

BUCHBESPRECHUNGEN

Justine Diebel: Cannabis auf Rezept – Zur Legitimation betäubungsmittelstrafrechtlicher Restriktionen

von *Wiss. Mit. Jan-Martin W.T. Schneider*

2019, Logos Verlag, Berlin, ISBN: 978-3-8325-4908-4, S. 170, Euro 37,00.

Die von *Puschke*¹ betreute und in Strafrechtliche Fragen der Gegenwart (Hrsg. *Zieschang*) publizierte, im Wintersemester 2018/19 fertiggestellte Dissertation (leider nicht als E-Book) befasst sich mit dem als ältestem Arzneimittel der Menschheitsgeschichte bezeichneten Stoff Cannabis. In jüngerer Vergangenheit wurde immer wieder über die Drogenprohibition des Betäubungsmittelrechts diskutiert – zu Letzt erregte ein Gesetzentwurf² der Linken die Gemüter. Als 2017 der Slogan „Kiffen auf Rezept erlaubt“³ umging, war der Aufschrei bei manchen groß, noch viel größer war das Gefühl, dass das Gros der Bevölkerung nicht verstand, was für ein Gesetz der Bundestag hier mit der Bezeichnung „Cannabis als Medizin“ beschlossen hatte.

Das Werk erörtert Cannabis hinsichtlich des Zugangs und der strafrechtlichen Fragen, die den Stoff anno 2019 umgeben haben und zukünftig für die Sozialgesetzgebung, das Arzneimittelrecht und das Strafrecht von Belang sein werden. Ausgangspunkt ist nach Auffassung der Verfasserin „eine Anreihung von Unstimmigkeiten“ der jüngeren Geschichte der Cannabis Regulierung seit dem Jahr 2000 (S. 13). Insbesondere aber liegt die Entwicklung der letzten vier Jahre, seitdem „Cannabis als Medizin“-Gesetzentwurf, welcher den Stoff zwecks Einsatzes für eine „bestmögliche [...] Versorgung schwerkranker Menschen“ (S. 13) erstmals enthielt, im Fokus. Dabei geht die Verfasserin verstärkt strafrechtlich auf den illegalen Umgang mit Cannabis als Medizinprodukt ein.

Die 153 Textseiten umfassende Arbeit zerfällt in fünf Teile (A–E), wobei der Teil D (S. 63–146) den Hauptteil darstellt. Zunächst erfolgen nach der Einleitung in kursorischer Manier generelle botanische und pharmakologische Vorbemerkungen zur Pflanze Cannabis. So erfährt der Leser, dass die Pflanze in der Medizin so vielfältig einsetzbar ist, da sie „wegen ihrer biogenen Cannabinoide“ 100 vermutete Wirkstoffe enthält, wobei 60 Wirkstoffen therapeutische Nützlichkeit nachgewiesen wurde (S.17) Die herkömmlich bekannten Formen sind „Cannabisblüten, Extrakte, Öle oder Fertigarzneimittel“. Der Verfasserin gelingt mit diesem generellen Einstieg in die

Thematik das, was man in einem Gerichtsprozess die Sachverständigenarbeit nennen würde. So geht *Diebel* auf die Nachteile der Einnahme und des Konsums ein: Cannabinoidhaltige Arzneimittel können zu Psychosen, Angst, Leistungsfähigkeitsverlusten, Übelkeit und sogar Herzrhythmusstörungen führen (S. 18). Sie kommt zum Ergebnis, dass heutzutage niemand mehr über den medizinischen Nutzen von Cannabis streitet. So ist es nach derzeitiger Rechtslage möglich, Cannabis nach ärztlicher Verschreibung in einer Apotheke zu bekommen.

