



Ausarbeitung

**Unionsrechtlich eröffnete Regelungsfreiheiten der Mitgliedstaaten im
Bereich Cannabis**

Unionsrechtlich eröffnete Regelungsfreiheiten der Mitgliedstaaten im Bereich Cannabis

Aktenzeichen: EU 6 - 3000 - 024/23
Abschluss der Arbeit: 16. Juni 2023 (zugleich letzter Zugriff auf Online-Quellen)
Fachbereich: EU 6: Fachbereich Europa

Die Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegen, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab der Fachbereichsleitung anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Fragestellung	4
2.	Vorbemerkung zu Gegenstand und Gang der Begutachtung	4
3.	Primärrechtliche Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten	5
4.	Sekundärrechtlicher Entkriminalisierungsspielraum	7
4.1.	Der Rahmenbeschluss 2004/757/JI	7
4.1.1.	Einführung: Rechtsnatur und maßgebliche Auslegungsgrundsätze	7
4.1.2.	Anwendungsbereich und grundsätzliche Kriminalisierungspflicht	9
4.1.3.	Privatkonsumklausel (Art. 2 Abs. 2 RB 2004)	10
4.1.3.1.	Art. 2 Abs. 2 als unionsrechtliche Öffnungsklausel	10
4.1.3.2.	Völkervertragskonforme Auslegung von Art. 2 Abs. 2 RB 2004?	11
4.1.3.3.	Im Einzelnen: Erwägungen zur Reichweite der mitgliedstaatlichen Regelungsfreiheit	17
4.1.3.3.1.	Vollständige Entkriminalisierung und (kommerzielle) Verschaffungstätigkeiten	17
4.1.3.3.2.	Kauf, Besitz und privater (individueller) Anbau	19
4.1.3.3.3.	Vereinsmäßiger Anbau	19
4.1.3.3.4.	Zwischenergebnis	21
4.1.4.	Berechtigungsklausel (Art. 2 Abs. 1 RB 2004)	21
4.1.4.1.	Vollständige Entkriminalisierung	22
4.1.4.2.	Beschränkung auf medizinische und wissenschaftliche Zwecke?	22
4.1.4.2.1.	Historische und Wortlautauslegung	23
4.1.4.2.2.	Völkervertragskonforme Auslegung von Art. 2 Abs. 1 RB 2004?	24
4.1.4.2.3.	Bisherige Rechtsprechung des EuGH	25
4.1.4.2.4.	Andere Wertung aufgrund unionaler und/oder internationaler Menschenrechte?	27
4.1.4.2.5.	Zwischenergebnis	29
4.1.4.3.	Spielraum im Rahmen medizinischer und wissenschaftlicher Zwecke	29
4.1.4.4.	Spielraum bei unionsautonomen Verständnis	30
4.1.5.	Zwischenergebnis zu Art. 2 RB 2004	32
4.2.	Art. 71 des Schengener Durchführungsübereinkommens	33
5.	Schlussfolgerungen für den unionsrechtlichen Legalisierungsspielraum	36
6.	Unionsrechtliche Begrenzung der völkerrechtlichen Handlungsfreiheit der Mitgliedstaaten?	38
7.	Ergebnis	41

1. Fragestellung

Der Fachbereich wurde mit der Begutachtung beauftragt, welche Freiheiten und Kompetenzen die EU-Mitgliedstaaten (Mitgliedstaaten) innerhalb des EU-Rechts in Bezug auf eine umfassende oder teilweise Cannabis-Legalisierung haben.

2. Vorbemerkung zu Gegenstand und Gang der Begutachtung

Die Begutachtung beschränkt sich auftragsgemäß auf das **EU-Recht**. Völkerrechtliche Fragestellungen spielen nur insoweit eine Rolle, als es um Auswirkungen des bestehenden Völkervertragsrechts zur Drogenkontrolle¹ auf das unionale Rechtsregime und um unionsrechtliche Einflüsse auf die völkervertragliche Handlungsfreiheit der Mitgliedstaaten geht. Es wird hingegen insbesondere nicht bewertet, ob und inwieweit den Mitgliedstaaten durch das Unionsrecht eingeräumte Spielräume ggf. durch ihre völkerrechtlichen Bindungen oder sonstige Vorgaben begrenzt werden.

Soweit nach dem mitgliedstaatlichen Spielraum für eine **Cannabislegalisierung** gefragt wird, ist auf Folgendes hinzuweisen: Wie noch im Einzelnen dargelegt wird, verpflichtet das Unionsrecht die Mitgliedstaaten, diverse Verhaltensweisen bezüglich des Umgangs mit Cannabis unter Strafe zu stellen, d.h. zu kriminalisieren. In einem ersten Schritt stellt sich daher die Frage nach dem mitgliedstaatlichen Entkriminalisierungsspielraum. Denn nur soweit die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet sind, bestimmte Verhaltensweisen mit den Mitteln des Strafrechts zu bekämpfen, kommt eine Legalisierung, d.h. das positive Erlauben dieser Verhaltensweisen überhaupt in Betracht. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass selbst ein **unionsrechtlich eröffneter Entkriminalisierungsspielraum nicht automatisch** auch einen **Legalisierungsspielraum** eröffnet. Denn aus der Freiheit, nicht auf das scharfe Schwert des Strafrechts zurückgreifen zu müssen, folgt nicht automatisch, dass keine anderen Gegenmaßnahmen zu ergreifen sind (bspw. über das Ordnungswidrigkeitenrecht).² Vor diesem Hintergrund wird nachfolgend unter **Ziff. 4** zunächst der unionsrechtliche Entkriminalisierungsspielraum untersucht. Hierauf aufsetzend werden dann unter **Ziff. 5** Erwägungen zum Legalisierungsspielraum angestellt.

Die aufgeworfene Frage nach der **Kompetenzverteilung** zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten ist an diversen Stellen dieser Ausarbeitung relevant. Sie betrifft nicht nur die Frage der unionsrechtlichen Zugriffsmöglichkeiten auf die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen. Vielmehr wirkt sich die Reichweite der unionsrechtlichen „Innenkompetenz“ (= Verhältnis EU/Mitgliedstaaten) auch darauf aus, inwieweit die EU „nach außen“, also im Bereich des Völkervertragsrechts gegenüber Drittstaaten handeln kann (**Ziff. 6**). Ferner ist die interne Kompetenzverteilung für die Frage relevant, inwieweit bestehendes Völkervertragsrecht als Bestandteil des Unionsrechts sowohl die EU als auch die Mitgliedstaatlichen unionsrechtlich bindet (vgl. dazu insbesondere nachfolgend Ziff. 4.1.3.1.2., Ziff. 4.1.4.2.2). Bevor auf diese Detailfragen eingegangen

1 Siehe für einen Überblick über das Völkervertragsrecht im Bereich der Drogenkontrolle beispielsweise: Wissenschaftliche Dienste des Bundestages, Dokumentation, Cannabis-Legalisierung im Lichte des Völkerrechts, [WD 2 - 3000 - 057/22](#) vom 22. Juli 2022.

2 Vgl. zum Ganzen etwa: *Hofmann*, [Verfassungsblog v. 26. April 2023](#).

wird, soll **Ziff. 3** einen allgemeinen Überblick über die (interne) Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten hinsichtlich des rechtlichen Umgangs mit Cannabis liefern.

Bezüglich des Gegenstands und Umfangs dieser Ausarbeitung ist abschließend noch auf Folgendes hinzuweisen: Die Entkriminalisierung bzw. Legalisierung von Cannabis wirft diverse durch die **zuständigen Unionsgerichte noch nicht geklärte Rechtsfragen**³ auf. Eine **abschließend verbindliche Auslegung des Unionsrechts** kann nur der hierfür nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 des Vertrags über die Europäische Union (EUV) zuständige Gerichtshof der Europäischen Union herbeiführen. Angesichts der Vielzahl komplexer Fragestellungen hinsichtlich der Wechselwirkungen zwischen EU-, Völker- und nationalem Recht, der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe in den einschlägigen Rechtsakten und schließlich des Umstands, dass die Thematik einen unmittelbaren Bezug zur – ggf. einem Wandel unterliegenden – gesellschaftlichen und politischen Meinung zum „richtigen“ Umgang mit Cannabis hat, lässt sich die künftige Positionierung des Europäischen Gerichtshofs (**EuGH**) jedoch nicht mit Sicherheit prognostizieren. Vor diesem Hintergrund beschränkt sich diese Ausarbeitung darauf, die Reichweite mitgliedstaatlicher Handlungsspielräume auf der Grundlage etablierter Auslegungsmethoden, der bisherigen Rechtsprechung und der in der Literatur hierzu entwickelten Argumentationen zu untersuchen. Hierzu soll insbesondere auf die öffentlich diskutierte Szenarien des „reinen“ Privatkonsums, der vereinsmäßigen Organisation des Privatkonsums, wissenschaftlicher Modellprojekte und der Einführung staatlich bzw. staatlich kontrollierter Cannabis-Anbau- und -Abgabesysteme zu Genusszwecken eingegangen werden.

3. Primärrechtliche Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten

Wie bereits aus der Vorbemerkung unter Ziff. 2 hervorgeht, spielt der **Bereich des Strafrechts** für die vom Auftraggeber aufgeworfene Frage eine wichtige Rolle. Nicht zuletzt, weil die Entscheidung über die Kriminalisierung bestimmter Verhaltensweisen als souveränitätssensibel und eng mit den ethischen Wertungen der jeweiligen Gesellschaft im Mitgliedstaat verbunden gilt,⁴ hat die EU in diesem Bereich keine umfassende Harmonisierungskompetenz. Statt auf Vollharmonisierung zielt das EU-Recht in erster Linie auf die Verschränkung nationaler Strafrechtsordnungen durch das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, demzufolge Entscheidungen eines Mitgliedstaats in der Rechtsordnung eines anderen Mitgliedstaates Wirkung verliehen werden muss, vgl.

3 Vgl. *van Kempen/Fedorova*, Cannabis Regulation Through the “Without Right” Clause in Article 2(1) of EU Framework Decision 2004/757/jha on Illicit Drug Trafficking, [European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 2023](#), S. 73 (78) (im Folgenden: *van Kempen/Fedorova*, Studie Berechtigungsklausel).

4 Vgl. etwa: BVerfG, Urteil vom 30. Juni 2009, 2 BvE 2/08, 814/08, Lissabon, Rn. 358, wonach das Strafrecht „in seinem Kernbestand [...] für die besonders sensible demokratische Entscheidung über das rechtsethische Minimum“ stehe; *Misoski/Rumenov*, The Effectiveness of Mutual Trust in Civil and Criminal Law in the EU, *ECLIC* 2017, S. 364 (368); *Kubiciel*, Mindeststandards und Verfahrensgrundsätze im Strafverfahren unter europäischem Einfluss, in: *Weller/Althammer*, Mindeststandards im europäischen Zivilprozessrecht – Grundvoraussetzung für gegenseitiges Vertrauen, 2015, S. 135 (138 f.) m.w.N.: „Strafrecht als Seismograph der Staatsverfassung“; *Weyembergh*, Approximation of Criminal Laws, the Constitutional Treaty and the Hague Programme CMLR 2005, S. 1567 (1567).

Art. 82 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).⁵ Auch zur Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung können gemäß Art. 83 Abs. 1 AEUV aber **Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten** in bestimmten Bereichen **besonders schwerer Kriminalität** festgelegt werden, sofern sie eine **grenzüberschreitende Dimension** haben. Zu diesen Kriminalitätsbereichen zählt gemäß Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV der **illegale Drogenhandel**. Bereits der Vertrag von Maastricht aus dem Jahr 1992 qualifizierte die polizeiliche Zusammenarbeit zur Verhütung und Bekämpfung des illegalen Drogenhandels als „Angelegenheiten von gemeinsamem Interesse“, vgl. Art. K.1 EUV Maastricht.⁶ Der nachfolgend unter Ziff. 4.1. analysierte Rahmenbeschluss 2004/757/JI (im Folgenden **RB 2004**)⁷ wurde auf Grundlage der damals geltenden Fassung des EUV erlassen.⁸

Die in Art. 83 Abs. 1 AEUV verankerte Befugnis zur Strafrechtsangleichung zählt zu den Unionskompetenzen im Bereich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (vgl. Art. 67 ff. AEUV). Hierbei handelt es sich gemäß Art. 4 Abs. 2 Buchst. j AEUV um eine **geteilte Zuständigkeit**. Gemäß Art. 2 Abs. 2 AEUV bedeutet das, dass im Ausgangspunkt zwar sowohl die EU als auch die Mitgliedstaaten gesetzgeberisch tätig werden dürfen. Soweit die EU aber verbindliche Regelungen erlassen hat, „sperrt“ sie die mitgliedstaatliche Zuständigkeitsausübung in diesem Bereich.⁹

Neben dem Strafrecht sind die Kompetenzen der EU im Bereich der **Gesundheitspolitik** zu nennen. So bestimmt Art. 168 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV, dass die EU die Maßnahmen der Mitgliedstaaten zur **Verringerung drogenkonsumbedingter Gesundheitsschäden** einschließlich der Informations- und Vorbeugungsmaßnahmen ergänzt. Die Verhütung der Drogenabhängigkeit wird zudem als Gegenstand Art. 35 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) genannt.¹⁰ Bereits der Wortlaut von Art. 168 AEUV verdeutlicht, dass es sich lediglich um eine „Ergänzungs-

5 Vgl. überblicksartig auch zur entsprechenden Ausgestaltung des EU-Rechts mit „intergouvernementalen Reminiszzenzen“ im Strafrechtsbereich: Müller, Der Grundsatz der gegenseitigen Vertrauens im Mehrebenensystem der Europäischen Union, 2023, S. 44 ff., 55 ff.

6 Vgl. Vertrag über die Europäische Union, [ABl. C 224, 31. August 1992, S. 1.](#)

7 Rahmenbeschluss 2004/757/JI des Rates vom 25. Oktober 2004 zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels, ABl. L 335, 11. November 2004, S. 8 ([konsolidierte Fassung](#)).

8 Gemäß Art. 31 Abs. 1 Buchst. e in der Fassung des Vertrag von Nizza, [ABl. C 80, 10. März 2001](#), S. 1, schloss das gemeinsame Vorgehen im Bereich der justiziellen Strafsachen „die schrittweise Annahme von Maßnahmen zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen in den Bereichen [...] illegaler Drogenhandel“ ein. Vgl. auch: Esser, Europäisches und Internationales Strafrecht, 3. Aufl. 2023, § 2, Rn. 131.

9 Vgl. nur: Calliess, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 2 AEUV, Rn. 13 ff.

10 GA Bot, Schlussanträge vom 15. Juli 2010 zu EuGH, Rs. C-137/09, Josemans, Rn. 26.

kompetenz“ der EU handelt. Daraus wird in der Literatur abgeleitet, dass sich unionale Maßnahmen nicht in Widerspruch zur nationalen Gesundheitspolitik setzen dürfen (siehe noch unten Ziff. 5).¹¹

Neben den spezifisch auf die Bekämpfung des illegalen Drogenhandels und der Drogensucht gerichteten Kompetenzen können sich auch im Bereich der **Binnenmarkt- und der Handelskompetenz** der EU Vorgaben für den mitgliedstaatlichen Umgang mit Cannabis ergeben.¹²

4. Sekundärrechtlicher Entkriminalisierungsspielraum

Wie in der Vorbemerkung unter Ziff. 2 bereits dargestellt, soll zunächst auf den unionsrechtlich eröffneten Entkriminalisierungsspielraum eingegangen werden. Denn nur soweit dieser Spielraum reicht, kommt eine Legalisierung von Cannabis überhaupt in Betracht. Für die Frage nach mitgliedstaatlichen Kriminalisierungspflichten bzw. Entkriminalisierungsspielräumen ist zum einen der in Ziff. 3 bereits erwähnte RB 2004 relevant (siehe Ziff. 4.1.). Darüber hinaus ergeben sich aus Art. 71 des Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ)¹³ Kriminalisierungspflichten hinsichtlich des Umgangs mit Cannabis (siehe Ziff. 4.2.).

4.1. Der Rahmenbeschluss 2004/757/JI

Der RB 2004 normiert für näher definierte „Drogen“, einschließlich Cannabis, und „Grundstoffe“ Mindestvorschriften für Straftatbestände und Strafen, um die Bekämpfung des illegalen Drogenhandels in der EU zu verbessern.

Im Folgenden werden zunächst die Rechtsnatur des RB 2004 und die für seine Auslegung maßgeblichen Grundsätze (Ziff. 4.1.1.) sowie die einschlägigen Bestimmungen (Ziff. 4.1.2.) überblicksartig dargestellt. Auf dieser Grundlage werden die den Mitgliedstaaten eröffneten Entkriminalisierungsspielräume analysiert (Ziff. 4.1.3. und Ziff. 4.1.4.).

4.1.1. Einführung: Rechtsnatur und maßgebliche Auslegungsgrundsätze

Der RB 2004 gehört zu einer Reihe von Rahmenbeschlüssen, die ursprünglich auf der Grundlage des Vertrags von Amsterdam und damit im Rahmen der seinerzeit noch intergouvernementalen (zwischenstaatlich-völkerrechtlichen) Zusammenarbeit im Strafrechtsbereich erlassen wurden.¹⁴ Mit dem Vertrag von Lissabon aus dem Jahr 2009 ist die Rechtsakt-Kategorie des Rahmenbeschlusses entfallen. Die bereits verabschiedeten Rahmenbeschlüsse, einschließlich des RB 2004,

11 Schmidt am Busch, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 78. EL 2023, Art. 168 AEUV, Rn. 38.

12 Vgl. ebenda, Rn. 17.

13 Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen, [ABl. L 239, 22. September 2000, S. 19](#).

14 Der RB 2004 stützt sich auf Art. 31 Abs. 1 Buchst. e und Art. 34 Abs. 2 Buchst. b EUV a.F.

gelten aber als **Sekundärrecht der EU** fort.¹⁵ Ihre Wirkungen entsprechen im Wesentlichen denen einer Richtlinie i.S.v. Art. 288 Abs. 3 AEUV: Die darin festgeschriebenen Ziele sind für die Mitgliedstaaten verbindlich und müssen im nationalen Recht entsprechend umgesetzt werden.¹⁶ Inzwischen wurde der RB 2004 durch die auf Art. 83 Abs. 1 AEUV gestützte Richtlinie 2017/2103 erweitert.¹⁷ Der RB 2004 erstreckt sich nunmehr auch auf bestimmte psychoaktive Substanzen, die durch eine delegierte Verordnung der Kommission in den Anhang des RB 2004 aufgenommen werden (vgl. Art. 1 Abs. 1 Buchst. b, Nr. 4, Art. 1a, Art. 8a RB 2004).

Mit der Überführung der Rahmenbeschlüsse in das supranationale („überstaatliche“) Unionsrecht im Rahmen des Vertrags von Lissabon dürften für sie die für supranationales Unionssekundärrecht maßgeblichen **unionsrechtlichen Auslegungsgrundsätze** gelten.¹⁸ Danach bestimmt der EuGH den Bedeutungsgehalt von Sekundärrechtsnormen grundsätzlich ausgehend vom Wortlaut der jeweiligen Bestimmung anhand ihres Regelungszusammenhangs (systematische Auslegung) sowie des mit der Regelung verfolgten Ziels (teleologische Auslegung) unter Berücksichtigung der Erwägungsgründe eines Rechtsakts.¹⁹ Die historische, auf die Entstehungsgeschichte und den Willen des Gesetzgebers abstellende Auslegung hat im auf fortschreitende Integration gerichteten Unionsrecht nur eine untergeordnete Bedeutung.²⁰

Zusätzlich spielen für die Auslegung des Unionssekundärrechts die **primärrechtskonforme**²¹ und die **völkerrechtskonforme Auslegung**²² eine Rolle. Dies ist insbesondere darauf zurückzuführen, dass sowohl das Unionsprimärrecht als auch das Völkervertragsrecht – soweit die EU hieran ge-

15 Vgl. Art. 9 f. Protokoll (Nr. 36) über die Übergangsbestimmungen v. 13. Dezember 2007, [ABl. C 115, 9. Mai 2008, S. 322](#).

