

Cannabis als Medizin – wie Verwaltungsrecht dem Sozial- und Strafrecht die Richtung weist

von Rechtsanwalt Dr. Oliver Tolmein*

Abstract

Das Gesetz zur Änderung betäubungsmittelrechtlicher und anderer Vorschriften, das am 10.3.2017 in Kraft getreten ist,¹ ist drogenpolitisch als Reaktion auf die zunehmenden Legalisierungsforderungen zu sehen. Es stellt zugleich das Gesundheitssystem vor neue Herausforderungen, weil es das sorgsam im Interesse der Leistungsträger austarierte System von Regelleistungen und sehr eng begrenzten Ausnahmemöglichkeiten in Bewegung bringt. Angesichts dessen kann es nicht überraschen, dass mit der Verabschiedung der entsprechenden Normen der Konflikt, der hier gesellschaftlich schwelt, nicht eingedämmt erscheint, sondern nur auf eine neue Stufe gehoben. Dabei kann auch dem Strafrecht, das zeitweilig zurückgedrängt sein dürfte, noch eine Rolle zukommen.

I. Das medizinrechtliche Umfeld der Legalisierung von Cannabis als Medizin

Den Ausgangspunkt der rechtlichen Entwicklungen, die zur Freigabe von Cannabis als Medizin führten, bilden im Kern zwei ungelöste Probleme des bundesdeutschen Medizinrechts: Patienten mit schweren Erkrankungen, für die es keine allgemein anerkannten, mit einem Behandlungsstandard verbundenen Behandlungen gibt, haben wenig Chancen, medizinische Behandlungen zu Lasten der Krankenkasse verordnet zu bekommen, selbst dann nicht, wenn ihnen diese Behandlungen tatsächlich oder auch nur subjektiv empfunden helfen. Das betrifft sowohl Arzneimitteltherapien als auch andere Behandlungsmethoden. Diese Patienten bleiben innerhalb des durch das SGB V und die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses strukturierten Krankenversorgungssystems weitgehend unversorgt. In Zusammenhang damit bemühen sich seit langem Patienten, die unter den erheblichen Nebenwirkungen zugelassener Medikamente zur Behandlung der Symptome ihrer schweren Erkrankungen leiden, andere Substanzen für ihre Therapien einzusetzen. Cannabis mit dem Wirkstoff THC steht auf der Liste der Kandidaten für eine verträglichere Therapie von Schmerzen und anderen schwerwiegenden Symptomen weit oben und gilt vielen als Alternative zu hochwirksamen Opioiden oder als Möglichkeit, andere Medikamente wie Cortison in deutlich reduzierten Dosierungen einsetzen zu können.

2005 veröffentlichten sowohl das *BVerfG* als auch das *BVerwG* jeweils eine Entscheidung, die für diese Konstellationen neue Entwicklungen einleiten sollten: Das *BVerwG* entschied,² dass der Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis zum Erwerb von Cannabis zur Behandlung einer Multiple-Sklerose-Erkrankung beim Kläger nicht nach § 3 Abs. 2 BtMG (BtMG 1981) mit der Begründung abgelehnt werden könne, eine solche Behandlung liege nicht im öffentlichen Interesse. Eine zu therapeutischen Zwecken erteilte Erlaubnis nach § 3 Abs. 2 BtMG könnte über die Hürde der fehlenden Verkehrsfähigkeit hinweghelfen, nicht aber die Verschreibungsfähigkeit herstellen. Ärzte dürfen die in Anlage I aufgeführten Betäubungsmittel in keinem Fall selbst zur Therapie bei einem Patienten einsetzen. Dem stehe das Verbot des § 13 Abs. 1 S. 3 BtMG entgegen. Das hindere sie aber nicht, einen Patienten medizinisch zu betreuen und zu begleiten, der auf der Grundlage einer Erlaubnis nach § 3 Abs. 2 BtMG solche Mittel im Rahmen der Selbsttherapie bei sich anwendet.

Ging es in dieser Entscheidung um Gesundheitsfürsorge allgemein, befasste sich der Beschluss des *BVerfG* vom 6.12.2005 mit der Frage, inwieweit gesetzlich Versicherten Leistungen für die Behandlung einer Krankheit und insbesondere einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung durch gesetzliche Bestimmungen oder durch deren fachgerichtliche Auslegung und Anwendung vorenthalten werden dürfen. Ausgangspunkt der Verfassungsrichter war dabei die Überlegung, dass der Staat mit dem System der gesetzlichen Krankenversicherung Verantwortung für Leben und körperliche Unversehrtheit der Versicherten übernimmt und daher die Vorsorge in Fällen einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung unter bestimmten Voraussetzungen zum Kernbereich der Leistungspflicht und der von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geforderten Mindestversorgung gehört.³ Im konkreten Fall ging es um einen 1987 geborenen Jungen, der 1992 bis 1994 zur Behandlung seiner Muskeldystrophie Bioresonanztherapie erhielt.

Beide Entscheidungen unterstrichen deutlich, dass Leistungsbegrenzungen im System der GKV zwar grundsätzlich legitim sind, bei schwerkranken Patienten, denen die

* Der Autor ist Fachanwalt für Medizinrecht in der Kanzlei Menschen und Rechte Hamburg sowie Lehrbeauftragter an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen.

¹ BGBl I 2017 Nr. 11 vom 9.3.2017, S. 403 ff.

² *BVerwG*, Urt. v. 19.5.2005 – 3 C 17/04 –, *BVerwGE* 123, 352.

³ *BVerfG*, Beschl. v. 6.12.2005 – 1 BvR 347/98 –, juris. Mit dem mittlerweile geltenden § 2 Abs. 1a SGB V hat der Gesetzgeber diese Rechtsprechung des *BVerfG* umgesetzt: BR-Drs. 456/11, vgl.: *Plagemann*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 3. Aufl. (2016), § 2 SGB V, Rn. 53-61.

Schulmedizin wenig bis nichts anzubieten hat, unter konkret benannten Umständen aber andere Regeln gelten können.

