Neben der Produktkontrolle kann auch der Jugend- und Verbraucherschutz gewährleistet werden, da das Thema Cannabiskonsum infolge der Legalisierung gesellschaftsfähig und deshalb anders öffentlich darüber diskutiert werden kann. Schließlich können die erwarteten Steuereinnahmen aus dem Verkauf von Cannabis für die Aufklärung über den risikoarmen Konsum,<sup>42</sup> aber auch die negativen Auswirkungen bei Menschen unter 25 Jahren verwendet werden. Die Länder, die Cannabis legalisierten, zeigen, dass die Risikoeinschätzung der Gesellschaft und insbesondere vulnerabler Gruppen maßgeblich durch Aufklärung beeinflusst werden kann.<sup>43</sup> Das

39 Zu den im Vergleich zu anderen Suchtmitteln erhöhten Gesundheitsgefahren von Alkohol vgl. *Nutt/King/Phillips*, Drug harms in the UK: a multicriteria decision analysis, *Lancet*, 2010, S. 1558-1565 (1561).

40 *Pöpai*, Das Ende der Cannabisprohibition?, 2023, S. 523.

41 *Pöpai*, Das Ende der Cannabisprohibition?, 2023, S. 524.

42 *Pöpai*, Das Ende der Cannabisprohibition?, 2023, S. 525.

43 *Pöpai*, Das Ende der Cannabisprohibition?, 2023, S. 526.

verdeutlicht, wie wichtig Aufklärung ist und wie wichtig es ist, in Aufklärungsarbeit – sprich Prävention – zu investieren.

Will der Bundesgesetzgeber Gesundheitsschutz effektiv erreichen, ohne die Freiheit der Normunterworfenen überschneidend einzuschränken, muss er den notwendigen ersten Schritt zur Legalisierung von Cannabis mindestens zum Eigenkonsum gehen. Dabei kann und muss er klare Grenzen zwischen legalen Eigenkonsummengen und strafbaren Handelsmengen, besonders nicht geringer Mengen, ziehen. Nicht geringe Mengen sollten, sofern sie den Verbrechenstatbestand eröffnen, sehr hoch angesetzt werden; mindestens bei 300 Gramm THC-Gehalt. Der Verbrechenstatbestand fände dann erst bei handelstauglichen Mengen, nämlich 1,5 kg Haschisch mit einem Durchschnitts-THC-Gehalt von 20 % und 2 kg Cannabis mit einem Durchschnitts-THC-Gehalt von 15 % Anwendung. So würde die Qualifikation auf einen engen Anwendungsbereich handelstypischer Mengen zurückgeführt und damit der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt. Letztendliches Ziel des Gesetzgebers sollte jedoch sein, Cannabis vollständig zu legalisieren.<sup>44</sup>

44 So auch schon *Müller*, Kiffen und Kriminalität, 2015; *Böllinger*, Drogenprohibition: Verfassungswidrige Verirrung des Strafrechts, in: HU, 2015, Heft 4, S. 95–106; *Böllinger*, Geschichte der Drogenprohibition, BAG-S Heft 2/2021, S. 15–20; *Böllinger*, Aufstieg und Fall des Cannabis-Verbots, in: NK 2018, S. 281–299; *Scheerer*, Internationales Drogenkontrollrecht: Ursprung, Expansion, Erosion, in: KJ, 2019, S. 315–335; *Nestler*, Bürgerautonomie und Drogenstrafrecht, in: BAG-S Heft 2/2021, S. 21–25 sowie das Manifest des Schildower Kreises (<https://schildower-kreis.de/drogenprohibition-gescheitert-schaedlich-und-teuer/>).