16 Art. 34 Abs. 2 lit. b S. 2 f. EUV a.F. bestimmte: „Rahmenbeschlüsse sind für die Mitgliedstaaten hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlassen jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Sie sind nicht unmittelbar wirksam“.

17 Richtlinie (EU) 2017/2103 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. November 2017 zur Änderung des Rahmenbeschlusses 2004/757/JI des Rates zur Aufnahme neuer psychoaktiver Substanzen in die Drogendefinition und zur Aufhebung des Beschlusses 2005/387/JI des Rates, [ABl. L 305, 21. November 2017, S. 12](#).

18 Wie hier wohl: *Thym*, [Verfassungsblog v. 29. August 2022](#). Hinsichtlich der intergouvernementalen Rahmenbeschlüsse war strittig, ob sie nach völker- oder unionsrechtlichen Grundsätzen auszulegen seien, vgl. nur EuGH, Urteil vom 11. Februar 2003, verb. Rs. C-187/01 und C-385/01, Gözütok und Brügge; BVerfG, Urteil vom 18. Juli 2005, 2 BvR 2236/04, Europäischer Haftbefehl I, Rn. 80; *Pohl*, Vorbehalt und Anerkennung – Der Europäische Haftbefehl zwischen Grundgesetz und Europäischem Primärrecht, 2009, S. 39 f.

19 Vgl. EuGH, Urteil vom 12. Dezember 2019, Rs. C-380/18, E.P., Rn. 33; Urteil vom 4. April 2017, Rs. C-544/15, Fahimian, Rn. 30 m.w.N.; Urteil vom 24. Juni 2015, Rs. C-373/13, Rn. 58 ff.; Urteil vom 11. Juni 2015, Rs. C-554/13, Zh. und O., Rn. 42.

20 Vgl. *Pechstein/Drechsler*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 7, Rn. 33 ff.

21 Vgl. nur: *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 78. EL 2023, Art. 19 EUV, Rn. 62.

22 Vgl. dazu etwa: *Weiß*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 78. EL 2023, Art. 216 AEUV, Rn. 208.

bunden ist – im **Rang über dem Sekundärrecht** stehen und daher dessen Rechtmäßigkeitsmaßstab bilden bzw. bilden können.²³ Hinsichtlich des Völkervertragsrechts folgt dies aus **Art. 216 Abs. 2 AEUV**. Danach binden die von der EU geschlossenen Übereinkünfte sowohl die EU als auch die Mitgliedstaaten. Hieraus leitet der EuGH den Grundsatz ab, dass internationale Übereinkünfte, soweit die EU an sie gebunden ist, zu integrierenden Bestandteilen des Unionsrechts werden (**Inkorporation**).²⁴ Diese Integration des Völkervertragsrechts in das Unionsrecht bedeutet, dass die aus einer internationalen Übereinkunft resultierenden Verpflichtungen nicht nur völkerrechtlicher Natur sind. Es gilt insoweit vielmehr zusätzlich ein Geltungs- und Anwendungsbefehl unionsrechtlicher Natur. Das wiederum bedeutet, dass über Art. 216 Abs. 2 AEUV sowohl die EU als auch die Mitgliedstaaten unionsrechtlich zur Beachtung der völkervertraglichen Bestimmungen verpflichtet sind.²⁵ Dergestalt in das Unionsrecht integriertes Völkervertragsrecht steht indes im Rang unter dem Primärrecht. Es nimmt einen „**Zwischenrang zwischen dem Primär- und dem Sekundärrecht**“ ein.²⁶ Steht dem integrierten Völkervertragsrecht (bzw. dem Inkorporationsakt) also Primärrecht entgegen, ist es nichtig bzw. kann von den Unionsgerichten für nichtig erklärt werden.

4.1.2. Anwendungsbereich und grundsätzliche Kriminalisierungspflicht

Der **sachliche Anwendungsbereich** des RB 2004 erfasst u.a. „Drogen“ i.S.v. Art. 1 Abs. 1. Hierzu zählen sämtliche Stoffe, die im Einheits-Übereinkommen der Vereinten Nationen (VN) von 1961 über Suchtstoffe in der durch das Protokoll von 1972 geänderten Fassung (im Folgenden: **Einheits-Übereinkommen**)²⁷ oder im Übereinkommen der Vereinten Nationen von 1971 über psychotrope Stoffe (im Folgenden **Übereinkommen über psychotrope Stoffe**)²⁸ erfasst sind. Zu den vom Einheits-Übereinkommen in Anhang I erfassten Suchtstoffen zählen insbesondere **Cannabis**²⁹ und **Cannabisharz**. Das Übereinkommen über psychotrope Stoffe³⁰ listet in seinem Anhang I

23 Siehe zum Rang des in das Unionsrecht integrierten Völkervertragsrechts: *Giegerich*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar, 1. Aufl. 2017, Art. 216 AEUV, Rn. 213.

24 Vgl. mit Nachweisen aus der Rechtsprechung: *Giegerich*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar, 1. Aufl. 2017, Art. 216 AEUV, Rn. 206.

25 Vgl. *Mögele*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 216 AEUV, Rn. 49 f.

26 *Giegerich*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar, 1. Aufl. 2017, Art. 216 AEUV, Rn. 213 ff.

27 [BGBL. II 1977, S. 112](#); [United Nations Treaty Series, Bd. 520, Nr. 7515](#).

28 [BGBL. II 1976, S. 1478](#); [United Nations Treaty Series, Bd. 1019, Nr. 14956](#).

29 Nach Art. 1 Abs. 1 Buchst. b Einheits-Übereinkommen bezeichnet der Ausdruck „Cannabis“ die Blüten- oder Fruchtstände der Cannabispflanze, denen das Harz nicht entzogen worden ist, und zwar ohne Rücksicht auf ihre Benennung; ausgenommen sind die nicht mit solchen Ständen vermengten Samen und Blätter. Nach Art. 1 Abs. 1 Buchst. c Einheits-Übereinkommen bezeichnet der Ausdruck „Cannabispflanze“ jede Pflanze der Gattung Cannabis.

30 Vgl. zur untergeordneten Bedeutung dieses Abkommens für die Cannabis-Entkriminalisierung bzw. Legalisierung: *Wegener*, Rechtsgutachten zum Thema: Völker- und europarechtliche Grenzen einer Cannabis-Legalisierung in Deutschland, 23. Februar 2023, https://www.stmgp.bayern.de/wp-content/uploads/2023/03/gutachten_cannabis-legalisierung.pdf, S. 21 f. (im Folgenden: *Wegener*, Rechtsgutachten).

unter anderem Tetrahydrocannabinol (THC) und seine Isomere. Anhang II listet zudem Dronabinol.

Zentral für den **Umfang der mitgliedstaatlichen Kriminalisierungspflicht** ist Art. 2 RB 2004, der bestimmt:

„(1) Jeder Mitgliedstaat trifft die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass folgende vorsätzliche Handlungen unter Strafe gestellt werden, wenn sie **ohne entsprechende Berechtigung** vorgenommen wurden:

- a) das Gewinnen, Herstellen, Ausziehen, Zubereiten, Anbieten, Feilhalten, Verteilen, Verkaufen, Liefern – gleichviel zu welchen Bedingungen –, Vermitteln, Versenden – auch im Transit –, Befördern, Einführen oder Ausführen von Drogen;
- b) das Anbauen des Opiummohns, des Kokastrauchs oder der Cannabispflanze;
- c) das Besitzen oder Kaufen von Drogen mit dem Ziel, eine der unter Buchstabe a) aufgeführten Handlungen vorzunehmen;
- d) das Herstellen, Befördern oder Verteilen von Grundstoffen in der Kenntnis, dass sie der illegalen Erzeugung oder der illegalen Herstellung von Drogen dienen.

(2) Die Handlungen nach Absatz 1 fallen nicht in den Anwendungsbereich dieses Rahmenbeschlusses, wenn die Täter sie **ausschließlich für ihren persönlichen Konsum im Sinne des nationalen Rechts** begangen haben.“³¹

Bereits der Wortlaut des Art. 2 RB 2004 legt zwei Anknüpfungspunkte für eine Einschränkung der mitgliedstaatlichen Kriminalisierungspflicht nahe. Dies betrifft einmal den in Art. 2 Abs. 2 RB 2004 normierten „persönlichen Konsum“ (im Folgenden: „**Privatkonsumklausel**“, vgl. Ziff. 4.1.3.) und zum anderen den in Art. 2 Abs. 1 enthaltenen Zusatz „ohne entsprechende Berechtigung“ (im Folgenden: „**Berechtigungsklausel**“, vgl. Ziff. 4.1.4.).

4.1.3. Privatkonsumklausel (Art. 2 Abs. 2 RB 2004)

Unter Ziff. 4.1.3.1. und Ziff. 4.1.3.2. werden zunächst allgemeine Fragen der Auslegung von Art. 2 Abs. 2 RB 2004 thematisiert. Unter Ziff. 4.1.3.3. werden einzelne Szenarien darauf untersucht, ob die der Privatkonsumklausel unterfallen könnten.

4.1.3.1. Art. 2 Abs. 2 als unionsrechtliche Öffnungsklausel

Bereits aus Art. 2 Abs. 1 Buchst. c RB 2004 folgt, dass ein Verhalten nur unter Strafe zu stellen ist, wenn hierdurch die in Art. 2 Abs. 1 Buchst. a RB 2004 gelisteten Handlungen vorgenommen werden sollen. Art. 2 Abs. 2 RB 2004 nimmt darüber hinaus vollumfänglich die in Art. 2 Abs. 1 gelisteten Tathandlungen vom Anwendungsbereich des RB 2004 aus, wenn sie ausschließlich für den persönlichen Konsum im Sinne des **nationalen Rechts** begangen wurden. In diesem Rahmen

31 Hervorhebungen hinzugefügt.

kommt eine Entkriminalisierung nach dem Wortlaut also bspw. auch für das Anbauen der Cannabispflanze sowie Gewinnen und Verkaufen von Cannabis in Betracht.

Bei Art. 2 Abs. 2 handelt es sich um eine „**Öffnungsklausel**“ in das nationale Recht. Die Mitgliedstaaten können also im Ausgangspunkt selbst bestimmen, was sie unter Handlungen verstehen, die die Täter „ausschließlich für ihren persönlichem Konsum“ begehen.³² Der EuGH wird also kein einheitliches, unionsautonomes Verständnis dieses Begriffs vorgeben.³³ Allerdings ist auch nicht anzunehmen, dass der EuGH den Mitgliedstaaten hier eine völlige „Definitionsfreiheit“ einräumen würde. Insofern kann beispielsweise eine Anleihe bei Ordre Public-Tatbeständen in Sekundärrechtsakten genommen werden. Diese verweisen zwar ebenfalls in das nationale Recht und räumen den Mitgliedstaaten Spielraum zum Schutz ihrer nationalen öffentlichen Ordnung und damit auch zur Definition dieser öffentlichen Ordnung ein. Gleichwohl wacht der EuGH darüber, dass die Mitgliedstaaten ihren Spielraum nicht zu weit ausdehnen und damit letztlich das System und Ziel des jeweiligen Rechtsakts in Frage stellen.³⁴ Auch weil die Definition des persönlichen Konsums automatisch Auswirkungen auf die Frage hat, ob der RB 2004 überhaupt anwendbar ist, ist davon auszugehen, dass der EuGH – würde er mit der Sache befasst –, „**Leitplanken**“ für die mitgliedstaatliche Definitionsfreiheit formulieren würde. Eine Ausgestaltung im nationalen Recht, die mit dem **allgemeinen Begriffsverständnis** des privaten Konsums unvereinbar wäre und (dadurch) **Systematik und Ziel** des Art. 2 Abs. 1 und des RB 2004 insgesamt **untergraben** würde (= Bekämpfung des grenzüberschreitenden Drogenhandels und Effektivierung der zwischenmitgliedstaatlichen Kooperation) dürfte voraussichtlich vor den Unionsgerichten keinen Bestand haben.

4.1.3.2. Völkervertragskonforme Auslegung von Art. 2 Abs. 2 RB 2004?

Die Reichweite der Öffnungsklausel in Art. 2 Abs. 2 RB 2004 könnte zudem durch eine völkerrechtskonforme Auslegung beeinflusst sein.

Hierfür kommt insbesondere Art. 3 Abs. 2 des Übereinkommens der Vereinten Nationen zur Bekämpfung des illegalen Handels mit Suchtstoffen und psychotropen Substanzen (im Folgenden **VN-Übereinkommen 1988**)³⁵ in Betracht. Dieses Abkommen verstärkt und ergänzt das Einheits-Übereinkommen sowie das Übereinkommen über psychotrope Stoffe (siehe Ziff. 4.1.2.).³⁶ Die drei Abkommen bilden zusammen das **Völkervertragsregime zur Drogenkontrolle**. Die EU ist nur

32 Erwägungsgrund (ErwG) 4 Satz 2 stellt klar, dass es sich bei Art. 2 Abs. 2 RB 2004 nicht um eine Leitlinie zum Umgang mit Privatkonsumfällen handele. Es ist also nicht so, dass das Unionsrecht vorgibt, von einer Kriminalisierung der Handlungen aus Art. 2 Abs. 1 RB 2004 abzusehen.

33 Vgl. EuGH, Urteil vom 8. September 2020, Rs. 265/19, Recorded Artists Actors Performers, Rn. 46.

34 Vgl. zur Auslegung von Ordre Public-Vorbehalten in Rechtsakten gegenseitiger Anerkennung: Müller, Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens im Mehrebenensystem der Europäischen Union, 2023, S. 631 ff.

35 [BGBl. II 1993, S. 1136](#).

36 Vgl. Art. 1 Abs. 1 und ErwG 13 der Präambel VN-Übereinkommen 1988. Wobei in ErwG 12 der Präambel die Leitsätze und das Kontrollsystem des Einheits-Übereinkommens und Übereinkommens über psychotrope Stoffe bekräftigt werden.

Partei des VN-Übereinkommen 1988. Da auch die Mitgliedstaaten Vertragsparteien sind, handelt es sich um ein sog. „gemischtes Abkommen“, bei dem also sowohl die EU als auch die Mitgliedstaaten Vertragspartner sind.³⁷ Art. 3 Abs. 2 VN-Übereinkommen 1988 enthält – ähnlich wie Art. 2 Abs. 2 RB 2004 – eine Privatkonsumklausel, die aber im Ausgangspunkt ausdrücklich die Kriminalisierung auch des persönlichen Konsums vorschreibt.³⁸ Nach dieser trifft jede Vertragspartei

„**vorbehaltlich** ihrer Verfassungsgrundsätze und der **Grundzüge ihrer Rechtsordnung** die notwendigen Massnahmen, um nach ihrem innerstaatlichen Recht den **Besitz, den Kauf oder den Anbau** von Betäubungsmitteln oder psychotropen Stoffen **für den persönlichen Verbrauch** entgegen dem Übereinkommen von 1961, dem Übereinkommen von 1961 in seiner geänderten Fassung oder dem Übereinkommen von 1971, wenn vorsätzlich begangen, als Straftat zu umschreiben“.

Diese Privatkonsumklausel des VN-Übereinkommens ist im Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 1 Buchst. a Ziff. i bis iii VN-Übereinkommen 1988 zu sehen,³⁹ der in weiten Teilen Art. 2 Abs. 1 Buchst. RB 2004 entspricht (siehe oben Ziff. 4.1.2.).⁴⁰ Danach trifft jede Vertragspartei

„die erforderlichen Massnahmen, um folgende Handlungen, wenn vorsätzlich begangen, als Straftaten zu umschreiben:

- i) das Gewinnen, Herstellen, Ausziehen, Zubereiten, Anbieten, Feilhalten, Verteilen, Verkaufen, Liefern – gleichviel zu welchen Bedingungen –, Vermitteln, Versenden – auch im Transit –, Befördern, Einführen oder Ausführen eines Betäubungsmittels oder psychotropen Stoffes entgegen dem Übereinkommen von 1961, dem Übereinkommen von 1961 in seiner geänderten Fassung oder dem Übereinkommen von 1971,
- ii) das **Anbauen** des Opiummohns, des Cocastrauchs oder der **Cannabispflanze** zum Zweck der Gewinnung von Betäubungsmitteln entgegen dem Übereinkommen von 1961 und dem Übereinkommen von 1961 in seiner geänderten Fassung,
- iii) das **Besitzen** oder **Kaufen** eines Betäubungsmittels oder psychotropen Stoffes zum Zweck einer der unter Ziffer i aufgeführten Tätigkeiten“.

Anders als bei der Privatkonsumklausel in Art. 2 Abs. 2 RB 2004, die die Mitgliedstaaten bezüglich sämtlicher „Handlungen nach Absatz 1“ von der unionsrechtlichen Kriminalisierungspflicht

37 Vgl. nur: EuGH, Urteil vom 19. November 2020, Rs. C-663/18, BS ua., Rn. 60; *Thym*, [Verfassungsblog v. 29. August 2022](#).

38 Siehe ausführlich zur im Hinblick auf das Einheits-Übereinkommen und das Übereinkommen über psychotrope Stoffe bestehenden Ungewissheit hinsichtlich der Kriminalisierungspflicht des persönlichen Konsums: VN, [Commentary](#) on the United Nations Convention against Illicit. Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 1988, Art. 3, Rn. 3.85 ff.

39 Der im Wesentlichen Art. 36 Abs. 1 Einheits-Übereinkommen entspricht, vgl. VN, [Commentary](#) on the United Nations Convention against Illicit. Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 1988, Art. 3, Rn. 3.12.

40 Ein wesentlicher Unterschied besteht in der fehlenden Bezugnahme des Art. 2 Abs. 1 RB 2004 auf das Einheits-Übereinkommen und das Übereinkommen über psychotrope Stoffe.

befreit (einschließlich bspw. Gewinnen, Verkaufen, Vermitteln), entfällt die völkerrechtliche Kriminalisierungspflicht aus Art. 3 Abs. 2 VN-Übereinkommen 1988 **nur** hinsichtlich des **Besitzes, Kaufs oder Anbaus** und zudem nur dann, wenn die Straffreiheit aus den Verfassungsgrundsätzen oder **Grundzügen der Rechtsordnung der jeweiligen Vertragspartei** resultiert.⁴¹ Sollte die EU also an die Kriminalisierungspflicht aus Art. 3 VN-Übereinkommen – auch unionsrechtlich über Art. 216 Abs. 2 AEUV (vgl. Ziff. 4.1.1.) gebunden sein – stellt sich die Frage, ob die Privatkonsumklausel des **Art. 2 Abs. 2 RB 2004 einschränkend auszulegen** ist, so dass nur der Anbau, Besitz und Kauf von der unionsrechtlichen Kriminalisierungspflicht ausgenommen ist. Dies würde dazu führen, dass die EU den Mitgliedstaaten mit Blick auf die weiteren in Art. 2 Abs. 1 RB 2004 normierten Tathandlungen eine Kriminalisierungspflicht auch hinsichtlich des Privatkonsums auferlegen würde.