In diesem rechtlichen Umfeld fand das Widerspruchsverfahren von Michael F. statt, der beim BfArM einen Antrag auf Genehmigung des Eigenanbaus von Cannabis gestellt hatte, weil er sich die 100 Gramm Cannabis der Sorte Bedrocan, die er jeden Monat zur Linderung der Ataxien, die mit seiner Multiplen Sklerose einhergingen, nicht leisten konnte.⁴ Während die zuständige Abteilung der Bundesoberbehörde Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM), die Bundesopiumstelle, zu der Auffassung gelangte, dass der beantragte Eigenanbau des Patienten bewilligt werden müsste, untersagte das zu diesem Zeitpunkt vom FDP-Politiker und Arzt *Philip Rösler* geleitete, die Rechts- und Fachaufsicht führende, Bundesgesundheitsministerium 2010 der Behörde die Genehmigung. Das daraufhin betriebene Gerichtsverfahren konzentrierte sich schon bald, nachdem klar wurde, dass der ablehnende Bescheid des BfArM unzutreffender Weise das Vorliegen von Versagungsgründen nach § 5 BtMG annahm, auf die entscheidungserhebliche Frage, ob der Ermessensspielraum, den § 3 Abs. 2 BtMG der Behörde für die Erteilung einer Erlaubnis einräumt, ausnahmsweise auf Null reduziert war⁵ oder nicht, ob also die Bundesrepublik nur zur Neubescheidung verurteilt werden⁶ oder das Gericht die Erteilung der Erlaubnis vorschreiben konnte. In diesem Zusammenhang spielte auch die Frage eine Rolle, ob nicht das Einheits-Übereinkommen von 1961 über Suchtstoffe in der Fassung der Bekanntmachung vom 4.2.1977 (BGBl. II, S. 111), dem mit Zustimmungsgesetzen vom 4.9.1973 (BGBl. II, S. 1353) und vom 18.12.1974 (BGBl. II 1975, S. 2) innerstaatliche Geltung verliehen worden ist, als völkerrechtliche Verpflichtung einer Entscheidung zugunsten des Klägers entgegenstehe. Diese Position vertrat die Beklagte. War das *OVG NRW* in der Vorinstanz noch davon ausgegangen, dass das Übereinkommen für den Anbau von Cannabis zu medizinischen Zwecken nicht, wie die Bundesrepublik behauptete, die Einrichtung einer Cannabisagentur verlangte, sah das *BVerwG* einen anderen Grund, das Übereinkommen von 1961 nicht als Hindernis für den Anspruch des Klägers zu sehen: Während in der internationalen drogenpolitischen Diskussion der restriktive Charakter des Übereinkommens hervorgehoben werde, setze die Präambel des Übereinkommens einen anderen Akzent und unterstreiche, dass die medizinische Verwendung von Suchtstoffen zur Linderung von Schmerzen und Leiden unerlässlich sei; daher müsse hinreichend Vorsorge getroffen werden, damit Suchtstoffe für diesen Zweck auch tatsächlich zur Verfügung stehen. Auch im Lichte dessen sei es zwingend, die nach § 5 Abs. 2 BtMG zu treffende Ermessensentscheidung zugunsten des Klägers zu treffen. Sein Interesse an der notwendigen medizinischen Versorgung mit Cannabis, die für ihn derzeit nur über den Eigenanbau verfügbar ist, überwiege die Bedenken, die sich aus dem Fehlen einer Cannabis-Agentur ergeben könnten. Zudem könnte sich die Beklagte auf das Fehlen einer solchen

Agentur nicht berufen, denn es liege in ihrem Verantwortungsbereich, wenn sie den im Einheits-Übereinkommen vorgesehenen Weg eines staatlich kontrollierten Cannabisanbaus zu therapeutischen Zwecken nicht beschreite.

Parallel zum verwaltungsgerichtlichen Verfahren, mit dem F. auf die Genehmigung des Eigenanbaus zielte, hatte er auch erfolglos sozialgerichtliche Prozesse durchlaufen, um durchzusetzen, dass die Krankenkasse die Kosten für das THC-haltige Rezepturarzneimittel „Dronabinol“ übernimmt. Da Rezepturarzneimittel nicht zugelassen werden müssen und daher auch weder entsprechend ihrer Zulassung noch im klassischen Sinne off-label eingesetzt werden können, wäre dafür entweder eine Entscheidung des Gemeinsamen Bundesausschusses (G-BA) zur Anerkennung von Dronabinol als neue Therapiemethode im Sinne des § 135 SGB V erforderlich gewesen oder die Feststellung, dass es sich hier um eine Behandlungsmethode handelte, deren Kosten aufgrund einer grundrechtsorientierten Auslegung des Leistungsrechts übernommen werden müssten. Die unterschiedlichen Wirkungsweisen des aus THC bestehenden Dronabinol und der getrockneten Cannabisblüten spielte später im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine wichtige Rolle, weil der Eigenanbau voraussetzt, dass für den Kläger keine zumutbare Behandlungsalternative zur Verfügung steht. Das *OVG NRW* sah Dronabinol anfangs aber als gleichermaßen wirksam wie die Cannabisblüten an und drängte die Krankenkasse die Kosten des Rezepturarzneimittels doch noch zu übernehmen, was sie schließlich auch in gewissem Umfang tat, mit dem Ergebnis, dass sich unterschiedliche Wirkungsweisen ergaben: „Ausgehend von der bei der Frage einer Therapiealternative im Rahmen des § 3 Abs. 2 BtMG gebotenen konkret-individuellen Betrachtungsweise kann aber gegenwärtig nicht festgestellt werden, dass Dronabinol auch beim Kläger genauso wirkt wie Cannabis. Hierauf deutet bereits die im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren vom Kläger vorgelegte Bescheinigung von Dr. T. vom 7.2.2013 hin, wonach Dronabinol auch in hoher Dosierung keine ausreichenden positiven Effekte aufgewiesen habe. Im Rahmen dieses (ambulanten) Umstellversuchs konnte der Kläger mit einer Dosis von 20 Tropfen Dronabinol morgens eine gewisse Reduzierung des täglichen Cannabiskonsums erreichen. Hingegen muss der Versuch, den Cannabiskonsum mit Dronabinol zu ersetzen und den Kläger allein damit zu behandeln, mit den Stellungnahmen seiner behandelnden Ärzte als gescheitert angesehen werden.“