In der Literatur besteht keine Einigkeit darüber, wie weit die Bindung der EU an das VN-Übereinkommens 1988 reicht.⁴² Soweit ersichtlich, hat sich der EuGH noch nicht zu dieser speziellen Frage positioniert. Zudem besteht zu der allgemeinen Frage der Prüfungsmaßstäblichkeit völkerrechtlichen Verpflichtungen der EU für das Sekundärrecht eine umfangreiche, schwer zu systematisierende Judikatur.⁴³ Nachfolgend kann daher lediglich auf wesentliche Gesichtspunkte eingegangen werden, die sich teilweise bereits im wissenschaftlichen Diskurs um die unionsrechtlichen Grenzen einer Cannabis-Entkriminalisierung finden:

Die EU – bzw. ihre Rechtsvorgängerin, die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft – hat sich im Jahr 1990 zunächst nur hinsichtlich **Art. 12 VN-Übereinkommen 1988** mit Blick auf die Handelspolitik gebunden. Diese Norm trifft Regelungen zu bestimmten „Grundstoffen“⁴⁴ für die Herstellung von Drogen, bezieht sich aber nicht auf Cannabis oder Cannabinoide.⁴⁵ Die zunächst beschränkte Bindung der EU im völkervertraglichen Außenverhältnis liegt an der im damaligen Zeitpunkt begrenzten Innenkompetenz der EU: Nach dem unionsrechtlichen **Grundsatz der Parallelität von Innen- und Außenkompetenz**⁴⁶ bindet sich die EU nur insoweit an völkerrechtliche

41 VN, [Commentary](#) on the United Nations Convention against Illicit. Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 1988, Art. 3, Rn. 3.95.

42 Weitgehend: *Thym*, [Verfassungsblog v. 29. August 2022](#). *Wegener*, Rechtsgutachten, S. 32, geht von einer Inkorporation nach Art. 216 Abs. 2 AEUV jedenfalls hinsichtlich des Regelungsbereichs „grenzüberschreitender Drogenhandel“ aus; *van Kempen/Fedorova*, Studie Berechtigungsklausel, S. 92 f., positionieren sich letztlich nicht eindeutig; *Khan/Landwehr*, „Legalize It!“ – Opportunities and Challenges for the Regulation of Cannabis under European Law – Is Legalisation Legal?, [eucrim, 12. April 2022](#), gehen von einer auf Art. 12 VN-Übereinkommen 1988 begrenzten Bindung aus.

43 Vgl. *Giegerich*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar, 1. Aufl. 2017, Art. 216 AEUV, Rn. 226: „kaustisch“.

44 So die Bezeichnung in Art. 1 Nr. 2 RB 2004. Für diese trifft Art. 2 Buchst. d RB 2004 eine Kriminalisierungspflicht.

45 Vgl. nur: *van Kempen/Fedorova*, Studie Berechtigungsklausel, S. 92.

46 Es kommt nicht darauf an, ob die EU ihre interne Rechtsetzungszuständigkeit in dem betreffenden Bereich bereits ausgeübt hat, vgl. EuGH, Urteil vom 5. Dezember 2017, Rs. C-60/14, Deutschland/Rat, Rn. 67 f.; *Schmalenbach*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 216 AEUV, Rn 5 f.

Verträge, als sie auch im Verhältnis zu ihren Mitgliedstaaten Regelungen treffen kann. Aufgrund einer entsprechenden Verpflichtung in Art. 27 VN-Übereinkommen 1988 hat die EU ihre damals beschränkten Kompetenzen – und damit auch ihre beschränkte Bindung – gegenüber den anderen Vertragsparteien in einer Erklärung offengelegt (im Folgenden: 1990er-Erklärung).⁴⁷ Solche Erklärungen dienen bei gemischten Abkommen dazu, die Zuständigkeitsverteilung im Verhältnis zu den anderen Vertragsparteien zu klären. Fehlt eine solche Erklärung oder wird sie später wegen Unvollständigkeit für nichtig erklärt,⁴⁸ haften die EU und die Mitgliedstaaten im völkerrechtlichen Außenverhältnis grundsätzlich „gesamtschuldnerisch“ für alle aus dem Vertrag resultierenden Pflichten, auch wenn sie „intern“ dafür gar nicht zuständig sind.⁴⁹ Obwohl Art. 27 Abs. 2 S. 2 VN-Übereinkommen 1988 die EU verpflichtet, alle relevanten Änderungen ihrer Zuständigkeiten mitzuteilen⁵⁰ und obwohl sich die EU in der 1990er-Erklärung unter Verweis auf den Evolutivcharakter ihrer Kompetenzen die Abgabe weiterer Erklärungen vorbehält, hat es – soweit ersichtlich – keine nachfolgenden Erklärungen gegeben.⁵¹ Dies steht in einem Spannungsverhältnis dazu, dass die Mitgliedstaaten der EU **seit 1990 zahlreiche weitere Kompetenzen** übertragen haben. Dies betrifft nicht nur den Außenhandel, für den die EU nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. d AEUV eine ausschließlich Zuständigkeit hat. Dies betrifft vielmehr auch den Bereich des **Strafrechts**, in dem die EU mittlerweile eine geteilte Zuständigkeit zum Erlass von Mindestvorschriften zur Bekämpfung des illegalen Drogenhandels hat (siehe Ziff. 3).⁵² Fraglich ist also, ob diese nachträgliche Erweiterung der EU-Kompetenzen im Innenverhältnis dazu geführt hat, dass die EU inzwischen nicht nur an Art. 12 VN-Übereinkommen 1988, sondern insbesondere auch an Art. 3 des Übereinkommens gebunden ist.

Allgemein ist es nicht ungewöhnlich, dass die EU nachträglich Zuständigkeiten im Innenverhältnis erlangt und damit zugleich in ursprünglich von den Mitgliedstaaten geschlossene Abkommen „hineinwächst“. Jedenfalls soweit die EU im Außenverhältnis eine ausschließliche Zuständigkeit erlangt, tritt sie im Wege der „**Funktionsnachfolge**“ an die Stelle ihrer Mitgliedstaaten und ist –

47 Beschluss des Rates vom 22. Oktober 1990 über den Abschluß des Übereinkommens der Vereinten Nationen zur Bekämpfung des illegalen Handels mit Suchtstoffen und psychotropen Substanzen im Namen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (90/611/EWG), [ABL. L 326, 24. November 1990, S. 56](#).

48 Vgl. EuGH, Urteil vom 10. Dezember 2002, Rs. C-29/99, Kommission/Rat, Rn. 67 ff. dazu, dass unvollständige Angaben zur Nichtigkeit führen.

49 *Giegerich*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar, 1. Aufl. 2017, Art. 216 AEUV, Rn. 174.

50 Vgl. *Giegerich*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar, 1. Aufl. 2017, Art. 216 AEUV, Rn. 177, dazu, dass diese Pflicht über Art. 216 Abs. 2 AEUV auch zu einer unionsrechtlichen Pflicht wird.

51 Vgl. *van Kempen/Fedorova*, Studie Berechtigungsklausel, S. 93.

52 Vgl. *Thym*, [Verfassungsblog v. 29. August 2022](#).

soweit ihre Zuständigkeiten im Innenverhältnis reichen – auch an die völkervertraglichen Bestimmungen gebunden.⁵³ Der EuGH hat insofern hinsichtlich des GATT-Abkommens⁵⁴ ausgeführt:

„Soweit also die [EU] früher von den Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich des GATT ausgeübte Befugnisse übernommen hat, ist sie an die Bestimmungen dieses Abkommens gebunden“.⁵⁵

Die Kommission nimmt eine solche Funktionsnachfolge der EU beispielsweise in das **Einheits-Übereinkommen 1961** an, soweit es um die vom Abkommen erfassten Suchtstoffe geht: Da jede Entscheidung über die erfassten Stoffe Auswirkungen auf die Tragweite des RB 2004 habe, der ja in Art. 1 auf das Einheits-Übereinkommen verweist, folgte die ausschließliche Zuständigkeit der EU aus Art. 3 Abs. 2 Var. 4 AEUV.⁵⁶ Nach dieser Bestimmung ist die EU ausschließlich für den Abschluss internationaler Übereinkünfte zuständig, soweit dieser Abschluss gemeinsame Regeln beeinträchtigen oder deren Tragweite verändern könnte (Beeinträchtigungsvariante). Es ist zwar nicht unionsgerichtlich geklärt, ob die EU im Sinne der Beeinträchtigungsvariante inzwischen eine ausschließliche Vertragsschließungs- bzw. -änderungskompetenz hinsichtlich (Art. 3) des VN-Übereinkommens 1988 erlangt hat (siehe noch Ziff. 6). Jedenfalls folgt aus dem Konzept der Funktionsnachfolge, dass **nachträgliche Zuständigkeitserweiterungen im Innenverhältnis** zu einer nachträglichen Zuständigkeitserweiterung im Außenverhältnis und damit auch zu einer **nachträglichen Bindung der EU an völkervertragliche Pflichten** führen können.

Fraglich ist, ob diesem Umstand hinsichtlich des VN-Übereinkommens 1988 die 1990er-Erklärung der EU entgegensteht, der zufolge die EU nur an Art. 12 VN-Übereinkommen 1988 gebunden ist (im Folgenden: **Sperrwirkung der 1990er-Erklärung**). Wie schon dargestellt, handelt es sich bei solchen Erklärungen in erster Linie um ein Instrument, mit dem die EU im völkerrechtlichen Außenverhältnis zu weiteren Vertragspartnern ihre Bindung einschränkt. Bereits hinsicht-

53 Vgl. nur: *Giegerich*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar, 1. Aufl. 2017, Art. 216 AEUV, Rn. 111, 113 ff., sowie: *Mögele*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 216 AEUV, Rn. 52: die Bindungswirkung solcher Abkommen ist (aufgrund der internen Zuständigkeitsverteilung) zunächst unionsrechtlicher Natur. Um die EU auch völkerrechtlich zu binden, sei erforderlich, dass dieser Zuständigkeitsübergang von der oder den anderen Vertragsparteien anerkannt wurde.

54 General Agreement on Tariffs and Trade.

55 EuGH, Urteil des Gerichtshofes vom 12. Dezember 1972, Rs. C-21 bis 24/72, International Fruit Company, Rn. 18. Siehe auch: EuGH, Urteil vom 3. Juni 2008, C-308/06, Intertanko, Rn. 48; Gutachten vom 16. Mai 2017, Singapur, Rn. 248.

56 Kommission, Vorschlag für einen Beschluss des Rates über den im Namen der Europäischen Union auf der 62. Tagung der Suchtstoffkommission über die Aufnahme von Stoffen in die Anhänge des Einheits-Übereinkommens von 1961 über Suchtstoffe in der durch das Protokoll von 1972 geänderten Fassung und des Übereinkommens von 1971 über psychotrope Stoffe zu vertretenden Standpunkt, [KOM\(2018\) 862 final. 7. Januar 2019](#). Da die EU jedoch keine formelle Vertragspartei ist und in der Suchtstoffkommission nur Beobachterstatus hat, vertreten die Mitgliedstaaten den Standpunkt der EU gemäß Art. 218 Abs. 9 Alt. 2 AEUV nach außen.

lich dieser Wirkung stellt sich die Frage, wie es zu bewerten ist, dass die in der Erklärung angegebenen Zuständigkeiten inzwischen offensichtlich nicht mehr vollständig sind.⁵⁷ Diese außerhalb des Unionsrechts liegende Fragestellung wird hier nicht weiter verfolgt.

Neben Wirkungen im Außenverhältnis könnte die Erklärung aber auch die über Art. 216 Abs. 2 AEUV eintretende unionsrechtliche Bindung der EU beeinflussen. Dies wäre der Fall, wenn sie die Reichweite der Überführung des Abkommens in das EU-Recht „kanalisieren“ könnte.⁵⁸ Dies würde bedeuten, dass sich die unionsrechtliche Bindung über Art. 216 Abs. 2 AEUV auf Art. 12 VN-Übereinkommen 1988 beschränken würde. Gegen eine derartige Begrenzung der EU-Bindung an die Bestimmungen des VN-Übereinkommens 1988, dergestalt, dass 1990er-Erklärung eine überholte Zuständigkeitsverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten „zementiert“, könnte jedoch die grundsätzliche Parallelität von Außen- und Innenkompetenz sprechen.⁵⁹ In der Literatur⁶⁰ gibt es insoweit keine einheitliche Position. Der EuGH hat die Frage soweit ersichtlich noch nicht entschieden.

Geht man hingegen davon aus, dass keine Sperrwirkung der 1990er-Erklärung besteht, stellt sich gleichwohl die Frage, inwieweit die EU aufgrund ihrer aus Art. 83 Abs. 1 AEUV resultierenden Innenkompetenz inzwischen an das Abkommen gebunden ist. Bei gemischten Abkommen wie dem VN-Übereinkommen 1988 werden die Bestimmungen eines völkerrechtlichen Abkommens **insoweit** gemäß Art. 216 Abs. 2 AEUV **Bestandteil des Unionsrechts**, als die EU von ihrer dann nach Art. 2 Abs. 2 Satz 2 AEUV vorrangigen **geteilten Zuständigkeit Gebrauch** gemacht hat.⁶¹ Teile des Schrifttums votieren dafür, in Zweifelsfällen davon auszugehen, dass „alle im EU-Zuständigkeitsbereich liegenden Bestimmungen der jeweiligen internationalen Übereinkunft einen

57 Vgl. zu dem im Seerechtsübereinkommen vorgesehenen Schutzmechanismus für Drittstaaten, wonach die widersprüchliche Auskünfte zur Zuständigkeitsverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten zu deren gesamtschuldnerischer Haftung führen: *Giegerich*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar, 1. Aufl. 2017, Art. 216 AEUV, Rn. 181. Ein solcher Schutzmechanismus ist aber in das VN-Übereinkommen 1988 und auch in sonstige Abkommen nicht aufgenommen worden.

58 Eine solche Möglichkeit nehmen Teile des Schrifttums etwa hinsichtlich der Frage an, ob ein Ratsbeschluss i.S.v. Art. 218 Abs. 6 AEUV die unmittelbare Wirkung einer internationalen Übereinkunft im Unionsrecht ausschließen kann, vgl. *Giegerich*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar, 1. Aufl. 2017, Art. 216 AEUV, Rn. 235.

59 In diese Richtung offenbar: *Thym*, [Verfassungsblog v. 29. August 2022](#), der anführt: „Eine veraltete Kompetenzerklärung ändert jedoch nicht die EU-interne Zuständigkeitsverteilung, zumal die Erklärung ausdrücklich auf den ‚evolutiven‘ Charakter verweist. Wer kraft Europarechts handeln darf, richtet sich nach den Verträgen und steht nicht zur Disposition der EU-Organen“.

60 Vgl. nur: *Ambos*, [Verfassungsblog v. 20. Mai 2022](#); *van Kempen/Fedorova*, Studie Berechtigungsklausel, S. 97 ff.; *Thym*, [Verfassungsblog v. 29. August 2022](#); *Wegener*, Rechtsgutachten, S. 31 f.

61 So: *Giegerich*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar, 1. Aufl. 2017, Art. 216 AEUV, Rn. 245 f.: „[...] soweit es um Bestimmungen geht, die in die Zuständigkeit der EU fallen, [...] werden als völkerrechtliche Normen integrale Bestandteile des EU-Rechts mit unmittelbarer Wirkung nach unionsrechtlichen Grundsätzen, Anwendungsvorrang vor allem mitgliedstaatlichen Recht und Geltungsvorrang vor dem Sekundärrecht“.

integralen Bestandteil des vorrangigen Unionsrechts bilden und die Mitgliedstaaten nach Art. 216 Abs. 2 AEUV binden“.⁶²

Die EU hat durch den Erlass des RB 2004 (bzw. dessen Überführung in das supranationale Recht, Ziff. 4.1.1.) von ihrer geteilten Zuständigkeit aus Art. 83 Abs. 1 AEUV Gebrauch gemacht.⁶³ Selbst wenn man insofern davon ausgeht, dass die EU auch hinsichtlich des Privatkonsums formell zuständig ist,⁶⁴ hat sie diese Zuständigkeit jedenfalls mit Blick auf das Subsidiaritätsprinzip i.S.v. Art. 5 Abs. 3 EUV **nicht ausgeübt**. Hierauf weist ErwG 4 des RB 2004 ausdrücklich hin. Vor diesem Hintergrund dürfte die EU – soweit es um die **Kriminalisierung des Privatkonsums** geht – **nicht an Art. 3 VN-Übereinkommen 1988 gebunden** und Art. 2 Abs. 2 RB 2004 nicht zwingend, aufgrund des vorrangigen Völkervertragsrechts einschränkend auszulegen sein.

Davon unberührt bleibt aber nicht nur die völkervertragliche Pflicht der Mitgliedstaaten, ihr Strafrecht im Einklang mit der völkervertraglichen Privatkonsumklausel auszugestalten. Davon unberührt bleibt vielmehr auch die Frage, ob alle in Art. 2 Abs. 1 RB 2004 gelisteten Handlungen (bspw. das Verkaufen und Vermitteln) ihrer Natur nach überhaupt geeignet sind, i.S.v. Art. 2 Abs. 2 RB 2004 ausschließlich für den persönlichen Konsum der Täter begangen zu werden. Dem soll nachfolgend unter Ziff. 4.1.3.3. nachgegangen werden.

4.1.3.3. Im Einzelnen: Erwägungen zur Reichweite der mitgliedstaatlichen Regelungsfreiheit

Nachfolgend soll im Einzelnen der Frage nachgegangen werden, welche Szenarien im Umgang mit Cannabis der Privatkonsumklausel wahrscheinlich unterfallen können.

4.1.3.3.1. Vollständige Entkriminalisierung und (kommerzielle) Verschaffungstätigkeiten

Wie oben unter Ziff. 4.1.2. dargestellt, handelt es sich bei der Privatkonsumklausel zwar um eine Öffnungsklausel in das nationale Recht, sodass den Mitgliedstaaten ein recht weiter Spielraum bei der Definition des Begriffs „persönlicher Konsum“ zusteht.

Es ist allerdings davon auszugehen, dass der EuGH – würde er mit der Sache befasst – prüfen würde, ob mitgliedstaatliche Regelungen noch im Einklang mit dem allgemeinen Begriffsverständnis des persönlichen Konsums und damit mit dem System des RB 2004 im Einklang stehen. Diesen Anforderungen dürften nationale Regelungen, die auf eine **vollständige Entkriminalisierung** der in Art. 2 Abs. 1 RB 2004 gelisteten Tathandlungen unabhängig von deren Zweckrichtung zielen, nicht gerecht werden. Denn die Befreiung vom Kriminalisierungsbefehl in Art. 2 Abs. 1 RB 2004 reicht gemäß Art. 2 Abs. 2 RB 2004 nur so weit, wie die Tathandlungen ausschließlich für den persönlichen Konsum der Täter begangen wurden.

62 Giegerich, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar, 1. Aufl. 2017, Art. 216 AEUV, Rn. 246.

63 Vgl. Thym, [Verfassungsblog v. 29. August 2022](#), nennt insoweit zusätzlich den unter Ziff. 4.2. besprochenen Art. 71 SDÜ.

64 Dafür: Vogel/Eisele, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 78. EL 2023, Art. 83 AEUV Rn. 57. Dagegen wohl: van Kempen/Fedorova, Studie Berechtigungsklausel, S. 92 f.