Nach den Äußerungen der sachverständigen Zeugen Dr. T. und Dr. H. bewirkt die erreichte Dosis von derzeit 20 Tropfen Dronabinol beim Kläger keine ausreichende Linderung der spastisch-ataktischen Symptomatik, wohingegen eine dafür erforderliche Dosis nicht erreicht werden kann, weil es durch eine Dosissteigerung zu einer erheblichen Verschlechterung seines psychischen Gesundheitszustands kommt. Die Ärzte haben sich dabei maßgeblich auf ihre bisherigen umfangreichen Erfahrungen bei der

⁴ Eine detaillierte Darstellung des Verfahrensgangs findet sich im Tatbestand *OVG NRW*, Urt. v. 11.6.2014 – 13 A 414/11 –, juris.

⁵ So erstmals *VG Köln*, Urt. v. 8.7.2014 – 7 K 4450/11 –, juris, in einem anderen, aber ähnlich gelagerten Verfahren um Eigenanbau,

sowie *BVerwG*, Urt. v. 6.4.2016 – 3 C 10/14 –, *BVerwGE* 154, 352. ⁶ So *VG Köln*, Urt. v. 11.1.2011 – 7 K 3889/09 und *OVG NRW*, Urt. v. 11.6.2014 – 13 A 414/11.

Behandlung des Klägers mit Dronabinol und Cannabis gestützt, die sie dem *Senat* widerspruchsfrei und überzeugend vermittelt haben.⁷

Bereits früher war Michael F., der das von ihm für die medizinische Behandlung erforderliche Cannabis tatsächlich bereits seit langem selbst anbaute, vor dem *AG Mannheim* wegen Verstoß gegen § 29 BtMG angeklagt gewesen. Das strafrechtliche Verfahren hatte mehrere Jahre gedauert, da das *OLG Karlsruhe* als Revisionsinstanz den Freispruch des *AG* zweimal aufgehoben und die Sache ans *AG* zurückverwiesen hatte.⁸ Schließlich hatte der dritte Freispruch des *AG Mannheim*⁹ Bestand, der den Vorwurf des Besitzes und Anbaus von Betäubungsmitteln als gerechtfertigt im Sinne des § 34 StGB ansah, weil es für die Behandlung der Ataxie keine zugelassenen Therapiealternativen gebe und die AOK die sehr hohen Kosten für das Medikament "Dronabinol", bestehend aus THC, dem Hauptwirkstoff des Cannabis, nicht übernehme.

Noch vor der abschließenden Entscheidung des *BVerwG* in dem ersten Eigenanbau-Verfahren, deren Richtung sich bereits abzeichnete, gab es einen politischen Vorstoß aus dem Bundesgesundheitsministerium, Cannabis für medizinische Behandlungen in weiterem Umfang als durch die Ausnahmegenehmigungen des BfArM zu legalisieren und eine Möglichkeit zur Übernahme der Behandlungskosten durch die Gesetzliche Krankenversicherung zu schaffen.¹⁰ Im ersten Gesetzentwurf der Bundesregierung, der am 7.1.2016 als Referentenentwurf bekannt wurde, fand sich unter „C. Alternativen“ die Motivation für das nunmehr schnelle gesetzgeberische Handeln deutlich benannt: „Ein Eigenanbau von Cannabis durch Patientinnen und Patienten kommt aus gesundheits- und ordnungspolitischer Sicht nicht in Betracht.“¹¹ Diese Überlegung hat einerseits einiges für sich, denn es ist dem Sachleistungssystem der GKV ein fremder Anspruch, Patienten dazu zu verpflichten, selbst ihre benötigten Medikamente herzustellen.¹² Im Falle von Cannabis werden etliche gerade der schwerstkranken Patienten dazu auch gar nicht in der Lage sein. Andererseits sichert die Möglichkeit zum Eigenanbau den Patienten die Chance im Notfall sich selbst helfen zu können, was angesichts der kritischen Haltung der Krankenkassen zu Cannabis als Medizin (dazu nachfolgend), aber auch der oft monatelangen Lieferengpässen für Cannabis¹³ durchaus ein Wert sein kann, den gerade schwerkranke Patienten, die bislang eher schlechte Erfahrungen mit dem Krankenversorgungssystem gemacht haben und die sich eine längere Aussetzung ihrer Therapie nicht zumuten wollen, zu schätzen wissen.

Tatsächlich konnte der Gesetzentwurf, der noch ins gerichtliche Verfahren eingebracht wurde, die Entscheidung des *BVerwG* nicht verhindern; er trug aber dazu bei, dass weitere Hauptsache-Verfahren nicht zum Abschluss kamen und im Ergebnis wohl nur zwei Eigenanbaugenehmigungen tatsächlich erteilt wurden: eine an den Kläger, dessen Verfahren vor dem *BVerwG* entschieden wurde und eine an einen Schmerzpatienten, der nach einer Selbstanzeige wegen Eigenanbaus 2014 vor dem *AG Langen* angeklagt worden war.¹⁴

II. Die strafrechtliche Auseinandersetzung um den illegalen Anbau von Cannabis zu medizinischen Zwecken

Die Verfahren um Cannabis als Medizin und die neueren rechtlichen Entwicklungen in diesem Bereich sind auch deswegen bemerkenswert, weil sie im Kontext der breiten gesellschaftlichen und juristischen Debatte über die Strafbarkeit des Cannabiskonsums und auch anderer Drogen zu sehen sind. Tatsächlich haben sich Strafgerichte in den letzten Jahren mehrfach mit der Strafbarkeit von Menschen befasst, die wegen ihrer schweren Erkrankungen zur Linderung ihrer Symptome Cannabis konsumiert haben.

Gleichzeitig erwies sich als ein Problem in den Verwaltungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren, in denen es um Ausnahmegenehmigungen ging, die Frage, wie mit dem zum Teil jahrelangen illegalen Konsum von Cannabis umgegangen werden sollte – das vor allem vor dem Hintergrund, dass die Cannabis-Mengen, die Patienten im Eigenanbau herstellen oder die sie sonstwie besessen haben, im Allgemeinen im Sinne des § 29a BtMG „nicht gering“ sind und daher den Verbrechenstatbestand verwirklichen, so dass in diesen Fällen der Weg zu Lösungen nach dem Opportunitätsprinzip versperrt ist.¹⁵ Im Ergebnis wurde der pragmatische und sachlich wohl einzig sinnvolle Weg gewählt, den vorangegangenen illegalen Konsum bei Bedarf als Tatsache zur Kenntnis zu nehmen, beispielsweise wenn es darum ging, ob ein Patient ausreichend Sachkenntnis hat, das benötigte Cannabis zu Hause anzubauen – und stillschweigend anzunehmen, dass das Verhalten des Patienten angesichts der schweren Erkrankung und fehlender Therapiealternativen wohl gerechtfertigt gewesen sein wird.

In den Strafverfahren selbst, die zumeist aufgrund zufälliger Entdeckung eingeleitet wurden, waren die Prüfungsmaßstäbe deutlich strenger. Während die Strafrechtswissenschaft das Vertrauen in das Betäubungsmittelstrafrecht

⁷ *OVG NRW*, Urt. v. 11.6.2014 – 13 A 414/11.

⁸ Zuletzt *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 24.6.2004 – 3 Ss 187/03, NJW 2004, 3645.

⁹ *AG Mannheim*, Urt. v. 19.1.2005 – 3 Ls 310 Js 5518/02 AK 74/04.

¹⁰ Die Welt v. 2.2.2015, Drogenbeauftragte: „Mehr Leute sollen Cannabis als Medizin bekommen“, <https://www.welt.de/politik/deutschland/article137033722/Mehr-Leute-sollen-Cannabis-als-Medizin-bekommen.html> (zuletzt abgerufen am 29.6.2017).

¹¹ http://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/C/160108_GE_Cannabis_als_Medizin_mit_Cannabisagentur.pdf (zuletzt abgerufen am 29.6.2017).

¹² Vgl. auch *Duttge/Steuer*, MedR 2015, 799 (802 f.).

¹³ Vgl. <https://sensiseeds.com/de/blog/die-niederlande-konnen-europas-cannabis-patienten-nicht-allein-versorgen/>.

¹⁴ Der erste Teil des Verfahrens war Gegenstand einer teilweise erfolgreichen Verfassungsbeschwerde: *BVerfG*, Beschl. v. 11.2.2015 – 2 BvR 1694/14 –, juris. Das *LG Darmstadt* bestätigte im Nachgang die Richtigkeit seiner Entscheidung und erzwang auch durch gerichtlichen Beschl. die Zulassung der von der Staatsanwaltschaft erhobenen Anklage. Als daraufhin der Angeklagte im Eilverfahren vor dem *VG Köln* die Erteilung einer Eigenanbauerlaubnis durchsetzen konnte, stellte das *AG Dreieich* mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft das Strafverfahren nach § 153 II StPO ein.

¹⁵ Vgl. *Schmidt*, NJW 2016, 2998; *Kotz/Oğlakcioğlu*, NSTz-RR 2016, 265.

(wenn sie es denn je hatte) verloren hat,¹⁶ zeigen die veröffentlichten Entscheidungen, dass die geltenden Regelungen des BtMG konsequent angewandt wurden – und dies offensichtlich nicht im Bewusstsein, hier eigentlich überholte Normen anzuwenden, über die die neueren Entwicklungen im Gesundheits-Recht eigentlich hinweg gegangen sind. Auch die vom Gesetz vorgegebenen Möglichkeiten, im individuellen Verfahren zu steuern und ggf. über die Zubilligung eines rechtfertigenden oder entschuldigenden Notstandes gar nicht zu einer Strafbarkeit zu kommen, wurden nur ausnahmsweise genutzt. Die unterschiedlichen Zweige des Rechtssystems beurteilten insofern die Legitimität sowohl des Normensystems als auch des individuellen Handelns unterschiedlich – eine Diskrepanz, die sich übrigens bis in Behörden hinein auswirkte, so dass das BfArM im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren, das schließlich 2016 zur Erteilung einer Anbaugenehmigung führte, die Auffassung vertrat, dass Cannabis-Patienten strafrechtlich nicht mehr verfolgt würden, weil ihnen regelmäßig der rechtfertigende Notstand zubilligt werden würde.¹⁷

Betrachtet man die vorstehend erwähnte Entscheidung des *OLG Karlsruhe* vom 24.6.2004, wird das deutlich, wenn gleich hier der Bezugspunkt der revisionsrichterlichen Ausführungen hauptsächlich die tatsächlichen Fragen des Falles waren: Ausgangspunkt war ein Strafverfahren gegen den an Multipler Sklerose erkrankten Michael F., bei dem 381,99 Gramm Marihuana mit einer Wirkstoffmenge von 12,76 Gramm THC gefunden worden waren. Damit war die Menge nicht gering im Sinne des BtMG. Das *AG Mannheim* hatte dem Angeklagten einen rechtfertigenden Notstand zubilligt und ihn freigesprochen, das *OLG Mannheim* hob dieses Urteil auf und verwies das Verfahren an das *AG* zurück. Um einen rechtfertigenden Notstand anzuerkennen, müsste mindestens folgendes festgestellt werden: Zum einen müsse der Cannabiskonsum geeignet sein, die Symptome, um die es dem Patienten geht, tatsächlich zu lindern; des Weiteren dürfte auch nur so viel Cannabis verwendet werden, wie erforderlich sei, um die lindernde Wirkung herbeizuführen; und die Gesundheitsbeeinträchtigung durch die Erkrankung müsste zudem ein erhebliches Ausmaß erreicht haben.