Wie bereits oben unter Ziff. 4.1.3.2. angedeutet, stellt sich darüber hinaus die Frage, ob tatsächlich alle in Art. 2 Abs. 1 Buchst. a RB 2004 gelisteten Handlungen geeignet sind, ausschließlich für den persönlichen Konsum begangen zu werden. Dies gilt etwa hinsichtlich des Anbietens, Verteilens und insbesondere Vermittelns, die eine Abgabe an Dritte bzw. im Fall des Vermittelns nicht einmal den Eigenbesitz voraussetzen.⁶⁵ Insbesondere stellt sich die Frage hinsichtlich **kommerzieller Verschaffungshandlungen**, wie des in Art. 2 Abs. 1 Buchst. a RB 2004 ebenfalls gelisteten „Verkaufens“ oder „Feilhaltens“. Denn hierunter fallen jedenfalls nach dem natürlichen Sprachgebrauch – und vorbehaltlich der genauen Ausgestaltung und Begründung im nationalen Recht – Tätigkeiten, die zwar nicht zwingend in allen Fällen, aber zumindest *auch* zur Gewinnerzielung und gerade nicht ausschließlich zum persönlichen Konsum begangen werden. Vor diesem Hintergrund scheint es zweifelhaft, ob staatliche oder staatlich kontrollierte Cannabis-Anbau- und -Abgabesysteme zu privaten Genusszwecken der Privatkonsumklausel unterfallen können. *Khan* und *Landwehr* sind zwar der Auffassung, dass Mitgliedstaaten frei darin seien, alle einem persönlichen Konsum vorgehenden Tätigkeiten in ihrem nationalen Recht straffrei zu stellen.⁶⁶ Und auch *Ambos* und weitere Stimmen argumentieren, dass die Legalisierung des Bezugswegs über staatliche/staatlich kontrollierte Systeme gleichsam als „notwendiger Annex“ zur Entkriminalisierung des Besitzes zu Privatkonsumzwecken zu verstehen sei.⁶⁷ Zu bedenken ist aber, dass sich die Privatkonsumklausel darauf bezieht, dass „*die Täter*“ die jeweiligen (Verschaffungs-)Handlungen ausschließlich für den persönlichen Konsum begehen. Auf der „Verschaffungsseite“ in einem Cannabis-Anbau- und -Abgabesystem Tätige würden aber eben in der Regel wohl gerade nicht ausschließlich für *ihren* persönlichen Konsum tätig.⁶⁸

65 Vgl. zum Begriffsverständnis der VN-Konventionen: VN, [Commentary](#) on the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 1988, Art. 3, Rn. 3.14 ff.

66 *Khan/Landwehr*, „Legalize It!?“ – Opportunities and Challenges for the Regulation of Cannabis under European Law – Is Legalisation Legal?, [eucrim](#), 12. April 2022.

67 *Ambos*, [Verfassungsblog v. 20. Mai 2022](#): „[...] denn andernfalls stünde die Entstehung bzw. Perpetuierung eines kriminellen Angebotsmarkts wie in den Niederlanden zu befürchten“; Neue Richtervereinigung, [Pressemitteilung v. 10. März 2023](#).

68 Daher klar gegen ein solch weites Verständnis: *Wegener*, Rechtsgutachten, S. 35 f., der anführt: „Der völkervertragsrechtliche Verfassungsvorbehalt dient ebenso wie der europarechtliche Vorbehalt zugunsten des persönlichen Verbrauchs nach dem klaren Wortlaut und nach der klar erkennbaren Intention der jeweiligen Normsetzer allein der Ermöglichung einer Entkriminalisierung des individuellen Verhaltens der Drogenkonsumenten“.

4.1.3.3.2. Kauf, Besitz und privater (individueller) Anbau

Nach Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Buchst. c RB 2004 fallen der ausschließlich dem persönlichen Konsum dienende Kauf und Besitz nicht in den Anwendungsbereich des Rahmenbeschlusses.⁶⁹ Darüber hinaus dürfte nach Art. 2 Abs. 1 Buchst. b RB 2004 ein ausschließlich privater Anbau von Cannabispflanzen im eigenen Zuhause unproblematisch gemäß Art. 2 Abs. 2 RB 2004 in die Kriminalisierungsfreiheit der Mitgliedstaaten fallen (siehe aber zum vereinsmäßigen Anbau nachfolgend Ziff. 4.1.3.3.3.).

Die den Mitgliedstaaten insofern eröffnete Regelungsfreiheit dürfte sich dabei im Ausgangspunkt insbesondere auf die Frage erstrecken, bis zu welcher Anzahl an Pflanzen bzw. bis zu welcher Cannabis-Besitzmenge noch ein Privatkonsumzweck vermutet werden kann.⁷⁰ Auch insofern ist aber nicht ausgeschlossen, dass der EuGH allzu großzügigen mitgliedstaatlichen Ansätzen einen Riegel vorschieben würde.

4.1.3.3.3. Vereinsmäßiger Anbau

Im öffentlichen Diskurs wird darüber hinaus die Frage diskutiert, ob auch das Engagement in nicht kommerziellen **Cannabis Social Clubs** bzw. **Cannabis Clubs**, die dem Privatkonsum dienen, straffrei gestellt werden kann. *Hofmann* weist insoweit darauf hin, dass es bereits aktuell in der EU zahlreiche solcher Clubs bzw. Vereine gebe, deren Zweck darin bestehe, den Cannabisanbau gemeinsam im Vereinsheim zu betreiben und so technisches Gerät und Expertise zu teilen. Die Unterscheidung zwischen Cannabis *Social Clubs* und Cannabis Clubs nimmt *Hofmann* danach vor, ob der gemeinsame Konsum in diesen Vereinen gestattet ist oder nicht.⁷¹

Die Idee hinter diesen Vereinen ist, dass der Anbau von Cannabis auch dann unter die Privatkonsumklausel und damit in die Entkriminalisierungsfreiheit der Mitgliedstaaten fällt, wenn er gemeinsam in Vereinsheimen erfolgt, zu denen wiederum nur Vereinsmitglieder Zugang haben.⁷²

Hofmann kritisiert dieses Konzept, da gleichwohl die Gefahr einer Kommerzialisierung und des Verkaufs an Dritte bestehe, weil Nichtmitglieder Zugang zum Vereinsheim erlangen könnten und die Aufzucht der eigenen Pflanzen auf Dritte übertragen werden könnte.⁷³ Was die Bedenken der unzulässigen Kommerzialisierung und des unberechtigten Zugangs von Nichtmitgliedern angeht,

69 Zudem erfasst die Kriminalisierungspflicht des Art. 2 Abs. 1 Buchst. c nur das „Besitzen oder Kaufen“ mit dem Ziel, die Tathandlungen aus Art. 2 Abs. 1 Buchst. a RB 2004 zu begehen. Diese Regelungssystematik deutet darauf hin, dass die Mitgliedstaaten auch insoweit keine Kriminalisierungspflicht treffen, als Kauf und Besitz zwar nicht ausschließlich dem persönlichen Konsum dienen, hiermit aber auch keine Ziele i.S.v. Art. 2 Abs. 1 Buchst. a RB 2004 verfolgt werden. Zur entsprechenden Regelungen in Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 VN-Übereinkommen 1988: *Wegener*, Rechtsgutachten, S. 23.

70 Vgl. zudem *Hofmann*, [Verfassungsblog v. 26. April 2023](#), der auch auf die Regelungsfreiheit hinsichtlich des straffreien Konsums an öffentlichen Orten verweist.

71 Ebenda.

72 Ebenda.

73 Ebenda.

handelt es sich um Fragen der Kontrolle und Durchsetzung nationalen Rechts. Es ist nicht wahrscheinlich, dass der EuGH allein aus dem hohen Kontrollaufwand einer nationalen Regelung eine unionsrechtliche Grenze für die mitgliedstaatliche Regelungsfreiheit ableiten würde.

Fraglich ist, wie der Umstand zu bewerten ist, dass Vereinsmitglieder ihre Pflanzen gegebenenfalls **nicht selbst aufziehen**. Insofern gilt zunächst, dass gute Gründe gegen die Option sprechen, die Entkriminalisierung der kommerziellen Aufzucht durch einen Dritten auf Art. 2 Abs. 2 RB 2004 zu stützen. Denn der Anbau gegen Bezahlung hat nicht ausschließlich den eigenen persönlichen Konsum zum Ziel (siehe schon Ziff. 4.1.3.3.1.). Im Rahmen des Vereinsmodells kommt aber auch in Betracht, dass andere Vereinsmitglieder die Aufzucht (zeitweise) mitübernehmen. Hier ist fraglich, ob in diesem Fall noch von einem Anbau (und Besitz) ausschließlich für den persönlichen Konsum ausgegangen werden kann. Letztlich steht dahinter die Frage, ob in einem Cannabis-Club die einzelnen Pflanzen den jeweiligen Mitgliedern zugeordnet werden müssen oder ob es für die Bejahung des ausschließlich persönlichen Konsums ausreicht, wenn Anbautätigkeiten innerhalb des Vereins ausgeführt werden, die eine bestimmte Erntemenge abwerfen, welche dann wiederum als Eigenbedarf und damit persönlicher Konsum der einzelnen Vereinsmitglieder verstanden werden kann. Grundsätzlich käme in Betracht, gerade in diesem „privatkonsumnahen“ und zudem das Sozialleben betreffenden Bereich mit einer grundrechtlichen Aufladung des vereinsmäßigen Anbaus zu argumentieren (siehe zu diesem Ansatz noch Ziff. 4.1.4.2.4.). Soweit ersichtlich, ist nach aktuellem Stand aber weder die Reichweite der Privatkonsumklausel hinsichtlich des vereinsmäßigen noch (erst recht) die Bedeutung der Unionsgrundrechte in diesem Zusammenhang geklärt.

Zu bedenken ist schließlich das unionsrechtliche Ziel, den **Drogentourismus zu bekämpfen**.⁷⁴ Der EuGH erachtete dieses Ziel – mit Blick auf den *illegalen* Drogenhandel – in der Rechtssache C-137/09 (Josemans) als geeignet, sogar die Binnenmarktvorschriften einzuschränken (siehe zum Urteil noch Ziff. 4.1.4.2.4., Ziff. 5).⁷⁵ Generalanwalt Bot ging in den zugrundeliegenden Schlussanträgen noch weiter und stufte – ebenfalls mit Blick auf den in allen Mitgliedstaaten kriminalisierten Drogenhandel – die Beschränkung der Grundfreiheiten zur Bekämpfung des Drogentourismus als Gebot der Aufrechterhaltung der europäischen öffentlichen Ordnung ein.⁷⁶ Es wäre ggf. zu klären, ob und inwieweit EU-Bürger aus anderen Mitgliedstaaten von der Straffreiheit bei einem Engagement in Cannabis-Clubs auszunehmen wären und rechtlich zulässig ausgenommen werden könnten.

74 Beispielsweise ausgegeben in der Entschließung des Rates vom 29. November 1996 über Maßnahmen zur Bekämpfung des Problems des Drogentourismus innerhalb der Europäischen Union, ABl. C 375, 12. Dezember 1996, S. 3, sowie der Gemeinsamen Maßnahme vom 17. Dezember 1996 – vom Rat aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union angenommen – betreffend die Angleichung der Rechtsvorschriften und der Verfahren der Mitgliedstaaten der Europäischen Union zur Bekämpfung der Drogenabhängigkeit und zur Verhütung und Bekämpfung des illegalen Drogenhandels, [ABl. L 342, 32. Dezember 1996, S. 6](#).

75 EuGH, Urteil vom 16. Dezember 2010, Rs. C-137/09, Josemans, Rn. 60 ff.

76 GA Bot, Schlussanträge vom 15. Juli 2010 zu EuGH, Rs. C-137/09, Josemans, Rn. 122 ff.

4.1.3.3.4. Zwischenergebnis

Die Privatkonsumklausel des Art. 2 Abs. 2 RB 2004 überlässt es im Ausgangspunkt den Mitgliedstaaten, ob sie Verhaltensweisen i.S.v. Art. 2 Abs. 1 RB 2004, die ausschließlich dem persönlichen Konsum dienen, kriminalisieren. Auch die Frage, was unter einer Begehungsweise „ausschließlich für [den] persönlichen Konsum“ zu verstehen ist, können die Mitgliedstaaten im Ausgangspunkt in ihrem nationalen Recht definieren. Da solche nationalen Definitionen aber auf den Anwendungsbereich des RB 2004 und dessen Funktionsweise rückwirken können, ist davon auszugehen, dass der EuGH den Mitgliedstaaten keine uneingeschränkte Regelungsfreiheit einräumen würde. Es wäre insbesondere denkbar, dass der Gerichtshof allzu großzügigen nationalen Entkriminalisierungsregelungen Grenzen setzen würde, wenn diese nicht mehr mit dem natürlichen Begriffsverständnis des Privatkonsums vereinbar wären und (daher) das Ziel und die Systematik des RB 2004 in Frage stellen würden (Ziff. 4.1.3.1.).

Die Privatkonsumklausel nimmt sämtliche Verhaltensweisen i.S.v. Art. 2 Abs. 1 RB 2004 aus dem Anwendungsbereich des Rahmenbeschlusses aus, wenn sie ausschließlich für den persönlichen Konsum der Täter begangen werden. Unter dieser Voraussetzung könnten also auch Verschaffungshandlungen (bspw. Verteilen, Vermitteln) einschließlich kommerzieller Verschaffungshandlungen (bspw. Verkaufen) ausgenommen werden. Die mitgliedstaatliche Freiheit, ob sie solche Verhaltensweisen im Zusammenhang mit dem Privatkonsum kriminalisieren, dürfte damit im Ausgangspunkt weiter reichen, als der ihnen über die völkerrechtliche Privatkonsumklausel des Art. 3 Abs. 2 VN-Übereinkommen 1988 eröffnete Spielraum, der sich nur auf den Kauf, Besitz und Anbau bezieht.⁷⁷ Es sprechen gute Gründe gegen die Annahme, dass Art. 2 Abs. 2 RB 2004 völkervertragskonform einschränkend so auszulegen wäre, dass sich auch die unionsrechtlich eröffnete Entkriminalisierungsfreiheit nur auf die in Art. 3 Abs. 2 VN-Übereinkommen 1988 genannten Verhaltensweisen bezieht. Dies liegt insbesondere daran, dass die EU durch das primärrechtliche Subsidiaritätsprinzip von einem Zugriff auf die mitgliedstaatliche Kriminalisierungsentscheidung hinsichtlich des Privatkonsums ausgeschlossen sein dürfte (Ziff. 4.1.3.2.). Gleichwohl ist fraglich, ob insbesondere die in Art. 2 Abs. 1 RB 2004 gelisteten, zumal die kommerziellen, Verschaffungshandlungen durch nationale Regelungen als „ausschließlich für [den] persönlichen Konsum des Täters“ eingestuft werden könnten (siehe im Einzelnen: Ziff. 4.1.3.3.).

4.1.4. Berechtigungsklausel (Art. 2 Abs. 1 RB 2004)

Nach Art. 2 Abs. 1 RB 2004 müssen die Mitgliedstaaten die in Art. 2 Abs. 1 Buchst. a bis d gelisteten Handlungen unter Strafe stellen, „wenn sie **ohne entsprechende Berechtigung** vorgenommen wurden“. Nachfolgend soll eine Annäherung an die Auslegung dieser „**Berechtigungsklausel**“ und damit an den insoweit bestehenden nationalen Entkriminalisierungsspielraum erfolgen.

⁷⁷ Hinzukommt, dass es sich bei Entkriminalisierung um einen Ausdruck der nationalen Verfassungs- bzw. Rechtsordnungsgrundsätze handeln muss.

4.1.4.1. Vollständige Entkriminalisierung

Man könnte die Frage aufwerfen, ob die Berechtigungsklausel als normativer Anknüpfungspunkt für eine vollständige Entkriminalisierung von Cannabis taugt. Sowohl eine **(binnen)systematische** Auslegung der Norm als auch eine **Interpretation** nach dem **Sinn und Zweck** sprechen jedoch dagegen. Denn das (ausnahmsweise) Bestehen einer Berechtigung setzt voraus, dass die in Art. 2 Abs. 1 RB 2004 genannten Handlungen in der Regel in allen Mitgliedstaaten kriminalisiert sind.⁷⁸ ErwG 1 Satz 2 der Änderungsrichtlinie (EU) 2017/2103 macht zudem eines der wesentlichen Ziele des RB 2004 deutlich:

„Der [RB 2004] enthält gemeinsame Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des Drogenhandels, um zu vermeiden, dass es zu Problemen bei der Zusammenarbeit zwischen den Justiz- und Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten kommt, weil die betreffende Handlung oder die betreffenden Handlungen nicht zugleich nach dem Recht des ersuchenden und nach dem des ersuchten Mitgliedstaats strafbar sind.“

Daraus folgt, dass das System des RB 2004 darauf angelegt ist und voraussetzt, dass in allen Mitgliedstaaten ein Mindestkriminalisierungsniveau im Zusammenhang mit Cannabis vorhanden sein muss.⁷⁹ Eine vollständige Entkriminalisierung dürfte dies konterkarieren.

4.1.4.2. Beschränkung auf medizinische und wissenschaftliche Zwecke?

In der Literatur wird insbesondere die Frage diskutiert, ob eine „Berechtigung“ nur in Betracht kommt, wenn die in Art. 2 Abs. 1 RB 2004 gelisteten Handlungen medizinischen oder wissenschaftlichen Zwecken dienen.

Dies ist darauf zurückzuführen, dass das bestehende **Völkervertragsrecht zur Drogenkontrolle** eine Entkriminalisierung nur im Zusammenhang mit dem Privatkonsum (Art. 3 Abs. 2 VN-Übereinkommen) sowie dann zulässt, wenn ausschließlich medizinische/ärztliche und wissenschaftliche Zwecke verfolgt werden (vgl. Art. 4 Buchst. c Einheits-Übereinkommen⁸⁰, Art. 5 i.V.m. Art. 7 Übereinkommens über psychotrope Stoffe). Fraglich ist also, welche Auswirkungen diese völkervertragliche „**Zulässigkeitstrias**“ (Privatkonsum, medizinische Zwecke, wissenschaftliche Zwecke) auf die Auslegung der unionsrechtlichen Berechtigungsklausel hat.

78 *Van Kempen/Fedorova*, Studie Berechtigungsklausel, S. 78 f., 81 f., die zusätzlich darauf hinweisen, dass andernfalls die Privatkonsumklausel des Art. 2 Abs. 2 RB 2004 keine Bedeutung mehr hätte. Dies überzeugt aber nicht, da Art. 2 Abs. 2 RB 2004 nicht die Straffreiheit persönlichen Konsums anordnet, sondern sich einer Aussage zur Strafbarkeit des Privatkonsums enthält.

79 Vgl. in diese Richtung auch: *Wegener*, Rechtsgutachten, S. 45 f. m.w.N. und allgemein die Nachweise auf S. 12, Fn. 21 ff.; *van Kempen/Fedorova*, Studie Berechtigungsklausel, S. 78 f.

80 Vgl. zudem Umkehrschluss aus der Übergangsbestimmung in Art. 49 Abs. 1 Buchst. b, c Einheits-Übereinkommen.

4.1.4.2.1. Historische und Wortlautauslegung

Teilweise wird darauf hingewiesen, dass die Mitgliedstaaten durch den Erlass des RB 2004 ihre völkerrechtlichen Pflichten umsetzen wollten, weshalb der RB 2004 im Sinne der völkerrechtlichen Abkommen auszulegen sei.⁸¹ In der Tat deutet etwa die fast wortidentische Übernahme der Tathandlungen aus Art. 3 Abs. 1 Buchst. a Ziff. i bis iii VN-Übereinkommen 1988 in Art. 2 Abs. 1 RB 2004 darauf hin, dass der Rahmenbeschussgeber im Jahre 2004 im Wesentlichen Völkervertragsrecht nachvollziehen wollte.

Dies lässt aber nicht zwingend den Schluss zu, dass der EuGH – würde er mit der Sache befasst – den Begriff der Berechtigung im Sinne des Völkervertragsrechts auf wissenschaftliche und medizinische Zwecke beschränken würde. Denn zum einen ist schon nicht klar, was der Rahmenbeschussgeber von der Berechtigungsklausel erfasst sehen wollte⁸² und zum anderen spielt die historische Auslegung bei der Interpretation supranationalen Sekundärrechts ohnehin nur eine untergeordnete Rolle (Ziff. 4.1.1.).⁸³

Der EuGH legt die Begriffe des Unionsrechts vielmehr **in der Regel unionsautonom** nach Maßgabe des Wortlauts der Vorschrift, ihres systematischen Zusammenhangs und des Sinns und Zwecks aus.⁸⁴ Etwas anderes ergibt sich namentlich dann, wenn im auszulegenden Rechtsakt ausdrücklich auf die Beachtung völkervertraglicher Pflichten hingewiesen wird. Dann legt der Gerichtshof die unionsrechtlichen Begriffe im Einklang mit den entsprechenden Begriffen im Völkerrecht aus.⁸⁵ Im RB 2004 fehlt es indes an einem solchen ausdrücklichen Verweis auf die Beachtung des Völkervertragsrechts zur Drogenkontrolle.⁸⁶ Art. 1 RB 2004 verweist nur hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereichs auf die vom Einheits-Übereinkommen und im Übereinkommen über psychotrope Stoffe erfassten Drogen.

81 In diese Richtung: *Wegener*, Rechtsgutachten, S. 45 sowie *Ambos*, [Verfassungsblog v. 20. Mai 2022](#).

82 Vgl. *van Kempen/Fedorova*, Studie Berechtigungsklausel, S. 79 ff.

83 Nichts anderes dürfte sich aus der Gemeinsame Maßnahme vom 17. Dezember 1996 – vom Rat aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union angenommen – betreffend die Angleichung der Rechtsvorschriften und der Verfahren der Mitgliedstaaten der Europäischen Union zur Bekämpfung der Drogenabhängigkeit und zur Verhütung und Bekämpfung des illegalen Drogenhandels, [ABl. L 342, vom 31 Dezember 1996, S. 6](#), ergeben. In der Präambel, Art. 7 und Art. 10 wird zwar ausdrücklich auf das Völkervertragsrecht zur Drogenkontrolle Bezug genommen. Die Maßnahme galt aber *neben* dem RB 2004 und ist inzwischen aufgehoben (Verordnung (EU) 2016/95 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Januar 2016 zur Aufhebung bestimmter Rechtsakte im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, [ABl. L 26, 2. Februar 2016, S. 9](#)).

84 Vgl. nur: EuGH, Urteil vom 8. September 2020, Rs. C-265/19, Recorded Artists Actors Performers, Rn. 46. Vgl. aber auch zur völkervertragskonformen Interpretation des EU-Rechts Ziff. 4.1.4.2.2

85 Vgl. EuGH, Urteil vom 8. September 2020, Rs. C-265/19, Recorded Artists Actors Performers, Rn. 51 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

86 Vgl. Insofern auch *van Kempen/Fedorova*, Studie Berechtigungsklausel, S. 91 f, die daher für eine unionsautonome Auslegung plädieren.

Damit dürfte aus der historischen und Wortlautauslegung nicht zwingend folgend, dass die Berechtigungsklausel auf medizinische und wissenschaftliche Zwecke beschränkt ist.

4.1.4.2.2. Völkervertragskonforme Auslegung von Art. 2 Abs. 1 RB 2004?

Wie hinsichtlich der Privatkonsumklausel ist fraglich, inwieweit das Völkervertragsrecht zur Drogenkontrolle inzwischen über Art. 216 Abs. 2 AEUV Bestandteil des Unionsrechts ist und damit – ohne dass es hierfür einer ausdrücklichen Bezugnahme im RB 2004 bedürfte – gleichwohl als **Geltungs- und Auslegungsmaßstab** des Rahmenbeschlusses heranzuziehen ist.

Auch hier dürfte es auf die Frage ankommen, inwieweit die EU inzwischen von ihrer Innenkompetenz im Bereich des Strafrechts Gebrauch gemacht hat (vgl. Ziff. 4.1.3.2.) und damit insbesondere an Art. 3 VN-Übereinkommen 1988 gebunden ist. Da das VN-Übereinkommen 1988 die Regelungen des Einheits-Übereinkommens und des Übereinkommens über psychotrope Stoffe inkorporiert, kommt es nicht entscheidend auf die Frage an, inwieweit die EU inzwischen im Wege der Funktionsnachfolge an diese beiden letztgenannten Abkommen gebunden ist: Aus dem Verweis in Art. 3 VN-Übereinkommen 1988 folgt, dass die dortigen Handlungen (nur dann) unter Strafe zu stellen sind, wenn diese nicht nach dem Einheits-Übereinkommen oder dem Übereinkommen über psychotrope Stoffe straffrei sind, wenn sie also **ausschließlich medizinische oder wissenschaftliche Zwecke** verfolgen.⁸⁷

Fraglich ist also, ob die EU – soweit es nicht um den Privatkonsum geht – an die Kriminalisierungspflicht aus Art. 3 Abs. 1 VN-Übereinkommen 1988 gebunden ist und Ausnahmen von der Kriminalisierung nur zu medizinischen oder wissenschaftlichen Zwecken zulassen darf. Geht man davon aus, dass die 1990er-Erklärung keine Sperrwirkung entfaltet (Ziff. 4.1.3.2.), kommt es darauf an, ob die EU ihre Innenkompetenz in diesem Regelungsbereich des Abkommens ausgeübt hat. Dafür spricht insbesondere, dass Art. 2 Abs. 1 RB 2004 – eng an Art. 3 Abs. 1 VN-Übereinkommen 1988 angelehnt – diverse Verhaltensweisen im Zusammenhang mit Cannabis der Kriminalisierungspflicht unterwirft. Teilweise wird in der Literatur gleichwohl die Ansicht vertreten, dass jedenfalls insoweit nicht von einer Zuständigkeitsausübung der EU auszugehen sei, als es um Sachverhalte ohne grenzüberschreitenden Bezug gehe. Denn nach Art. 83 Abs. 1 AEUV beziehe sich die Unionskompetenz nur auf Kriminalitätsbereiche mit grenzüberschreitender Dimension.⁸⁸ Dagegen spricht aber, dass die in Art. 83 Abs. 1 AEUV gelisteten Kriminalitätsbereiche, zu denen der illegale Drogenhandel zählt, typisierend bestimmt werden. Die auf Art. 83 Abs. 1 AEUV beruhenden Mindestvorschriften können sich daher im Einzelfall auch auf reine Inlandssachverhalte beziehen.⁸⁹ Anders als bei der Privatkonsumklausel trifft der RB 2004 zudem keine Aussage dazu, dass sich Art. 2 Abs. 1 RB 2004 aus Subsidiaritätsgründen nur auf grenzüberschreitende Delikte erstreckt. Vielmehr sind unter den dort gelisteten Handlungen sowohl solche mit eindeutig grenzüberschreitendem Bezug (Einführen, Ausführen) als auch Handlungen,

87 Vgl. VN, [Commentary](#) on the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 1988, Art. 3, Rn. 3.10, 3.29 und Art. 4, Rn. 9: „The object of the international narcotics system is to limit exclusively to medical and scientific purposes the trade in and use of controlled drugs“ sowie Wegener, Rechtsgutachten, S. 24 f zur entsprechenden Rechtsauffassung des Suchstoffamts.

88 Vgl. nur: *van Kempen* und *Fedorova*, Studie Berechtigungsklausel, S. 97 f.

89 *Böse*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Rn. 6.

die an sich keine grenzüberschreitende Dimension haben (bspw. Verkaufen). Daher sprechen sachliche Gründe dafür, dass die EU durch den Erlass des RB 2004 – ausgenommen der Kriminalisierung des Privatkonsums – an Art. 3 VN-Übereinkommen gebunden ist. Dies würde wiederum dafür sprechen, die Berechtigungsklausel so auszulegen, dass sie allein bei Verfolgung medizinischer oder wissenschaftlicher Zwecke eine Entkriminalisierung erlauben würde.

Letztlich ist es aber – auch angesichts der kontroversen Positionen im Schrifttum – unklar, ob der EuGH eine Bindung der EU an Art. 3 VN-Übereinkommen 1988 annehmen und ob er die Bestimmung tatsächlich als Gültigkeitsmaßstab für das Unionsrecht heranziehen würde.⁹⁰ Auf der anderen Seite ist es – selbst wenn eine EU-Bindung, etwa unter Verweis auf die Sperrwirkung der 1990er-Erklärung, abgelehnt würde – nicht ausgeschlossen, dass der EuGH gleichwohl auf das bestehende Völkervertragsrecht zurückgreifen könnte. Dies gilt zum einen, weil alle Mitgliedstaaten Vertragsparteien dieser Abkommen sind⁹¹ und zum anderen weil es auch in der EU (wie vergleichbar in Deutschland) ein Prinzip der Völkerrechtsfreundlichkeit gibt.⁹² Vor diesem Hintergrund sollen nachfolgend Urteile des EuGH analysiert werden, aus denen sich gegebenenfalls Rückschlüsse auf die Frage ableiten lassen könnten, ob der EuGH die Berechtigungsklausel eng im Sinne einer Beschränkung auf medizinische oder wissenschaftliche Zwecke auslegen würde.

4.1.4.2.3. Bisherige Rechtsprechung des EuGH

Wie bereits eingangs unter Ziff. 2 dargestellt, haben sich die Unionsgerichte noch nicht ausdrücklich zum mitgliedstaatlichen Entkriminalisierungsspielraum bzw. zur Auslegung der Berechtigungsklausel positioniert.⁹³

Gewisse Rückschlüsse auf die Haltung des EuGH könnten sich aber aus der Rechtssache C-137/09 (Josemanns)⁹⁴ ziehen lassen. Hier ging es um die Frage, ob der Ausschluss Gebietsfremder vom Zugang zu niederländischen Coffeeshops mit dem EU-Recht vereinbar sei. Der EuGH lehnte angesichts des Verbots von Cannabis in den Niederlanden – ungeachtet der dortigen faktischen Toleranzpolitik – bereits die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten und des Diskriminierungsver-

90 Vgl. etwa *Giegerich*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar, 1. Aufl. 2017, Art. 216 AEUV, Rn. 206, zur Tendenz des EuGH, die Autonomie des Unionsrechts gegenüber dem Völkerrecht zu betonen.

91 Ebenda, Rn. 201: „[Es] besteht dennoch eine Verpflichtung zur übereinkommenskonformen Interpretation des EU-Rechts dann, wenn alle Mitgliedstaaten dem Übereinkommen beigetreten sind. Diese Verpflichtung begründet der EuGH mit Hinweisen auf den völkergewohnheitsrechtlichen Grundsatz von Treu und Glauben sowie auf die Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 EUV“.

92 Vgl. Ebenda, Rn. 240: „Selbst wenn die Bestimmungen einer EU-Übereinkunft keine unmittelbare Wirkung haben, so sind doch ihr Wortlaut und Zweck bei der Anwendung von Vorschriften des nationalen Rechts oder des Unionsrechts im Rahmen des Möglichen zu berücksichtigen. M. a. W. besteht auch jenseits der unmittelbaren Wirkung von Vertragsbestimmungen eine Pflicht zur völkervertragskonformen Interpretation des EU-Rechts und des nationalen Rechts. Dieser völkerrechtsfreundliche Ansatz des EuGH entspricht dem Sinn und Zweck von Art. 216 Abs. 2 AEUV und Art. 3 Abs. 5 Satz 2 EUV“.

93 Vgl. auch: *van Kempen/Fedorova*, Studie Berechtigungsklausel, S. 78.

94 EuGH, Urteil vom 16. Dezember 2010, Rs. C-137/09, Josemans.

bots ab. Er musste sich daher nicht mit der Zulässigkeit einer nationalen Entkriminalisierung befassen. Gleichwohl lassen sich dem Urteil Aussagen zum Grund und rechtlichen Hintergrund des Verbots von Betäubungsmitteln auf Hanfbasis entnehmen. So führt der EuGH unter anderem aus:

„[D]er **Handel mit Betäubungsmitteln** [ist] in allen Mitgliedstaaten **nach internationalem Recht und nach dem Unionsrecht verboten, sofern er nicht streng überwacht für die Verwendung zu medizinischen und wissenschaftlichen Zwecken stattfindet.**“⁹⁵

„Da die **Schädlichkeit von Betäubungsmitteln**, einschließlich derjenigen auf Hanfbasis, **allgemein anerkannt** ist, ist ihr Inverkehrbringen **in allen Mitgliedstaaten verboten**; lediglich ein streng überwachter Handel, der der **Verwendung für medizinische und wissenschaftliche Zwecke** dient, ist **davon ausgenommen**.

Diese Rechtslage steht **im Einklang mit** verschiedenen völkerrechtlichen Übereinkünften, an denen die Mitgliedstaaten mitgewirkt haben oder denen sie beigetreten sind, wie etwa [...] dem **Einheits-Übereinkommen** und dem **Übereinkommen [...] über psychotrope Stoffe [...]**. Die in diesen Übereinkommen vorgesehenen Maßnahmen wurden später durch das **[VN-Übereinkommen 1988]**, dem alle Mitgliedstaaten und die Union als Vertragsparteien angehören, verstärkt und ergänzt. Zu den Substanzen und Erzeugnissen, die von diesen Übereinkommen erfasst werden, gehört auch Cannabis.

In der **Präambel des Einheits-Übereinkommens** erklären die Vertragsparteien, sich ihrer Pflicht bewusst zu sein, die Drogensucht zu verhüten und zu bekämpfen, wobei sie jedoch anerkennen, dass die **medizinische Verwendung von Suchtstoffen zur Schmerzlinderung weiterhin unerlässlich ist**, und dass hinreichend Vorsorge getroffen werden muss, damit Suchtstoffe für diesen Zweck zur Verfügung stehen. Gemäß **Art. 4 dieses Übereinkommens** treffen die Vertragsparteien alle erforderlichen Maßnahmen, um die Gewinnung, Herstellung, Ausfuhr, Einfuhr, Verteilung, Verwendung und den Besitz von Suchtstoffen sowie den Handel damit auf **ausschließlich medizinische und wissenschaftliche Zwecke** zu beschränken [...].⁹⁶

Unter Bezugnahme sowohl auf Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 RB 2004 als auch Art. 71 SDÜ folgert der EuGH dann, „dass Betäubungsmittel außerhalb des von den zuständigen Stellen streng überwachten Handels zur Verwendung für medizinische und wissenschaftliche Zwecke bereits ihrem Wesen nach unter ein Einfuhr- und Verbot fallen.“⁹⁷

Der EuGH stellt in seinem Urteil also nicht ausdrücklich fest, dass Art. 2 RB 2004 am Maßstab des Völkervertragsrechts zur Drogenkontrolle zu messen sei. Allerdings geht aus den vorzitierten Passagen hervor, dass der Handel mit Betäubungsmitteln – einschließlich Cannabis – nach Auffassung des EuGH gemäß dem internationalen Recht und **dem Unionsrecht verboten** ist, **sofern** er

95 EuGH, Urteil vom 16. Dezember 2010, Rs. C-137/09, Josemans, Rn. 77 (Hervorhebungen hinzugefügt).

96 Ebenda, Rn. 36 ff.

97 Ebenda, Rn. 41.

nicht auf medizinische und wissenschaftliche Zwecke beschränkt ist. Dies stützt der EuGH insbesondere auf die Auslegung des Einheits-Übereinkommens. Es zeigt sich in dem Urteil also eine deutliche Tendenz, das Unionsrechts völkerrechtskonform auszulegen. Es deutet nichts darauf hin, dass der EuGH die Berechtigungsklausel weiter verstehen würde als es die völkervertragliche Rechtslage vorzeichnet.⁹⁸

Sowohl im Josemans-Urteil als auch in vorgehenden Entscheidungen stützt der EuGH seine Auffassung auf die „**allgemein anerkannte Schädlichkeit**“ von Cannabis bzw. anderer Drogen.⁹⁹ Vor diesem Hintergrund ist nicht ausgeschlossen, dass der Gerichtshof aufgrund einer geänderten gesellschaftlichen oder wissenschaftlichen Einschätzung zur Schädlichkeit von Cannabis zu einer anderen Rechtsauffassung gelangen könnte.¹⁰⁰ Allerdings hat der EuGH die im Josemans-Urteil vertretene Einschätzung im Jahr 2020 noch einmal ausdrücklich bestätigt.¹⁰¹ Während sich in diversen Staaten weltweit Tendenzen zeigen, die Schädlichkeit von Cannabis weit herabzustufen,¹⁰² hat die VN-Suchtstoffkommission Cannabis und Cannabisharz zwar im Jahr 2020 auf Empfehlung der Weltgesundheitsorganisation durch Änderung der Anhänge des Einheits-Übereinkommens als weniger gefährlich eingestuft. Hiermit ist aber nur eine erleichterte medizinische, nicht die Nutzung zu Genusszwecken intendiert.¹⁰³

4.1.4.2.4. Andere Wertung aufgrund unionaler und/oder internationaler Menschenrechte?

Teilweise wird in der Literatur vorgeschlagen, das in **Art. 7 GRC** verankerte **Recht auf Privatleben** als normativen Anker zu nutzen, um die völkervertragliche und (damit) unionsrechtliche Beschränkung auf die Zulässigkeitstrias zu überwinden.¹⁰⁴ Hintergrund ist, dass Art. 7 GRC als **Primärrecht im Rang über** ggf. in das Unionsrecht **inkorporiertem Völkerrecht** und dem sekundärrechtlichen **RB 2004** steht.

98 So auch: *Hofmann*, Cannabis Legalization in Germany – The Final Blow to European Drug Prohibition?, [European Law Blog](#), 11. Januar 2022, wo es unter Bezugnahme auf Josemans heißt, dass das Unionsrecht und die Unionsrechtsprechung den Anbau und Verkauf für andere als medizinische Zwecke strikt verbieten.

99 Vgl. nur EuGH, Urteil vom 26. Oktober 1982, Rs. 221/81, Rn. 8.

100 Vgl. in diese Richtung: *Hofmann*, [Verfassungsblog v. 15. Juli 2022](#).

101 EuGH, Urteil vom 19. November 2020, Rs. C-663/18, BS und CA, Rn. 59-61.

102 Vgl. zu den Entwicklungen in verschiedenen Ländern bspw. *Khan/Landwehr*, “Legalize It!?” – Opportunities and Challenges for the Regulation of Cannabis under European Law – Is Legalisation Legal?, [eucrim](#), 12. April 2022.

103 WHO, [UN Commission on Narcotic Drugs reclassifies cannabis to recognize its therapeutic uses](#), 4. Dezember 2020: „The change in status of cannabis will not affect its non-medical use or promote legalization, as it remains under strict international control“; Suchtstoffkommission, [Presseerklärung vom 2. Dezember 2020](#): „Cannabis and Cannabis-resin „remain in Schedule I of the 1961 Convention and thus remain subject to all levels of control of the 1961 Convention“.

104 *Khan/Landwehr*, “Legalize It!?” – Opportunities and Challenges for the Regulation of Cannabis under European Law – Is Legalisation Legal?, [eucrim](#), 12. April 2022; *Thym*, [Verfassungsblog v. 29. August 2022](#).

Soweit ersichtlich, finden sich in der Rechtsprechung des EuGH aber keine Anhaltspunkte für einen solchen Ansatz. Will man darlegen, dass Art. 7 GRC – über die Privatkonsumklausel und die Verwendung zu medizinischen und wissenschaftlichen Zwecken hinaus – etwa die Einrichtung eines (kommerziellen) Anbau- und Abgabesystems zu Genusszwecken absichert, müsste begründet werden können, dass es sich hierbei um geschützte Entfaltungsweisen des Einzelnen mit einem qualifizierten Persönlichkeitsbezug handelt.¹⁰⁵ Dies hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bei der Auslegung der Pendantvorschrift¹⁰⁶ in Art. 8 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) beispielsweise hinsichtlich des Jagens abgelehnt, weil diese Tätigkeit weder untrennbar mit der Identität der Jägerinnen und Jäger noch mit der geschützten Sozialsphäre untrennbar verbunden sei.¹⁰⁷ Selbst wenn man in der Kriminalisierung (kommerzieller) Verschaffungshandlungen zu Genusszwecken einen Eingriff in Art. 7 GRC sähe, müsste dieser zudem ungerechtfertigt erfolgen. Eingriffe können nach dem für die Auslegung von Art. 7 GRC beachtlichen Art. 8 Abs. 2 EMRK u.a. gerechtfertigt sein, wenn sie „zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer“ notwendig sind. Wie bereits ausgeführt, stellte der EuGH im *Josemans*-Urteil fest, dass die Drogenbekämpfung im Zusammenhang mit der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und dem Schutz der Gesundheit der Bürger sowohl auf der Ebene der Mitgliedstaaten als auch auf Unionsebene stehe und daher als Rechtfertigung (von Eingriffen in die Grundfreiheiten) in Betracht komme.¹⁰⁸ Es wäre ggf. eine tiefgehendere Rechtsprechungsanalyse anzustellen, um die Belastbarkeit des unionsgrundrechtlichen Argumentationsansatzes zu prüfen.¹⁰⁹

Für eine positive menschenrechtliche Pflicht, Cannabis staatlich kontrolliert zu Genusszwecken anzubieten, argumentieren jedenfalls *van Kempen* und *Fedorova* u.a. in einer mehrere hundert Seiten umfassenden Publikation.¹¹⁰ Eine ausführliche Auswertung des Werks ist an dieser Stelle nicht möglich. Im Wesentlichen vertreten sie aber die Ansicht, dass die Staaten aufgrund der EMRK und des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte **verpflichtet** seien, – durch Legalisierung, Entkriminalisierung oder eine Politik der Toleranz – einen **regulierten Cannabisanbau und -handel zuzulassen, wenn dies den bestmöglichen Schutz der Rechte auf Leben, unmenschliche Behandlung und Privatsphäre in einem Staat** vor den relevanten Formen von

105 *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 7 GRC, Rn. 3; *Wolff*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar, 1. Auflage 2017, Art. 7 GRC, Rn. 16.