In der späteren Rechtsprechung spielte die Entscheidung des *OLG Karlsruhe* keine besondere Rolle mehr. Es schoben sich nunmehr andere Fragen in den Mittelpunkt, die vom *KG Berlin* in einem Urteil vom 5.5.2007 herausgearbeitet wurden: „Das Urteil muss ... erkennen lassen, dass die – hier dem Angeklagten ohne den Konsum des Betäubungsmittels – drohende Gefahr so exorbitant und atypisch ist, dass sie in die Erwägungen der speziellen Be-

stimmungen des Betäubungsmittelgesetzes keinen Eingang gefunden hat. Denn nur in diesem Fall dürfte eine Situation vorliegen, in der das individuell beeinträchtigte Interesse das durch die gesetzliche Spezialregelung geschützte wesentlich überwiegt. Um eine revisionsrechtliche Prüfung zu ermöglichen, muss das Urteil daher eine präzise Darstellung der körperlichen und seelischen Verfassung des Angeklagten zum Zeitpunkt der Tat enthalten, die ärztlich verordnete Therapie und deren Wirkung beschreiben und nicht nur eingehend darlegen, welche Versuche der Angeklagte unternommen hat, um sich auf legalem Wege Linderung zu verschaffen, sondern auch mitteilen, ob und in welchem Umfang der Konsum der Betäubungsmittel zu einer nicht nur unerheblichen Verbesserung der Verfassung des Angeklagten geführt hat bzw. hätte führen können“.¹⁸

Im Fall des Patienten, der sich selbst wegen Eigenanbaus von Cannabis angezeigt hatte, wurden seitens der Justiz die Anforderungen an einen denkbaren rechtfertigenden Notstand noch höher angesetzt. Der Generalbundesanwalt äußerte hier in seiner Stellungnahme zur Verfassungsbeschwerde, dass der Verwaltungsrechtsweg hätte zu Ende beschränkt werden müssen, womit auch die Möglichkeit gemeint war, Eilrechtsschutz zur Erlangung einer Eigenanbau-Genehmigung zu erhalten. Das *BVerfG* selbst erkannte – ohne Erläuterung im Detail –, dass sich ein Notstand nicht derart aufgedrängt habe, um bereits von einem Anfangsverdacht abzusehen.¹⁹

Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Angeschuldigte in dem seit 2014 geführten Verfahren nicht nur über eine ärztliche Empfehlung²⁰ verfügte, seine Symptome mit Cannabis zu behandeln. Er verfügte auch über eine Ausnahme-Genehmigung nach § 3 BtMG zum Besitz und Verbrauch von Cannabis durch das Bundesamt für Arzneimittel.²¹ Diese Ausnahmegenehmigung erteilte die Bundesoberbehörde nur, wenn Therapiealternativen nicht zur Verfügung stehen und die Schwere der Erkrankung eine Behandlung aber dringend erfordert. Damit stand für den Angeschuldigten fest, dass er keine aussichtsreiche Möglichkeit hatte, auf legalem Wege Cannabis zur Linderung seiner Symptome zu erhalten. Da er sich aber das erforderliche Cannabis, das er auch erwerben, besitzen und konsumieren durfte, als Hartz-IV-Empfänger aus der Apotheke nicht leisten konnte, blieb ihm fürs Erste nur die Alternative, unversorgt zu bleiben oder auf eigene Faust anzubauen. Er hatte in diesem Zusammenhang sogar einen Antrag auch auf die Genehmigung des Eigenanbaus gestellt – dieser konnte aber ohne eine höchstrichterliche Entscheidung zu keinem Erfolg führen. Tatsächlich war auch ein Antrag auf die (zeitlich befristete) Erteilung einer Eigenanbaugenehmigung angesichts der Rechtsprechung

¹⁶ Eindrucksvoll hier die von 122 Strafrechtsprofessorinnen und Strafrechtsprofessoren unterzeichnete Erklärung des Schildower Kreises von 2013, die eine Überprüfung der Wirksamkeit des BtMG verlangt.

¹⁷ Ein Einwand, der für Staatsanwaltschaft und Gericht im Übrigen keinen Anlass gab, mit Blick auf den Angeklagten von der Möglichkeit eines unvermeidbaren Erlaubnisirrtums auszugehen.

¹⁸ *KG Berlin*, Urt. v. 5.5.2007 – (3) 1 Ss 36/07 (20/07), NJW 2007, 2425.

¹⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 11.2.2015 – 2 BvR 1694/14 –, vgl. dazu Anm. Tolmein, medstra 6/2015, 362 f.

²⁰ Cannabis war zu diesem Zeitpunkt aufgrund seiner Listung in Anlage I des BtMG von der ärztlichen Verordnung ausgeschlossen.

²¹ Über einen Fall, in dem die Erlaubnis zum Besitz von Cannabis erst im laufenden Ermittlungsverfahren eingeholt wurde und eine Eigenanbaugenehmigung erst im laufenden Strafverfahren beantragt worden war, entschied das *LG Potsdam*, Urt. v. 6.10.2016 – 27 Ns 54/16 und verurteilte zu 90 Tagessätzen à 30 EUR, da das Gericht auch von zumutbaren Therapiealternativen ausging.

der zuständigen Gerichte zu diesem Zeitpunkt aussichtslos, weil sie davon ausgingen, dass der Behörde ein Ermessensspielraum verbleibe, sie also nicht zur Erteilung einer Erlaubnis verpflichtet werden könnte.²²