106 Vgl. zum Gleichklang dieser Vorschriften: Art. 52 Abs. 3 GRC; Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, [ABl. C 303, 14. Dezember 2007, S. 17](#) (20).

107 EGMR, Urteil vom 24. November 2009, Beschw.-Nr. 16072/06, *Friend/Vereinigtes Königreich*, Rn. 44.

108 EuGH, Urteil vom 16. Dezember 2010, Rs. C-137/09, *Josemans*, Rn. 65 ff.

109 Vgl. zur Rechtsprechung des BVerfG etwa: *Wegner*, Rechtsgutachten, S. 37.

110 *Van Kempen/ Fedorova*, International Law and Cannabis, Volume II, Regulation of Cannabis Cultivation and Trade for Recreational Use: Positive Human Rights Obligations versus UN Narcotic Drugs Conventions, Cambridge: Intersentia, 2019 (im Folgenden: International Law and Cannabis II). Vgl. auch die Hinweise bei *Ambos*, [Verfassungsblog v. 20. Mai 2022](#).

schwerer Unsicherheit, Belästigung, Kriminalität und Gesundheitsrisiken gewährleiste.¹¹¹ Ihrer Einschätzung nach haben diese positiven menschenrechtlichen Verpflichtungen Vorrang vor dem Völkervertragsrecht zur Drogenkontrolle.¹¹² Soweit ersichtlich, entspricht diese Ansicht jedoch nicht der der zuständigen VN-Organen.¹¹³

4.1.4.2.5. Zwischenergebnis

Sowohl dogmatische Erwägungen zur völkervertragskonformen Auslegung des Unionsrechts als auch die bisherige Rechtsprechung des EuGH sprechen dafür, die Berechtigungsklausel eng auszulegen und hierunter nur solche Handlungen i.S.v. Art. 2 Abs. 1 RB 2004 fallen zu lassen, die ausschließlich medizinischen oder wissenschaftlichen Zwecken dienen (vgl. Ziff. 4.1.4.2.2., Ziff. 4.1.4.2.3).¹¹⁴

Abschließend könnte über die Frage einer – ggf. unionsgrundrechtlich oder menschenrechtlich fundierten – weiteren Auslegung der Berechtigungsklausel jedoch nur der EuGH entscheiden. Vor diesem Hintergrund soll nachfolgend sowohl auf die Frage eingegangen werden, welche Entkriminalisierungsspielräume die Berechtigungsklausel bei einer engen Auslegung (Beschränkung auf medizinische und wissenschaftliche Zwecke, Ziff. 4.1.4.3.) als auch bei einer weiten, unionsautonomen Auslegung eröffnen würde (Ziff. 4.1.4.4.).

4.1.4.3. Spielraum im Rahmen medizinischer und wissenschaftlicher Zwecke

Geht man zunächst vom **Wortlaut** „ohne Berechtigung“¹¹⁵ aus, dürften die besseren Gründe dafür sprechen, dass die Berechtigungsklausel nicht nur die Option einer einzelfallbezogenen Ausnahmegenehmigung gewährt. Denn es wird gerade nicht der Begriff der „Genehmigung“ verwendet. Daher dürfte die Berechtigungsklausel auch die Einführung abstrakt-genereller Regelungen ermöglichen.¹¹⁶

111 Vgl. *van Kempen/Fedorova*, International Law and Cannabis II, S. 151 ff. und insbesondere S. 157.

112 Ebenda, S. 161 ff. und insbesondere S. 246.

113 Vgl. Ziff. 4.1.4.2.3. und *Wegener*, Rechtsgutachten, S. 24. Der Rat hat zwar am 8 Dezember 2022 Schlussfolgerungen über einen menschenrechtsbasierten Ansatz in der Drogenpolitik, Dok. Nr. 15818/22, abrufbar unter: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15818-2022-INIT/de/pdf>, gebilligt. Hier geht es, soweit ersichtlich, aber nicht um eine menschenrechtlich begründete Entkriminalisierung.

114 In diesem Sinne: *Hofmann*, [Verfassungsblog v. 23. November 2021](#); *Hofmann*, Cannabis Legalization in Germany – The Final Blow to European Drug Prohibition?, [European Law Blog, 11. Januar 2022](#); *Wegener*, S. 27 ff.

115 Vgl. bspw. engl.: „without right“, franz.: „lorsqu’ils ne peuvent être légitimés“ und insbesondere span.: „cuando se cometan contrariamente a Derecho“.

116 Vgl. in diesem Sinne auch: *Hofmann*, Cannabis Legalization in Germany – The Final Blow to European Drug Prohibition, [European Law Blog, 11. Januar 2022](#); *van Kempen/Fedorova*, S. 79 ff.

Darüber hinaus geht aus dem VN-Kommentar zu Art. 4 Buchst. c Einheits-Übereinkommen hervor, dass der Begriff der medizinischen Zwecke im Einklang mit dem medizinischen und wissenschaftlichen Fortschritt auszulegen sei.¹¹⁷ Der Kommentar weist zudem darauf hin, dass die Vertragsstaaten den Begriff der medizinischen Zwecke nicht einheitlich ausgelegt hätten.¹¹⁸ Dies deutet darauf hin, dass das Völkervertragsrecht einen **recht großen Spielraum** hinsichtlich der Frage einräumt, was alles unter die Zweckbestimmung „medizinische und wissenschaftliche Zwecke“ fällt. Zu bedenken ist aber, dass die Berechtigungsklausel – anders als die Privatkonsumklausel – zur näheren Ausgestaltung gerade nicht auf das nationale Recht verweist und somit einer strengeren unionsrechtlichen Kontrolle unterliegt.¹¹⁹

Im öffentlichen Diskurs wird – angesichts der in einigen Mitgliedstaaten bereits eingeführten bzw. geplanten – „**wissenschaftlichen Cannabis-Modellprojekte**“, die auf eine kontrollierte Abgabe an einen eingeschränkten Personenkreis zielen, deren Vereinbarkeit mit dem Unions- und Völkerrecht diskutiert.¹²⁰ Angesichts des vorstehend dargestellten relativ weiten Gestaltungsspielraums der Mitgliedstaaten dürfte die Einführung wissenschaftlicher Modellprojekte aus unions- und völkerrechtlicher Sicht dann keinen durchgreifenden Bedenken begegnen, wenn durch ihre Ausgestaltung **sichergestellt** ist, dass sie **tatsächlich ausschließlich wissenschaftlichen Zwecken** dienen.

4.1.4.4. Spielraum bei unionsautonomen Verständnis

Insbesondere *van Kempen* und *Fedorova* vertreten die Auffassung, dass die Berechtigungsklausel **unionsautonom** auszulegen und daher nicht auf die Verfolgung medizinischer und wissenschaftlicher Zwecke beschränkt sei.¹²¹ Unterstellt man – ungeachtet der diesbezüglichen Einwände und Bedenken (vgl. Ziff. 4.1.4.2.2. ff.) – die Zulässigkeit der unionsautonomen Auslegung stellt sich die Frage, wie die Berechtigungsklausel in diesem Fall verstanden werden sollte.

117 VN, [Commentary](#) on the Single Convention on Narcotic Drugs, 1961, Art. 4, Rn. 9: „The object of the international narcotics system is to limit exclusively to medical and scientific purposes the trade in and use of controlled drugs“, Rn. 12.

118 VN, [Commentary](#) on the Single Convention on Narcotic Drugs, 1961, Art. 4, Rn. 9: „The object of the international narcotics system is to limit exclusively to medical and scientific purposes the trade in and use of controlled drugs“, Rn. 11.

119 Vgl. auch: *Wegener*, S. 35 f.

120 Vgl. zum anforderbaren, von der Kanzlei Dentons am 27. März 2023 erstellten „Kurzgutachten betreffend die rechtlichen Voraussetzungen eines wissenschaftlichen Cannabis-Modellprojekts in Deutschland“: <https://www.demecan.de/2023/04/14/dentons-erstellt-fuer-demecan-rechtliches-gutachten-fuer-wissenschaftliches-cannabis-modellprojekt-in-deutschland/>; Garrelts, Was sich für Cannabis-Modellprojekte ändern muss, *Tagesspiegel*, 17. April 2023, <https://background.tagesspiegel.de/gesundheit/was-sich-fuer-cannabis-modellprojekte-aendern-muss>.

121 Vgl. *van Kempen/Fedorova*, Studie Berechtigungsklausel, S. 91 f.

Wie bereits oben unter Ziff. 4.1.4.2.4. ausgeführt, gehen *van Kempen* und *Fedorova*, aber auch *Khan* und *Landwehr*¹²² davon aus, dass die Berechtigungsklausel auch die Einführung bestimmter Formen **staatlich lizenzierter Cannabis-Fachgeschäfte** gestatte. Ihr Hauptargument¹²³ dürfte sein, dass die Einführung eines staatlich lizenzierten Anbau- und Abgabemodells zu Genusszwecken dann nicht gegen den **Sinn und Zweck** des RB 2004 verstoße, wenn der Umgang mit Cannabis außerhalb des staatlichen Lizenzierungssystems strafbar bleibe und eine Legalisierung sich nicht negativ auf die Bekämpfung des grenzüberschreitenden Drogenhandelns auswirke.¹²⁴ Ihrer Ansicht nach ergäben sich solange keine Bedenken, als sichergestellt sei, dass ein Cannabis-Anbau- und -Abgabesystem zu Genusszwecken **keinerlei grenzüberschreitende Auswirkungen** habe und die **zwischenmitgliedstaatliche Strafrechtskooperation nicht behindere**. Ob eine solche Ausgestaltung gelingen könne, sei eine empirische Frage, die sie nicht näher beleuchten.

Auch an dieser Stelle können keine detaillierten Erwägungen zu möglichen Ausgestaltungsoptionen angestellt werden. Gerade mit Blick auf die Strafrechtskooperation¹²⁵ soll aber auf die **Schwierigkeiten** der Einführung eines solchen, in seinen Wirkungen national beschränkten Systems hingewiesen werden: Selbst wenn der Zugang zu und zudem die berufliche Tätigkeit in einem derartige Anbau- und Abgabesystem – entsprechend der Zugangsbeschränkung zu niederländischen Coffeeshops (vgl. Ziff. 4.1.4.2.3.) – auf Gebietsansässige beschränkt¹²⁶ würden, wäre Art. 8 Abs. 1 Buchst. b, Abs. 2 RB 2004 zu beachten. Diese Bestimmung sieht vor, dass die Mitgliedstaaten ihre Gerichtsbarkeit grundsätzlich auf Straftaten erstrecken, die von einem ihrer Staatsangehörigen in einem in einem anderen Mitgliedstaat begangen wurden. Wenn nun der Staatsangehörige von Mitgliedstaat A in Mitgliedstaat B ansässig ist und dort – aufgrund der Berechtigungsklausel straffrei – am staatlich kontrollierten Anbau- und Abgabesystem teilhat, könnte er hierfür – bei entsprechender Strafbarkeit – in seinem Heimatstaat A strafrechtlich verfolgt werden. Grundsätzlich könnte der Heimatstaat A den Mitgliedstaat B sogar um Übergabe nach dem Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl (RBEuHb)¹²⁷ ersuchen, denn nach Art. 2 Abs. 2 RBEuHb setzt eine Übergabe nicht voraus, dass die in Rede stehende Tat auch im

122 *Khan/Landwehr*, “Legalize It!?” – Opportunities and Challenges for the Regulation of Cannabis under European Law – Is Legalisation Legal?, [eucrim](#), 12. April 2022.

123 Vgl. zu den sonstigen Auslegungserwägungen: *van Kempen/Fedorova*, Studie Berechtigungsklausel, S. 79 ff.

124 Ebenda, S. 85 ff.

125 Vgl. dazu nur ErwG 1 Änderungsrichtlinie 2017/2103: „Der Rahmenbeschluss 2004/757/JI enthält gemeinsame Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen [...] im Bereich des Drogenhandels, um zu vermeiden, dass es zu Problemen bei der Zusammenarbeit zwischen den Justiz- und Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten kommt, weil die betreffende Handlung oder die betreffenden Handlungen nicht zugleich nach dem Recht des ersuchenden und nach dem des ersuchten Mitgliedstaats strafbar sind“.

126 Skeptisch hinsichtlich der Drogentourismusproblems: *Hofmann*, [Verfassungsblog v. 15. Juli 2022](#), der meint, dass EU-Bürger aus anderen Mitgliedstaaten über den Gleichbehandlungsgrundsatz den Zugang zu einem nationalen Anbau- und Abgabesystem erzwingen könnten. Insofern sei aber auf die Josemans-Entscheidung verwiesen, in der der EuGH den Ausschluss von Nichtansässigen als gerechtfertigt ansah, vgl. EuGH, Urteil vom 16. Dezember 2010, Rs. C-137/09, Josemanns, Rn. 60 ff.

127 Rahmenbeschluss 2002/584/JI über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten v. 13.6.2002, [ABl. L 190, 18. Juli 2002, S. 1 \(konsolidierte Fassung\)](#).

Mitgliedstaat B strafbar ist. In Betracht käme zwar eine Ablehnung der Übergabe nach Art. 4 Nr. 7 Buchst. a RBEuHb, der sich auf Handlungen bezieht, die überwiegend auf vollstreckungsstaatlichem Gebiet vollzogen wurden.¹²⁸ Nichtsdestoweniger zeigen die vorstehenden Ausführungen die potenziell grenzüberschreitende Relevanz auch stark national ausgerichteter Cannabis-Anbau- und Abgabesysteme. Es ist zudem nicht gänzlich auszuschließen, dass aus einem solchen System resultierende Unterschiede im nationalen Strafrecht vom EuGH als Freizügigkeitshindernisse eingestuft würden.

4.1.5. Zwischenergebnis zu Art. 2 RB 2004

Art. 2 RB 2004 eröffnet den Mitgliedstaaten sowohl über die **Privatkonsumklausel** in Art. 2 Abs. 2 RB 2004 als auch die **Berechtigungsklausel** in Art. 2 Abs. 1 RB 2004 gewisse Entkriminalisierungsspielräume.

Bei der **Privatkonsumklausel** handelt es sich um eine Öffnungsklausel in das nationale Recht, die den Mitgliedstaaten daher einen recht weiten Spielraum bei der Definition dessen einräumen dürfte, was sie als „ausschließlich für den persönlichen Konsum“ begangene Handlungen erachten. Gleichwohl ist davon auszugehen, dass der EuGH allzu großzügigen nationalen Regelungen, die das Regel-/Ausnahmeverhältnis von grundsätzlicher Kriminalisierungspflicht nach Art. 2 Abs. 1 RB 2004 und beschränkter Bereichsausnahme nach Art. 2 Abs. 2 RB 2004 in ihr Gegenteil verkehren würden, einen Riegel vorschieben würde. Fraglich ist zudem, ob sämtliche Handlungen, für die Art. 2 Abs. 2 RB 2004 grundsätzlich mitgliedstaatlichen Entkriminalisierungsspielraum für den Privatkonsum eröffnet, überhaupt ihrer Natur nach geeignet sind, ausschließlich für den persönlichen Konsum begangen zu werden. Dies gilt insbesondere für (kommerzielle) Verschaffungshandlungen wie das Verkaufen. Grundsätzlich ist es insofern zwar am nationalen Recht, zu entscheiden, ob und inwiefern bei diesen Handlungen von einer ausschließlich privatkonsummotivierten Begehung auszugehen ist. Da diese Einstufung aber unweigerlich Auswirkungen auf den Anwendungsbereich des RB 2004 hat, ist auch insofern nicht auszuschließen, dass der EuGH die Definitionsfreiheit der Mitgliedstaaten unionsrechtlich einhegen würde (siehe ausführlich Ziff. 4.1.3.).

Hinsichtlich der **Berechtigungsklausel** sprechen sowohl dogmatische Erwägungen zur völkervertragskonformen Auslegung als auch die bisherige Rechtsprechung dafür, dass sie einen Entkriminalisierungsspielraum nur bei Verfolgung medizinischer oder wissenschaftlicher Zwecke ermöglicht (Ziff. 4.1.4.2.2., Ziff. 4.1.4.2.3.). In diesem Fall könnten – vorbehaltlich der konkreten Ausgestaltung – wissenschaftliche Modellprojekte (Ziff. 4.1.4.3.), wohl aber kaum staatliche bzw. staatlich kontrollierte Cannabis-Anbau- und -Abgabesysteme zu Genusszwecken auf die Klausel gestützt werden. In der Literatur gibt es jedoch Stimmen, die die Berechtigungsklausel unionsautonom auslegen und von ihr insbesondere auch staatliche bzw. staatlich kontrollierte Anbau- und -Abgabesysteme erfasst sehen wollen, sofern diese keine grenzüberschreitenden Auswirkungen

128 Vgl. ausführlich zur Abschaffung der Beiderseitigkeitigkeitsklausel in Art. 2 Abs. 2 RBEuHb und daraus resultierenden Problemen der „überraschenden Strafverfolgung“: Müller, Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens im Mehrebenensystem der Europäischen Union, 2023, S. 255 ff.; 781.

entfalten und die zwischenmitgliedstaatliche Kooperation im Strafrechtsbereich nicht beeinträchtigen (Ziff. 4.1.4.2.4., 4.1.4.4.). Abschließend könnte diese Frage nur der EuGH entscheiden.

4.2. Art. 71 des Schengener Durchführungsübereinkommens

Neben Art. 2 RB 2004 ergeben sich Regelungen zum mitgliedstaatlichen Umgang mit Cannabis aus Art. 71 SDÜ.¹²⁹ Das SDÜ diente der Umsetzung des Regierungsübereinkommens von Schengen aus dem Jahr 1985 (SÜ), in dem sich einige der Mitgliedstaaten völkerrechtlich, außerhalb des institutionellen Rahmens der EU, auf den Abbau von Binnengrenzkontrollen und insbesondere auch auf die Bekämpfung des illegalen Drogenhandels einigten, vgl. Art. 8 SÜ.¹³⁰ Das SDÜ ist inzwischen in das Unionsrecht überführt worden¹³¹ und hat – wie der RB 2004 – **Sekundärrechtsrang**.¹³²

Art. 71 SDÜ bestimmt:

(1) Die Vertragsparteien verpflichten sich, in Bezug auf die unmittelbare oder mittelbare Abgabe von Suchtstoffen und psychotropen Stoffen aller Art **einschließlich Cannabis** und den Besitz dieser Stoffe zum Zwecke der Abgabe oder Ausfuhr **unter Berücksichtigung der bestehenden Übereinkommen der Vereinten Nationen** alle notwendigen Maßnahmen zu treffen, die **zur Unterbindung des unerlaubten Handels** mit Betäubungsmitteln erforderlich sind.