Der Beschuldigte hatte mithin – entgegen der Auffassung des *LG Darmstadt* und des GBA – alle Möglichkeiten ausgeschöpft, sein zur Behandlung seiner Erkrankung erforderliches Tun zu legalisieren. In dieser Situation griff er zusätzlich zu dem Mittel, sich an die politischen Verantwortlichen und an die Polizei zu wenden, um so auf seine verzweifelte Lage aufmerksam zu machen und auch seiner rechtstreuen Gesinnung gemäß zu handeln, der es widerstrebt, im Heimlichen zu verbleiben. Selbst wenn man in dieser Konstellation nicht zwingend davon ausgehen sollte, dass ein rechtfertigender oder entschuldigender Notstand vorliegt, erscheint doch das verwirkte Unrecht angesichts des Vorliegens der Ausnahmegenehmigung und der Beantragung der Eigenanbauerlaubnis sowie der klaren Zweckbestimmung des Eigenanbaus zur medizinischen Selbsttherapie ausgesprochen gering. Den Unrechtsgehalt der in § 29 Abs. 5 BtMG geregelten Fallgruppe konnte es keinesfalls übersteigen, auch wenn es angesichts der medizinischen Erfordernisse des Patienten um größere, aber eben durch den medizinischen Eigenbedarf begrenzte Mengen ging.

In diesem Zusammenhang sollte zumindest die Entscheidung des *BGH* in Strafsachen in den Blick genommen werden, der zufolge die Einfuhr und Überlassung von Betäubungsmitteln, um damit einem schwerkranken Patienten den Suizid zu ermöglichen, im besonderen Einzelfall zu einer Verengung des Ermessens des Tatrichters führen kann, so dass allein eine Verwarnung mit Strafvorbehalt in Betracht kommt²³ – es wäre schwerlich nachvollziehbar, wenn der Unrechtsgehalt einer gezielt zum Tode führenden Suizidassistenten durch einen Verstoß gegen § 29 BtMG geringer bewertet werden dürfte als die unter Verstoß gegen § 29 BtMG erfolgende medizinisch erforderliche Selbstbehandlung eines unter schweren Schmerzen leidenden Patienten, für den diese Form der Selbstbehandlung zu diesem Zeitpunkt die einzige Möglichkeit darstellte.

Das *AG Langen* entschied, die später erhobene Anklage der Staatsanwaltschaft Darmstadt nicht zuzulassen, weil es einen Freispruch wegen entschuldigenden Notstandes als überwiegend wahrscheinlich ansah. Im nachfolgenden Klageerzwingungsverfahren ordnete das *LG Darmstadt* die Zulassung der Anklage an – obwohl mittlerweile auch bekannt war, dass der Gesetzgeber die medizinische Anwendung von Cannabis legalisieren wollte.²⁴ Angesichts der mit § 31 Abs. 6 SGB V vorhandenen Möglichkeit, Cannabis nicht nur verordnet, sondern auch von der Krankenkasse bezahlt zu bekommen, dürfte sich die Bedeutung von Strafverfahren gegen Patienten, die Cannabis benötigen, zumindest vorerst verringern.

III. Die Auswirkungen der neuen gesetzlichen Regelung

Die neue gesetzliche Regelung sollte, das lässt sich im Gesetzgebungsverfahren deutlich nachzeichnen, patientenfreundlich ausgestaltet werden. Damit mussten die Rechte der individuellen Patienten gegenüber den Krankenkassen, die als Kostenträger fungieren, gestärkt werden. Das war hier auch deswegen erforderlich, weil das Gesetz in einiger Hinsicht die Bemühungen der Krankenkassen und des G-BA unterläuft, der evidenzbasierten und effizienzorientierten, an Standards ausgerichteten Medizin das Terrain zu bereiten und die tradierte Medizin, in der eine oftmals schwer überprüfbare, stark individuell orientierte Heilkunst dominiert, zurückzudrängen.

Das Gesetz ermöglicht Ärztinnen und Ärzten, Arzneimittel auf Cannabis-Basis (einschließlich getrockneter Blüten und standardisierter Extrakte) zu verschreiben. Dabei ist insbesondere § 13 Abs. 1 Satz 1 BtMG zu berücksichtigen, der die Verschreibung davon abhängig macht, dass der beabsichtigte Zweck auf andere Weise nicht erreicht werden kann. Weiterhin ist die Betäubungsmittelverschreibungsverordnung (BtMVV) einzuhalten. Es ist dabei zu unterscheiden zwischen der Möglichkeit, Arzneimittel auf Cannabis-Basis zu verschreiben, die an keine weitere medizinische Voraussetzung geknüpft ist als an § 13 Abs. 1 S. 1 BtMG, und der Erstattung der Kosten durch die GKV, die die Mitgliedschaft in einer gesetzlichen Krankenkasse und die Voraussetzungen des neuen § 31 Abs. 6 SGB V bedingt.

Als erste Leistungsvoraussetzungen verlangt § 31 Abs. 6 SGB V, dass eine „*schwerwiegende Erkrankung*“ vorliegt. Diese Voraussetzung erscheint sachgerecht – anders als die gegenwärtige Anforderung für Behandlungen im Off-Label-Use in § 2 Abs. 1a SGB V. Dieser verlangt insoweit deutlich weitergehend das Vorliegen einer „regelmäßig tödlichen Erkrankung oder mit einer zumindest wertungsmäßig vergleichbaren Erkrankung.“ Diese Anforderung, zumal in der restriktiven Auslegung des BSG, führt dazu, dass der Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 lit. a SGB V außerordentlich (und unangemessen) eng ist. Das BSG verlangt eine „notstandsähnliche Situation“, d.h. einen „Zeitdruck“, wie er „typisch für akuten Behandlungsbedarf zur Lebenserhaltung“ ist. Es muss eine große Wahrscheinlichkeit des drohenden tödlichen Krankheitsverlaufs innerhalb eines kürzeren überschaubaren Zeitraums vorliegen: „Das bedeutet, dass nach den konkreten Umständen des Falles bereits drohen muss, dass sich der voraussichtlich tödliche Krankheitsverlauf innerhalb eines kürzeren, überschaubaren Zeitraums mit großer Wahrscheinlichkeit verwirklichen wird. Ähnliches kann für den gegebenenfalls gleichzustellenden, nicht kompensierbaren Verlust eines wichtigen Sinnesorgans oder einer

²² So *VG Köln*, Beschl. v. 13.11.2011 – 7 L 1172/11; *OVG NRW*, Beschl. v. 16.11.2011 – 13 B 1198/11.