(2) Unbeschadet der Artikel 74, 75 und 76 verpflichten sich die Vertragsparteien, die unerlaubte Ausfuhr von Betäubungsmitteln aller Art einschließlich Cannabis-Produkten sowie den **Verkauf, die Verschaffung und die Abgabe** dieser Mittel mit **verwaltungsrechtlichen und strafrechtlichen Mitteln** zu unterbinden.

129 Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen, [ABl. L 239, 22. September 2000, S. 19](#).

130 Übereinkommen zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen vom 14. Juni 1985, [ABl. L 239, 22. September 2000, S. 13](#).

131 Vgl. Protokoll (Nr. 3) zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in den Rahmen der Europäischen Union, [ABl. C 340, 10. November 1997, S. 93](#) (Schengen-Protokoll); Beschluss 1999/436/EG zur Festlegung der Rechtsgrundlagen für die einzelnen Bestimmungen und Beschlüsse, die den Schengen-Besitzstand bilden, nach Maßgabe der einschlägigen Bestimmungen des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft und des Vertrags über die Europäische Union v. 20. Mai 1999, [ABl. L 176, 10. Juli 1999, S. 17](#) (Beschluss 1999/436/EG) sowie Protokoll (Nr. 19) über den in den Rahmen der Europäischen Union einbezogenen Schengen-Besitzstand, [ABl. C 326, 26. Oktober 2012, S. 290](#).

132 Vgl. zur Behandlung des SDÜ als Sekundärrecht nur: EuGH, Urteil vom 27. Mai 2014, Rs. C-129/14 PPU, Spasic. Vgl. zur Festlegung der Rechtsgrundlage des SDÜ im Primärrecht: Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 Art. 1 Schengen-Protokoll i.V.m. Art. 2 i.V.m. Anhang A Beschluss 1999/436/EG.

(3) Zur Bekämpfung der **unerlaubten Einfuhr** von Suchtstoffen und psychotropen Stoffen aller Art einschließlich Cannabis verstärken die Vertragsparteien die Kontrollen des Personen- und des Warenverkehrs sowie der Transportmittel an den Außengrenzen. [...]

(5) Hinsichtlich der **Eindämmung der unerlaubten Nachfrage** nach Suchtstoffen und psychotropen Stoffen aller Art **einschließlich Cannabis** werden die Vertragsparteien ihr Möglichstes tun, den negativen Folgen dieser unerlaubten Nachfrage **vorzubeugen und entgegenzuwirken**. Die Maßnahmen dazu liegen **im Verantwortungsbereich** der einzelnen Vertragsparteien.

Aus dem Wortlaut und der Systematik von Art. 71 SDÜ lassen sich für den mitgliedstaatlichen Regelungsspielraum im Zusammenhang mit Cannabis folgende Schlüsse ziehen: Anders als der RB 2004 (vgl. Ziff. 4.1.4.2.1.) nimmt Art. 71 Abs. 1 SDÜ das **Völkervertragsrecht zur Drogenkontrolle ausdrücklich insgesamt in Bezug**.¹³³ Hieraus dürfte folgen, dass Art. 71 SDÜ im Einklang mit dem einschlägigen Völkervertragsrecht auszulegen ist.¹³⁴ Dies dürfte insbesondere auch hinsichtlich des Begriffs des „**unerlaubten Handels**“ gelten. Nach Art. 1 Buchst. m VN-Übereinkommen 1988 meint dieser Begriff die in Art. 3 dieses Abkommens genannten Straftaten. Nach Art. 1 Buchst. l des Übereinkommens über psychotrope Stoffe bezeichnet der Ausdruck jede gegen das Abkommen verstoßende Herstellung und jeden dagegen verstoßenden Verkehr mit psychotropen Stoffen. Nach Art. 1 Buchst. l Einheits-Übereinkommen meint der Ausdruck unerlaubter Verkehr jeden gegen das Abkommen verstoßenden Anbau von und jeden Verkehr mit Suchtstoffen (einschließlich Cannabis). Daraus dürfte sich ableiten lassen, dass ein vom SDÜ (allein) erfasster **unerlaubter Handel** im Ausgangspunkt dann vorliegt, **wenn nicht ausnahmsweise die völkervertragliche Zulässigkeitstrias** (Verfolgung ausschließlich medizinischer bzw. wissenschaftlicher Zwecke sowie Privatkonsum) greift. Hinsichtlich der Verfolgung medizinischer Zwecke wird dies insbesondere durch die Zusammenschau mit Art. 74 ff. SDÜ bestätigt, die u.a. das legale Mitführen von im Rahmen einer ärztlichen Behandlung benötigten Betäubungsmittel regeln.¹³⁵

Insbesondere im Zusammenhang mit der Diskussion, ob Mitgliedstaaten ein staatlich kontrolliertes/lizenziertes Cannabis-Anbau- und Abgabesystem zu Genusszwecken einführen könnten, dürfte die Auslegung von Art. 71 Abs. 2 und Art. 71 Abs. 5 SDÜ relevant sein. Nach **Art. 71 Abs. 5 SDÜ** haben die gebundenen Mitgliedstaaten ihr Möglichstes zu tun, um den negativen Folgen der **unerlaubten Nachfrage** nach Drogen vorzubeugen und entgegenzuwirken. Soweit ersichtlich, ist der Begriff der unerlaubten Nachfrage im SDÜ und Völkervertragsrecht nicht definiert. Aus der Gesamtschau insbesondere der Präambel und von Art. 14 Abs. 3 VN-Übereinkommen 1988, der Regelungen zur Beseitigung der unerlaubten Nachfrage trifft, dürfte folgen, dass

133 Diese werden in einer zu Fußnote zu Art. 71 Abs. 1 SDÜ ausdrücklich aufgelistet.

134 Vgl. nur EuGH, Urteil vom 18. Juli 2007, Rs. C-367/05, Krajenbrink, Rn. 11 und Urteil vom 9. März 2006, Rs. C-346/04, van Esbroeck, Rn. 12, wo im Zusammenhang mit der Auslegung von Art. 71 SDÜ auf das Einheits-Übereinkommen als maßgeblicher internationaler Rechtsrahmen verwiesen wird sowie EuGH, Urteil vom 19. November 2020, Rs. C-663/18, BS und CA, Rn. 65: „das Einheits-Übereinkommen [...], das auch von Art. 71 Abs. 1 des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen erfasst wird“.

135 Ein darüber hinausgehender mitgliedstaatlicher Regelungsspielraum ergäbe sich nur bei unionsgrundrechtlichen bzw. international-menschenrechtlichen Modifikationen der Zulässigkeitstrias (siehe oben Ziff. 4.1.4.2.4.).

hiermit die Nachfrage nach Drogen gemeint ist, deren Anbau bzw. Herstellung nach dem Völkervertragsrecht zur Drogenkontrolle verboten ist. Insoweit trifft es zwar zu, dass Art. 71 Abs. 5 SDÜ die jeweils zu ergreifenden Maßnahmen in den Verantwortungsbereich der Mitgliedstaaten legt. Hieraus lässt sich unter Beachtung der vorstehenden systematischen Erwägungen aber nicht der Schluss ziehen, dass die Mitgliedstaaten über Art. 71 Abs. 5 SDÜ ungeachtet der völkervertraglichen Zulässigkeitskriterien ermächtigt wären, eigenständig zu definieren, was (un-)erlaubte Nachfrage ist und so den nationalen Markt zu regulieren.¹³⁶

Aus **Art. 71 Abs. 2 SDÜ** ergibt sich nicht nur die Pflicht, die unerlaubte Ausfuhr von Cannabis (= die grenzüberschreitende Dimension) mit strafrechtlichen Mitteln zu bekämpfen. Vielmehr gilt die **Kriminalisierungspflicht** im Ausgangspunkt auch allgemein für den **Verkauf, die Verschaffung und die Abgabe** von Cannabis. Die Einführung eines – auch national begrenzten – Abgabesystems zu Genusszwecken wäre hiermit wohl nicht vereinbar. Hinzuweisen ist aber auf die **Gemeinsame Schlusserklärung** zu Art. 71 Abs. 2 SDÜ. Diese sieht vor:

„Soweit eine Vertragspartei im Rahmen ihrer nationalen Politik zur Vorbeugung und Behandlung der Abhängigkeit von Suchtstoffen und psychotropen Stoffen von dem in Artikel 71 Absatz 2 festgeschriebenen Grundsatz abweicht, treffen alle Vertragsparteien die erforderlichen strafrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Maßnahmen, um die unerlaubte Ein- und Ausfuhr dieser Stoffe, insbesondere in das Hoheitsgebiet der anderen Vertragsparteien, zu unterbinden.“¹³⁷

Da die Erklärung auf national begrenzte Maßnahmen der Suchtprävention und -bekämpfung beschränkt ist, dürfte sich zunächst feststellen lassen, dass hierauf **keine generelle Entkriminalisierung** gestützt werden könnte (vgl. entsprechend zu Art. 2 RB 2004 Ziff. 4.1.3.3.1. und Ziff. 4.1.4.2.2.).

Angesichts der durch die Gemeinsame Schlusserklärung eröffneten Ausnahmemöglichkeit von der Kriminalisierungsverpflichtung in Art. 71 Abs. 2 SDÜ gehen aber etwa *van Kempen* und *Fedorova* sowie *Khan* und *Landwehr* davon aus, dass es nach dem SDÜ jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen sei, einen **Markt für Cannabis über staatlich lizenzierte Fachgeschäfte** zu etablieren.¹³⁸ *Van Kempen* und *Fedorova* führen insofern an, dass staatlich kontrollierte Anbau- und Abgabesysteme zu Genusszwecken zwar nicht im engeren Sinne der Behandlung von Drogenabhängigen dienen. Wenn jedoch eine bestimmte Regulierung von Drogen, beispielsweise durch z.B. durch Toleranz und Nichtverfolgung oder Lizenzvergabe, helfen könnte, die Abhängigkeit von diesen Drogen zu verhindern, könne man argumentieren, dass eine solche Regulierung von der Gemeinsamen Erklärung gedeckt sei. Ihrer Auffassung nach würden also Regelungen zur Einführung eines nationalen Lizenzierungssystems für Cannabis zu Genusszwecken nicht

136 So aber wohl *Ambos*, [Verfassungsblog v. 13. September 2022](#).

137 Schlussakte – Gemeinsame Erklärung zu Art. 71 Abs. 2 SDÜ, [ABL. L 239, 22. September 2000, S. 19 \(55\)](#).

138 *Khan/Landwehr*, “Legalize It!?” – Opportunities and Challenges for the Regulation of Cannabis under European Law – Is Legalisation Legal?, [eucrim, 12. April 2022](#); *van Kempen/Fedorova*, Studie Berechtigungsklausel, S. 87 ff.

gegen das SDÜ verstoßen, sofern ein solches System **auch zur Prävention der Drogenabhängigkeit** beitragen soll und sofern der Staat gleichzeitig die notwendigen administrativen und strafrechtlichen Maßnahmen ergreife, um den grenzüberschreitenden illegalen Drogenhandel zu verhindern und zu bestrafen.¹³⁹ Hinsichtlich dieses Ansatzes stellt sich zunächst die Frage nach der **Vereinbarkeit mit den Pflichten aus dem Völkervertragsregime**. Insofern entstünde von vornherein kein Konflikt, wenn die jeweils in Rede stehende nationale Drogenpolitik unter die Zweckbestimmung „ausschließlich medizinische oder wissenschaftliche Zwecke“ fiele. Ginge die nationale Politik isoliert betrachtet demgegenüber über das nach dem Völkervertragsrecht zur Drogenkontrolle Zulässige hinaus, ließe sich für ein gleichwohl völkerrechtskonformes Verhalten der Mitgliedstaaten bzw. der EU höchstens anführen, dass sie durch die gemäß der Gemeinsamen Schlusserklärung zu ergreifenden Maßnahmen gegen grenzüberschreitende Wirkungen gleichwohl „gesamtschuldnerisch“ nach außen die Einhaltung des Völkervertragsrechts gewährleisten.¹⁴⁰ Weiter lässt sich die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem **RB 2004** aufwerfen. Denn wie oben unter Ziff. 4.1.4.2.2. und Ziff. 4.1.4.2.4. dargestellt, sind mitgliedstaatliche Abweichungen von der Kriminalisierungspflicht aus Art. 2 Abs. 1 RB 2004 nicht schon deshalb unbedenklich, weil sie den grenzüberschreitenden Verkehr mit Drogen unterbinden. Selbst wenn die Schlusserklärung zu Art. 71 Abs. 2 SDÜ den Mitgliedstaaten insofern einen größeren Spielraum eröffnet, ist nicht davon auszugehen, dass sich dieser auf die Auslegung des strengeren RB 2004 übertragen lässt.¹⁴¹

Damit ist hinsichtlich Art. 71 SDÜ festzustellen, dass der ausdrückliche Verweis auf das Völkervertragsrecht zur Drogenkontrolle dafür spricht, dass das **Unionsrecht einen Entkriminalisierungsspielraum** nur im Umfang des **völkervertraglich Zulässigen** eröffnet. Selbst wenn sich Art. 71 Abs. 2 SDÜ i.V.m. der gemeinsamen Schlusserklärung so auslegen lassen sollte, dass den Mitgliedstaaten im Vergleich zum RB 2004 weitergehende Entkriminalisierungsspielräume für ihre rein nationale Drogenpolitik eröffnet werden, dürfte nicht davon auszugehen sein, dass dies auf den Pflichtenkreis des RB 2004 „durchschlägt“. Hierfür finden sich im RB 2004 jedenfalls keine Anhaltspunkte.

5. Schlussfolgerungen für den unionsrechtlichen Legalisierungsspielraum

Wie bereits oben unter Ziff. 2 dargestellt, kann sich ein mitgliedstaatlicher **Legalisierungsspielraum** für Cannabis **allenfalls insoweit** ergeben, als ein mitgliedstaatlicher **Entkriminalisierungsspielraum** besteht: Legalisierung – also die Erlaubnis eines bestimmten Verhaltens – ist mehr als dessen Entkriminalisierung – also die Straflösung. Und bloß weil ein bestimmtes Verhalten

139 *Van Kempen/Fedorova*, Studie Berechtigungsklausel, S. 89 f. Siehe auch: *van Kempen/Fedorova*, International Law and Cannabis, Volume I, Regulation of Cannabis Cultivation for Recreational Use under the UN Narcotic Drugs Conventions and the EU Legal Instruments in Anti-Drugs Policy, Intersentia 2019, S. 103 ff.

140 Wohl gegen die Völkerrechtskonformität eines solchen Ansatzes, da das Völkervertragsrecht nicht nur grenzüberschreitende, sondern jede Handlung vorbehaltlich der Zulässigkeitstriaus verbiete: *Wegner*, Rechtsgutachten, S. 49.

141 Insofern mag es, wie *van Kempen/Fedorova*, Studie Berechtigungsklausel, S. 90 anführen, zwar zutreffen, dass der RB 2004 nicht die Gemeinsame Schlusserklärung zu Art. 71 Abs. 2 SDÜ aufhebt. Das bedeutet aber nicht, dass die Gemeinsame Schlusserklärung die Regelungen des RB 2004 einschränkt.

nicht strafrechtlich relevant ist, heißt das nicht automatisch, dass es nicht als Ordnungswidrigkeit eingestuft ist oder ihm durch sonstige staatliche Maßnahmen entgegengewirkt wird.¹⁴²

Hinsichtlich der sich aus Art. 2 RB 2004 und Art. 71 SDÜ ergebenden unionsrechtlichen Entkriminalisierungsspielraums sei auf Ziff. 4.1.5. und Ziff. 4.2. verwiesen. Danach dürfte ein solcher Spielraum jedenfalls bei der Verfolgung medizinischer und wissenschaftlicher Zwecke sowie hinsichtlich (bestimmter) Handlungen im Zusammenhang mit dem Privatkonsum bestehen.

Für die **Legalisierung der Verfolgung** ausschließlich **medizinischer oder wissenschaftlicher Zwecke** dürfte sprechen, dass etwa aus den Bestimmungen zum staatlich lizenzierten Anbau von Cannabis gemäß Art. 23, 28 Einheits-Übereinkommen, die auch im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 Buchst. a Ziff. ii VN-Übereinkommen 1988 zu beachten sind (vgl. Ziff. 4.1.4.2.2.), insoweit nicht nur von einem straffreien, sondern einem legalen Verhalten auszugehen ist. Dies entspricht auch den Wertungen der Art. 74 ff. SDÜ über den „legalen Verkehr“ mit Drogen.

Fraglich ist aber, ob ein derartiger Legalisierungsspielraum auch mit Blick auf den **Privatkonsum** angenommen werden kann. Mit Blick auf das Völkervertragsrecht ist dies fraglich, weil die dortige Privatkonsumklausel überhaupt nur im Ausnahmefall der entgegenstehenden Grundzüge der Verfassung oder jeweiligen Rechtsordnung eine Entkriminalisierung erlaubt.¹⁴³ Das Unionsrecht positioniert sich hingegen aus Subsidiaritätsgründen nicht zu Strafwürdigkeit des Privatkonsums (Ziff. 4.1.3.2.). Fraglich ist aber, ob Maßnahmen der EU im **Bereich der Gesundheitspolitik** oder **sonstige angenommenen Instrumente** einer Legalisierung entgegenstehen könnten. An dieser Stelle kann keine umfassende Erfassung und Auswertung möglicherweise relevanten Unionsrechts erfolgen. Es sei an dieser Stelle lediglich darauf hingewiesen, dass die Mitgliedstaaten gemäß Art. 168 Abs. 7 AEUV „Herren der Gesundheitspolitik“ bleiben.¹⁴⁴ Daraus wird in der Literatur abgeleitet, dass die von der EU ergriffenen gesundheitspolitischen Maßnahmen den nationalen Gesundheitspolitiken der Mitgliedstaaten nicht zuwiderlaufen dürfen.¹⁴⁵ Vorbehaltlich einer genaueren Analyse dieses Rechtsbereichs erscheint es daher unwahrscheinlich, dass Maßnahmen der EU im Bereich der Gesundheitspolitik mitgliedstaatlichen Legalisierungsmaßnahmen entgegenstünden, wenn diese Teil der nationalen Gesundheitspolitik sind und sich im Rahmen des unionsrechtlichen Entkriminalisierungsspielraums bewegen. Mit dem Begriff der „sonstigen angenommenen Instrumente“ sind Maßnahmen wie die EU-Drogenstrategie und der EU-

142 Vgl. hierzu etwa: *Hofmann*, [Verfassungsblog v. 26. April 2023](#), der neben dem Entkriminalisierungsbegriff der VN u.a. darauf verweist, dass in Portugal der Besitz einer bestimmten Cannabis-Menge zwar straffrei, aber nicht erlaubt sei. Vielmehr könne eine Kommission zur Vermeidung des Drogenmissbrauchs verschiedene Sanktionen verhängen (gemeinnützige Arbeit, Geldbußen, vorübergehend Berufsausübungsverbote, Platzverweise).

143 Vgl. *Khan/Landwehr*, „Legalize It!“ – Opportunities and Challenges for the Regulation of Cannabis under European Law – Is Legalisation Legal?, [eucrim](#), 12. April 2022, zur Auffassung der VN-Suchtstoffkommission, dass Rechtsvorschriften, die eine Politik umsetzen, die den nichtmedizinischen und nichtwissenschaftlichen Gebrauch von international kontrollierten Substanzen ausdrücklich zulässt und keinerlei Strafe nach sich zieht, gegen die internationalen Drogenkontrollübereinkommen verstoße.

144 *Schmidt am Busch* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 78. EL 2023, Art. 168 AEUV, Rn. 17, 24.

145 Ebenda, Rn. 38.

Drogenaktionsplan umschrieben, die unter anderem auf die Koordinierung der Drogenbekämpfungspolitiken auf innerstaatlicher und auf europäischer Ebene, die Verringerung der Drogen nachfrage, die Verringerung und die strafrechtliche Verfolgung des Drogenangebots zielen.¹⁴⁶ Bei diesen Instrumenten dürfte es sich jedenfalls überwiegend um sog. Soft Law handeln, das nicht unmittelbar rechtsverbindlich ist, sodass es aus diesem Grund Legalisierungen nicht verbieten dürfte. Es wäre aber ggf. im Rahmen einer **vertieften Analyse** zu prüfen, ob und inwieweit Unionsrechtsbestimmungen der Legalisierung des Privatkonsums entgegenstehen könnten.¹⁴⁷

Abschließend soll lediglich knapp auf – ggf. näher zu analysierende – Vorgaben des **EU-Binnenmarkt- und Nichtdiskriminierungsrechts** hingewiesen werden. Neben den Grundfreiheiten und dem Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit könnte – jedenfalls mit Blick auf die (unionsrechtlich bedenkliche) Einführung eines staatlich kontrollierten/lizenzierten Cannabis-Anbau- und Abgabesystems zu Genusszwecken – auch **Art. 37 AEUV** relevant sein. Diese Bestimmung regelt die Ausgestaltung **staatlicher Handelsmonopole**. Soweit im Zusammenhang mit „Cannabis-Clubs“ und etwaigen Cannabis-Anbau- und -Abgabesystemen zu Genusszwecken erwogen werden sollte, den Zugang auf Gebietsansässige zu beschränken, um grenzüberschreitende Auswirkungen weitgehend zu vermeiden, dürfte dies jedenfalls aus Perspektive des Binnenmarktrechts – vorbehaltlich einer genaueren Prüfung – keinen grundlegenden Bedenken begegnen. Denn der EuGH hat in der Rechtssache Josemans jedenfalls im Zusammenhang mit illegalen Drogen entschieden, dass der **Ausschluss von Gebietsfremden** vom Zugang zu den niederländischen Coffeeshops eine gerechtfertigte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellen.¹⁴⁸ In Anbetracht der von EU und den Mitgliedstaaten eingegangenen Verpflichtungen handele es sich bei dem mit der Regelung verfolgten Ziel der Bekämpfung des Drogentourismus um ein berechtigtes Interesse, das Einschränkungen der Grundfreiheiten rechtfertigen könne.¹⁴⁹

6. Unionsrechtliche Begrenzung der völkerrechtlichen Handlungsfreiheit der Mitgliedstaaten?

Abschließend soll noch knapp auf die in der Rechtswissenschaft geführte Diskussion eingegangen werden, inwieweit sich die einzelnen **Mitgliedstaaten** angesichts der **gewachsenen Unionskompetenzen** insbesondere im Strafrechtsbereich noch **autonom** von den **aus dem Völkerver-**

146 Vgl. nur Rat, EU-Drogenstrategie 2021-2025, [ABl. C 102l, 24. März 2021, S. 1](#); EU-Drogenaktionsplan für die Jahre 2021-2025, [ABl. C 272, 8. Juli 2021, S. 2](#), sowie die Übersicht über weitere Instrumente in: EuGH, Urteil vom 16. Dezember 2010, Rs. C-137/09, Josemans, Rn. 10, 67 f.

147 Erachtet man den Privatkonsum als unionsgrundrechtlich geschützt, könnte entgegengestehendes Sekundärrecht allerdings ohnehin unbeachtlich sein, vgl. Ziff. 4.1.4.2.4.

148 EuGH, Urteil vom 16. Dezember 2010, Rs. C-137/09, Josemanns, Rn. 60 ff., 81 f.

149 EuGH, Urteil vom 16. Dezember 2010, Rs. C-137/09, Josemanns, Rn. 66.

tragsregime zur Drogenkontrolle resultierenden Pflichten lösen bzw. diese Pflichten modifizieren können.¹⁵⁰ Es geht an dieser Stelle allein um den **unionsrechtlichen Einfluss** auf die Handlungsfreiheit der Mitgliedstaaten, nicht um eine Analyse der völkervertraglichen Voraussetzungen für Kündigungen oder das Anbringen von Vorbehalten.¹⁵¹ Die hier näher in den Blick genommenen völkerrechtlichen Pflichten der Mitgliedstaaten aufgrund des Völkervertragsregimes zur Drogenkontrolle ergeben sich aus deren Beitritt zu den entsprechenden Abkommen und ihrer damit einhergehenden Stellung als Vertragspartei.

Die **weitgehendste Ansicht** wird hier u.a. von *Thym* vertreten: Seiner Ansicht nach können sich die Mitgliedstaaten nicht mehr im „nationalen Alleingang“ von den völkervertraglichen Bindungen (jedenfalls des VN-Übereinkommens 1988) lösen, weil die EU insoweit inzwischen die **ausschließliche Außenkompetenz** gemäß der Beeinträchtigungsvariante i.S.v. Art. 3 Abs. 2 Var. 4 AEUV erlangt habe.¹⁵²

Wie bereits oben unter Ziff. 4.1.3.2. dargelegt, geht etwa die Kommission von einer ausschließlichen Außenkompetenz jedenfalls hinsichtlich der im **Einheits-Übereinkommen gelisteten Stoffe** aus. Begründet wird dies damit, dass Änderungen der völkervertraglich erfassten Stoffe unweigerlich die Regeln bzw. Tragweite des RB 2004 verändern. Dies liegt daran, dass sich der sachliche Anwendungsbereich gemäß Art. 1 Abs. 1 Buchst. a RB 2004 nach den im Einheits-Übereinkommen gelisteten Stoffen richtet. Wie ebenfalls oben unter Ziff. 4.1.3.2. dargestellt, kommt es für diesen Vorgang der **Funktionsnachfolge** nicht darauf an, ob die Union formell Vertragspartei ist. Es wäre ggf. im Einzelnen zu prüfen, ob und inwieweit die EU auch für weitere Fragen des Einheits-Übereinkommens inzwischen zuständig ist.¹⁵³

Fraglich ist zudem, ob eine aus der Beeinträchtigungsvariante resultierende ausschließlich Außenkompetenz inzwischen auch für die aus **Art. 3 VN-Übereinkommen 1988** resultierenden Kriminalisierungspflichten eingetreten ist, sodass die Mitgliedstaaten beispielsweise keine unilateralen Vorbehalte mehr anbringen können. An diesem Abkommen ist die EU als Vertragspartei beteiligt. Dafür kommt es darauf an, ob die von der EU mit dem SDÜ und insbesondere dem RB 2004 erlassenen Vorschriften i.S.v. Art. 3 Abs. 2 Var. 4 (sowie Art. 216 Abs. 1 Var. 4 AEUV) durch das Völkervertragsrecht beeinträchtigt oder in ihrem Anwendungsbereich geändert werden

150 Vgl. nur *Ambos*, [Verfassungsblog v. 20. Mai 2022](#), der von einer unilateralen Kündigungsmöglichkeit auszugehen scheint; ebenso wohl: *van Kempen/Fedorova*, Studie Berechtigungsklausel, S. 97 ff. *Thym*, [Verfassungsblog v. 29. August 2022](#), nimmt hingegen eine ausschließlich Außenzuständigkeit der EU hinsichtlich des VN-Übereinkommens 1988 an; *Wegener*, Rechtsgutachten, S. 31 f., scheint von einer geteilten Außenzuständigkeit auszugehen.

151 Siehe überblicksartig zu diesen völkerrechtlichen Fragen: Siehe für einen Überblick über das Völkervertragsrecht im Bereich der Drogenkontrolle beispielsweise: Wissenschaftliche Dienste des Bundestages, Dokumentation, Cannabis-Legalisierung im Lichte des Völkerrechts, [WD 2 - 3000 - 057/22](#) vom 22. Juli 2022.

152 *Thym*, [Verfassungsblog v. 29. August 2022](#) unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 8. September 2020, Rs. C-265/19, Recorded Artists Actors Performers.

153 Demgegenüber gehen etwa *Hofmann*, [Verfassungsblog v. 15. Juli 2022](#) und *Thym*, [Verfassungsblog v. 29. August 2022](#) von einer unproblematischen Lösungsmöglichkeit von dem Abkommen aus.

könnten.¹⁵⁴ Nach der sog. AETR-Rechtsprechung des EuGH, die in Art. 3 Abs. 2 AEUV kodifiziert ist,¹⁵⁵ kann eine ausschließlich Vertragsschlusskompetenz der EU schon dann entstehen, wenn durch das jeweilige Übereinkommen ein Gebiet betroffen ist, das bereits „weitgehend vom EU-Recht“ erfasst ist.¹⁵⁶ Nicht erforderlich ist daher, dass genau die Elemente, die das Sekundärrecht regelt, auch im Völkerrecht geregelt sind, und umgekehrt.¹⁵⁷ Auf der anderen Seite hat der Gerichtshof eine ausschließliche Zuständigkeit verneint, wenn sowohl die EU-Bestimmungen als auch die Völkervertragsbestimmungen den Charakter von Mindestvorschriften hatten und das Übereinkommen daher der vollen Anwendung des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten nicht entgegenstehen konnte.¹⁵⁸

Die Frage, inwieweit inzwischen von einer ausschließlichen Außenkompetenz der EU insbesondere für die Regelungen des Art. 3 VN-Übereinkommens 1988 auszugehen ist, wirft also komplexe (Wertungs-)Fragen, denen ggf. durch eine vertiefte Rechtsprechungsanalyse nachzugehen wäre und die abschließend nur der EuGH klären könnte. Es sei an dieser Stelle lediglich auf folgende kursorische Erwägungen verwiesen: Gerade hinsichtlich der Kriminalisierungspflichten aus Art. 3 Abs. 1 Buchst. a Ziff. 1 bis 3 VN-Übereinkommen 1988 liegt eine ausschließliche EU-Außenkompetenz nahe, da die EU in Art. 2 Abs. 1 RB 2004 fast wortidentische Regelungen geschaffen hat. Soweit es aber um die (Nicht-)Kriminalisierung des Privatkonsums geht, ließe sich gegen eine ausschließliche EU-Kompetenz anführen, dass die EU ihre Kompetenz in diesem Bereich zumindest aus Subsidiaritätsgründen¹⁵⁹ gemäß Art. 2 Abs. 2 RB 2004 nicht ausgeübt hat. Zudem etabliert der RB 2004 lediglich „Mindestvorschriften“. Hinsichtlich des Privatkonsums könnte man argumentieren, dass ein Konflikt zwischen Unionsrecht und Völkerrecht von vornherein ausscheidet, weil das Unionsrecht den Mitgliedstaaten insoweit keine Kriminalisierungsvorgaben macht, sodass sie ihren (modifizierten) völkervertraglichen Pflichten ohne weiteres nachkommen könnten. Für eine ausschließliche Außenkompetenz könnte aber sprechen, dass nach der AETR-Rechtsprechung des EuGH die Beeinträchtigungsvariante auch greifen kann, wenn nur eine „weitgehende“, also keine vollständige Unionisierung eines Rechtsgebiets vorliegt. Es geht nach der Rechtsprechung des EuGH auch darum, sicherzustellen, dass der jeweilige völkerrechtliche Vertrag nicht die einheitliche und kohärente Anwendung Unionsrechts und das reibungslose Funktionieren des mit diesem errichteten Systems beeinträchtigen kann.¹⁶⁰ Hier

154 Vgl. allgemein dazu: *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 3 AEUV, Rn. 17 f.; *Vönelky/Beylage-Haarmann*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 78. EL 2023, Art. 216 AEUV, Rn. 15 ff.

155 EuGH, Urteil vom 31. März 1971, Rs. 22/70, Kommission/Rat („AETR“), Rn. 20/22.

156 Vgl. nur: GA Kokott, Schlussanträge vom 27. Juni 2013 zu EuGH, Rs. C-137/12, Kommission/Rat, Rn. 110 ff.

157 Ebenda, Rn. 116.

158 Vgl. EuGH, Gutachten 1/03 vom 7. Februar 2006, Rn. 123.

159 Geht man hingegen davon aus, dass die EU in diesem Bereich überhaupt keine Innenkompetenz hat, ließe sich das Entstehen einer ausschließlichen Außenkompetenz auf dieses Argument stützen, vgl. nur: EuGH, Gutachten 1/03 vom 7. Februar 2006, Rn. 132.

160 Vgl. dazu: GA Kokott, Schlussanträge vom 27. Juni 2013 zu EuGH, Rs. C-137/12, Kommission/Rat, Rn. 133.

wäre zu bedenken, dass die als Öffnungsklausel in das nationale Recht konzipierte Privatkonsumklausel Teil des Gesamtsystems des RB 2004-Systems und insbesondere des durch Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 RB 2004 konstituierten Verhältnisses regelhafter Kriminalisierung und ausnahmsweiser Nichtkriminalisierung ist. Wie unter Ziff. 4.1.3.1. bereits dargestellt, ist es wahrscheinlich, dass der EuGH aus diesem Grund eine unionsrechtliche Einhegung allzu weitgehender nationaler Entkriminalisierungen im Privatkonsumbereich vornehmen würde.

In jedem Fall ist darauf hinzuweisen, dass – soweit die EU über die Ausübung ihrer internen Zuständigkeiten – inzwischen selbst an die Bestimmungen des Völkervertragsrechts gebunden ist, insoweit eine unionsrechtliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten besteht. Denn insoweit werden die **völkervertraglichen Pflichten** der EU **Bestandteil des Unionsrechts** und binden die Mitgliedstaaten nach Art. 216 Abs. 2 AEUV. Ein unilaterale Modifikation der von einem Mitgliedstaat völkervertraglich eingegangenen Pflichten würde daran – selbst wenn sie noch möglich wäre – nichts ändern.¹⁶¹

7. Ergebnis

Für die Frage, inwieweit das Unionsrecht den Mitgliedstaaten Legalisierungsspielräume im Zusammenhang mit Cannabis eröffnet, kommt es zunächst darauf an, inwieweit **Entkriminalisierungsspielräume** bestehen (siehe zu diesem Zusammenhang Ziff. 2).

Für die Frage nach den Entkriminalisierungsspielräumen kommt es insbesondere auf die Regelungen des **RB 2004** an, der die Mitgliedstaaten in seinem Art. 2 zur Kriminalisierung diverser Handlungen im Zusammenhang mit Cannabis verpflichtet. Spielräume ergeben sich aufgrund der **Privatkonsumklausel** in Art. 2 Abs. 2 RB 2004 und der Berechtigungsklausel in Art. 2 Abs. 1 RB 2004.

Bei Art. 2 Abs. 2 RB 2004 handelt es sich um eine Öffnungsklausel in das nationale Recht, nach der die Mitgliedstaaten im Ausgangspunkt selbst bestimmen können, welche Handlungen sie als ausschließlich zum persönlichen Konsum begangen ansehen und damit straffrei stellen wollen. Allerdings ist es nicht fernliegend, dass der EuGH den mitgliedstaatlichen Regelungsfreiraum im Zweifel unionsrechtlich einhegen würde, um zu verhindern, dass allzu weitgehende mitgliedstaatliche Entkriminalisierungen das Ziel und die effektive Funktionsweise des RB 2004 unterminieren. Daher dürfte eine vollständige Entkriminalisierung von Cannabis nicht von der Privatkonsumklausel gedeckt sein. Vorbehaltlich der jeweiligen nationalen Ausgestaltung dürften jedoch insbesondere Entkriminalisierungen im Bereich des Besitzes, Kaufs und Anbaus (zum vereinmäßigen Anbau siehe im Detail Ziff. 4.1.3.3.3.) im Rahmen der Privatkonsumklausel möglich sein. Fraglich und in der Rechtswissenschaft umstritten ist, ob auch (kommerzielle) Verschaffungshandlungen, wie etwa die Einrichtung eines staatlich/staatlich kontrollierten Anbau- und Abgabesystems zu Genusszwecken von der mitgliedstaatlichen Entkriminalisierungsfreiheit gedeckt sind. Dagegen spricht, dass Verschaffungshandlungen jedenfalls nicht unmittelbar und ausschließlich dem persönlichen Konsum des jeweils Handelnden dienen dürften. Der EuGH hat sich zu diesen Fragen, soweit ersichtlich, noch nicht positioniert (siehe zum Ganzen Ziff. 4.1.3.).

161 Vgl. nur: *Ambos*, [Verfassungsblog v. 25. Juli 2022](#); *Hofmann*, [Verfassungsblog v. 15. Juli 2022](#); *Wegener*, Rechtsgutachten, S. 31 ff.

Gemäß der **Berechtigungsklausel** des Art. 2 Abs. 1 RB 2004 müssen die in diesem Absatz beschriebenen Handlungen nur kriminalisiert werden, wenn sie „ohne Berechtigung“ erfolgen. Über die Auslegung der Klausel besteht in der Rechtswissenschaft keine Einigkeit. Dass auch diese Klausel als Ausnahme von der grundsätzlichen Strafbarkeit ausgestaltet ist, spricht jedenfalls gegen die Zulässigkeit einer vollständigen Entkriminalisierung. Umstritten ist insbesondere, ob von einer Berechtigung nur auszugehen ist, wenn die jeweiligen Handlungen ausschließlich zu medizinischen oder wissenschaftlichen Zwecken begangen werden. Für eine solche enge Auslegung könnte sprechen, dass die EU inzwischen über die Ausübung entsprechender Innenkompetenzen im Strafrechtsbereich an das einschlägige Völkervertragsrecht zur Drogenkontrolle gebunden ist, welches wiederum – neben dem unter bestimmten Voraussetzungen straffrei stellbaren Privatkonsum – nur den ausschließlich medizinisch und wissenschaftlich motivierten Umgang mit Cannabis zulässt (siehe im Einzelnen Ziff. 4.1.3.2., Ziff. 4.1.4.2.2. zu den Fragen der EU-Bindung an das Völkervertragsrecht). Auch die bisherigen Urteile des EuGH deuten in Richtung einer völkerrechtsfreundlichen engen Auslegung der Berechtigungsklausel (Ziff. 4.1.4.2.3.). Für eine Kongruenz zwischen Völkervertragsrecht und Unionsrecht dürfte zudem Art. 71 **SDÜ** sprechen, der das Völkervertragsrecht zur Drogenkontrolle ausdrücklich in Bezug nimmt (siehe zum SDÜ Ziff. 4.2.). Selbst bei einer Beschränkung der Berechtigungsklausel auf medizinische und wissenschaftliche Zwecke dürfte den Mitgliedstaaten ein vergleichsweise weiter Ausgestaltungsspielraum zustehen, der jedoch – weil die Berechtigungsklausel nicht in das nationale Recht verweist – einer strengeren Kontrolle durch den EuGH unterliegen dürfte als die Privatkonsumklausel. Für eine weite, unionsautonome Auslegung der Berechtigungsklausel, die die Einführung staatlicher/staatlich kontrollierter Anbau- und Abgabesysteme zu Genusszwecken gestatten würde, wird in der Literatur u.a. angeführt, dass dies menschenrechtlich bzw. unionsgrundrechtlich geboten sei. Soweit ersichtlich, haben sich bis jetzt aber weder die zuständigen VN-Organe noch der EuGH in diese Richtung positioniert (siehe dazu Ziff. 4.1.4.2.4.).

Hinsichtlich des **Legalisierungsspielraums** sprechen die Bestimmungen des Völkervertragsrechts und des Unionsrechts dafür, dass jedenfalls der ausschließlich zu medizinischen und wissenschaftlichen Zwecken erfolgende Umgang mit Cannabis legalisiert werden darf (siehe im Einzelnen Ziff. 5).

Was schließlich die Frage anbelangt, ob sich die Mitgliedstaaten auf **völkervertraglicher Ebene** noch unilateral ihren von Pflichten lösen können, stellen sich komplexe Wertungsfragen. Es ist jedenfalls festzuhalten, dass in dem Umfang, in dem die EU inzwischen selbst an Bestimmungen des Völkervertragsrechts gebunden ist, eine unionsrechtliche Bindung der Mitgliedstaaten an eben diese Bestimmungen besteht (siehe Ziff. 6).