²³ *BGH*, Urt. v. 7.2.2001 – 5 StR 474/00, NJW 2001, 1802 ff.

²⁴ Nachdem im Dez. 2015 angesichts der veränderten Gesamtlage auch der Ausgang eines eA-Verfahrens nicht mehr völlig klar schien, stellte der Angeklagte einen entsprechenden Antrag beim

VG Köln, der mit einem Vergleich endete, der die Anbauerlaubnis für den Antragsteller umfasste. Da nunmehr der Angeklagte vor dem *AG Langen* für etwas hätte verurteilt werden müssen, was ihm nunmehr offiziell erlaubt worden war, drängte das *AG* auf Einstellung des Verfahrens nach § 153 StPO.

herausgehobenen Körperfunktion gelten.²⁵ Schmerzpatienten und andere schwerkranke Patienten mit einer längeren Lebenserwartung – für die sich die rechtliche Unmöglichkeit bei der Kostenübernahme insofern sogar besonders schwerwiegend zeigen, weil sie unter Umständen jahrelang unter den erheblichen Folgen zu leiden haben – hatten und haben daher bis heute allenfalls vereinzelt in Eilverfahren eine Chance auf eine Kostenübernahme auf Basis der Anforderungen des aktuell geltenden § 2 Abs. 1 lit. a SGB V, während § 31 Abs. 6 SGB V hier ein angemessen weiter gefasstes Anwendungsspektrum eröffnet.

Des Weiteren verlangt § 31 Abs. 6 Nr. 1 SGB V, dass eine „allgemein anerkannte, dem medizinischen Standard entsprechende Leistung nicht zur Verfügung steht“ oder dass „im Einzelfall nach der begründeten Einschätzung der behandelnden Vertragsärztin oder des behandelnden Vertragsarztes unter Abwägung der zu erwartenden Nebenwirkungen und unter Berücksichtigung des Krankheitszustandes der oder des Versicherten nicht zur Anwendung kommen kann.“ Zudem muss eine nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf eine spürbar positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf oder auf schwer wirkende Symptome bestehen.

Auch diese Anforderungen sind deutlich geringer als in § 2 Abs. 1 lit. a SGB V: Die geplante Formulierung „oder auf schwer wirkende Symptome“ ermöglicht die Erbringung der Leistung zulasten der gesetzlichen Krankenversicherung nicht nur für den bislang geregelten Fall, dass eine nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf Heilung oder auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf besteht. Sie greift auch, wenn bei schwerkranken Patienten, zum Beispiel Palliativpatienten, die Behandlung rein symptomatisch wirkt und damit den Patienten ihr Leben erleichtert.

Gem. § 31 Abs. 6 S. 2 SGB V bedarf die Leistung bei der ersten Verordnung für eine Versicherte oder einen Versicherten der nur in begründeten Ausnahmefällen abzulehnenden Genehmigung der Krankenkasse, die vor Beginn der Leistung zu erteilen ist. Das Genehmigungserfordernis der Krankenkassen spielte schon bei der Anhörung des Gesetzentwurfes im Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages eine wichtige Rolle. Einige Experten äußerten die Befürchtung, dass die Gesetzliche Krankenversicherung die Genehmigungserfordernisse nutzen könnten, um die geplante Regelung zu unterlaufen.²⁶ Der Gesetzgeber strich die Genehmigungserfordernisse zwar nicht, ergänzte den vorgelegten Wortlaut aber um die Regelung, dass eine ärztlich verordnete Behandlung mit medizinischen Cannabis nur abgelehnt werden darf, wenn ein begründeter Ausnahmefall vorliegt. Nach der Empfehlung des Gesundheitsausschusses soll durch den § 31 Abs. 6 S. 2 SGB V so „[...] die Versorgung von Versicherten mit schwerwiegenden Erkrankungen durch den Anspruch auf Cannabis nach S. 1 verbessert werden. Die

Genehmigungsanträge bei der Erstversorgung der Leistung sind daher nur in begründeten Ausnahmefällen von der Krankenkasse abzulehnen. Damit wird auch der Bedeutung der Therapiehoheit des Vertragsarztes oder der Vertragsärztin Rechnung getragen.“²⁷

In der Anwendung des neuen Rechts dominieren nun – nicht überraschend – die Probleme: Der Medizinische Dienst der Krankenversicherung (MDK), den die Krankenkassen regelmäßig bei der Prüfung der Erstverordnung hinzuziehen, blendet das vom Gesetzgeber vorgegebene Ausnahme-/Regelverhältnis einfach aus – ohne weitere Begründung verweist er auf einzelnen Medikamente oder Medikamentengruppen, die noch nicht eingesetzt worden seien – und verhindert so die Genehmigung der Verordnung der Cannabismedikation. Zwar liegen keine Zahlen vor, es spricht aber einiges dafür, dass derzeit die Mehrzahl der Anträge nicht genehmigt wird. Selbst die Fälle, in denen das BfArM bereits früher eine Ausnahmegenehmigung nach § 3 BtMG erteilt hat und wo zum Teil jahrelang erfolgreich mit Cannabis behandelt wurde, werden nun unter der Prüfungsägide des MDK neu aufgerollt und mit Verweis auf nicht ausgeschöpfte alternative Behandlungsmöglichkeiten zurückgegeben, was dazu führt, dass eine Vielzahl von Eilverfahren auf den Weg gebracht werden.

Dieser Trend wird dadurch verstärkt, dass Ärzte sich häufig darauf beschränken, in den ihnen übermittelten Arztfragebögen des MDK den Behandlungswunsch der Patienten mit Cannabis wiederzugeben und ansonsten pauschal auf faktische Therapieerfolge mit Cannabis zu verweisen und genauso pauschal darauf hinzuweisen, dass andere Therapien „stark belastende Nebenwirkungen mit sich gebracht“ hätten. Das ist vor allem der Unerfahrenheit vieler behandelnder Ärzte mit Cannabis zuzurechnen – schließlich war Cannabis nie verschreibungsfähig, sein Einsatz spielte weder in der ärztlichen Ausbildung eine Rolle noch gibt es ausreichende, fundierte Fachliteratur, auf die sich die Mediziner stützen könnten. Auch die Forschungslage ist dürftig.

Im Ergebnis wird es nun die sozialgerichtliche Rechtsprechung in der Hand haben, das Gesetz zum Erfolg oder zum Scheitern zu bringen. In den Eilverfahren zeichnet sich derzeit ab, dass mit unterschiedlich hohen Anforderungen an die Darlegung der fehlenden Therapiealternativen bzw. deren Unzumutbarkeit den Krankenkassen oft eine Leistungspflicht auferlegt wird. Bislang gibt es aber keine einzige obergerichtliche Entscheidung dazu und, bei einer Verfahrensdauer von vier bis sieben Jahren bis zum *BSG*, erst recht keine höchstrichterliche Rechtsprechung in der Hauptsache.

Die interessante Frage ist, wohin das führen kann. Die Rechtsprechung des *BVerwG* zum Eigenanbau steht unter der Maßgabe, dass eine Cannabis-Behandlung faktisch für den jeweiligen Patienten nicht zur Verfügung steht, der ihrer bedarf, weil es keine zumutbare Therapiealternative

²⁵ *BSG*, Urt. v. 16.12.2008 – B 1 KN 3/07 KR R.

²⁶ Vgl. das Wortprotokoll der 87. Sitzung des Ausschusses für Gesundheit am 21.9.2016, Protokoll 18/87, S. 7 (15).

²⁷ BT-Drs. 18/10902, S. 20.

gibt. Da grundsätzlich eine Kostenübernahmepflicht der Krankenkassen besteht, wird es schwierig – wenn auch möglicherweise im Einzelfall nicht ausgeschlossen sein, diesen Nachweis zu führen. Ähnlich sieht es auch mit den Strafverfahren aus: Wenn ein dringend behandlungsbedürftiger Patient Cannabis selbst anbaut, weil er es von der Krankenkasse nicht erstattet erhält und auch innerhalb zumutbaren Zeitraumes keine Eigenanbaugenehmigung erhält und weder sozialgerichtlich noch verwaltungsgerichtlich ausreichend schnell Rechtsschutz erreichen kann, müsste das auch weiterhin als rechtfertigender Notstand anerkannt werden – die Chancen dafür stehen allerdings eher schlecht.

IV. Ausblick

Wie also ist die Lage für behandlungsbedürftige Patienten derzeit? Und was bewirkt das neue Gesetz im steten Kampf um die Legalisierung von Cannabis überhaupt? Hat es sie vorangetrieben?

Die Lage für manche der behandlungsbedürftigen Patienten hat sich durch die neue rechtliche Lage vermutlich verbessert: Sie erhalten nun als Sachleistung der Krankenversicherung, was sie bislang erstreiten und in Heimarbeit selbst anbauen mussten. Dabei dürfte es sich aber um eine Minderheit handeln – das Gros derer, die Cannabis als Mittel der Wahl einsetzen möchte hat gegenwärtig hohe Hürden zu überwinden und könnte vielleicht ganz scheitern. Damit zahlen sie den Preis dafür, dass das neue Gesetz nach wie vor nicht als das aufgefasst wird, was es ist: als eine Modifikation des Leistungsrechts der GKV für die Patienten, denen mit standardisierten und evidenzbasierten Behandlungsmethoden und -mitteln nicht ausreichend oder gar nicht geholfen werden kann. Der Gesetzgeber ist hier dazu aufgefordert, nachzubessern. Andernfalls könnten die Eigenanbau-Bestrebungen in eine zweite Runde gehen müssen – weil für schwerkranke Patienten das erforderliche Cannabis als Medizin immer noch nicht zur Verfügung steht.

Wie die nach Verabschiedung des Gesetzes verschiedentlich – mit positiver Konnotation oder abfällig gemeinten – verwendeten Formulierungen in der Art von „Kiffen auf Rezept erlaubt“ deutlich machen, ist diese Debatte vielfach als Teil der Debatte um eine umfassende Legalisierung von Cannabis oder gar Betäubungsmitteln überhaupt verortet. Das mag die Anti-Prohibitionsbestrebungen deutlich stärken, die Position der Patienten wird dadurch zumindest bis auf Weiteres eher geschwächt, weil zumindest in der verfassten Ärzteschaft und bei den Kassen wenig Bereitschaft besteht, hier bahnbrechend zu wirken. Dazu kommt, dass der Einsatz insbesondere von Cannabisblüten quer zu den aktuellen Entwicklungen in der modernen naturwissenschaftlichen Medizin steht, weil hier aufgrund der fehlenden standardisierten Dosierungsmöglichkeiten und wegen der Vielzahl der Wirkstoffe in der Pflanze klare Kausalitäten eines Behandlungserfolgs und die für die Evidenzforschung so wichtigen eindeutigen Ursache-Wirkungsbeziehungen nicht feststellbar sind.

Immerhin bietet der nunmehr leichter mögliche, wenngleich noch immer im Einzelfall zu erkämpfende Einsatz von Cannabis als Medizin die Möglichkeit, die Debatte über Betäubungsmittel und deren Einsatzmöglichkeiten zu versachlichen und sich durch die Ansammlung von Erfahrungswissen, aber auch durch intensiviertere Forschung mit den Wirkungsweisen und Wirkungsmöglichkeiten dieses Betäubungsmittels besser vertraut zu machen. Ob dann am Ende eine nüchterne Anerkennung des bemerkenswerten therapeutischen Potenzials steht, eine Entzauberung der Droge, auf die viele große Hoffnungen gesetzt haben, oder ob die Legalisierung von Cannabis als Medizin ein Schritt zur umfassenden Legalisierung ist, erscheint gegenwärtig noch schwer absehbar.