Retrospektiv geht die Verfasserin auch auf die Prohibition von Cannabis als Droge im 20. Jahrhundert ein – hier fällt auf, dass sie intensiv die Betäubungsmittelkommentarliteratur zu Rate zieht – über *Kreuzer, Weber, Körner/Patzak/Volkmer* – so entgeht ihr nicht, dass die Suchstoffregulierung früh eine weltumspannende, globale Aufgabe war. Dabei wird das Übereinkommen über psychotrope Stoffe von 1988 als wesentlich für eine Kriminalisierungstendenz des Besitzes, Kaufes oder Anbaus ausgemacht.

In Teil B, überschrieben mit „Grundlegung“, erfolgt eine intensive Auseinandersetzung mit den rechtlichen Grundlagen des Betäubungsmittelrechts. Das Betäubungsmittelgesetz (BtMG) wird von S. 27–38 kurz und knapp hinsichtlich der verwaltungsrechtlichen Ausgestaltung des Erlaubnisverfahrens der §§ 3, 5, 13 BtMG vorgestellt.

Von S. 39–61 geht *Diebel* auf die Legitimation der Strafnormen des BtMG ein. Wer Juristen von Legitimation sprechen hört, weiß, dass schnell lawinenartig Argumentationsmuster losgetreten werden, die auf die Frage hinauslaufen, welchen Prinzipien hinsichtlich des Zwecks von Strafe allgemein zu folgen sei. Die Verfasserin geht auf die Tatsache ein, dass es bei erlaubnispflichtigen Umgängen mit Cannabis im Umkehrschluss bedeutet, dass Verbote bestehen, wenn keine Erlaubnis gegeben ist. Diese Verbote sind strafbewehrt. Es ist ihrer Auffassung nach daher danach zu fragen, ob die Strafvorschriften in diesem Kontext aus verfassungsrechtlicher Sicht gerechtfertigt werden können. Es geht also um die Metaebene des Strafens, die Frage, wann der Gesetzgeber sanktioniert und wie er sanktionieren darf.

Diebel schreitet bekannte Pfade ab und führt zunächst den Rechtsgüterschutz ins Feld. Hierbei entgeht ihr teilweise

¹ Prof. Dr. Puschke LL.M ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Philipps-Universität Marburg.

² Abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2019/11/bt-drs-19-14828.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.1.2020).

³ Frankfurter Rundschau v. 27.1.17: <https://www.fr.de/ratgeber/gesundheit/funktioniert-kiffen-rezept-11625300.html> (zuletzt abgerufen am 11.1.2020); vgl. auch *Tolmein*, KriPoZ 2017, 230 (237).

die aktuelle Diskussion um die Rolle der Strafrechtswissenschaft, die *Kubiciel* 2018⁴ angestoßen hatte, indem er kritisierte, dass der Vorwurf an die Legislative, sie habe kein schützenswertes Rechtsgut in den Blick genommen, nicht immer zielführend ist. Trotzdem ist der Ansatz der Verfasserin richtig und auch mangels anderer Untersuchungsmethoden der Strafrechtswissenschaft unabdingbar, denn schließlich gilt die Rechtsgutslehre als Kernbestand des strafrechtlichen Werkzeugkastens. Dann greift *Diebel* auf den Strafrechtler *Freund* zurück und schreibt: „Das Rechtsgut dient [...] einer Grenzziehung für die Reichweite als auch der grundlegenden Befugnis staatlichen Strafens“ (S.40). Im Folgenden untersucht die Verfasserin, nachdem sie auch auf ihren Doktorvater *Puschke* Bezug genommen hat, wie strafrechtstheoretische Erwägungen bei der Bestimmung des Schutzgegenstandes des BtMG durch eine „Konstitutionalisierung des strafrechtlichen Diskurses“ (S. 43) erreicht werden können.

Diebel spricht als infrage kommende Rechtsgüter den Individualschutz, die Volksgesundheit, den Schutz des sozialen Zusammenlebens, hierbei Organisierte Kriminalität und Jugendschutz an. Dann geht sie etwas abrupt, aber durchaus nachvollziehbar immer noch in Abschnitt B auf den Tatbestandsaufbau und die Deliktsstruktur ein. Sie stellt heraus, dass für ihre Arbeit die konsumvorbereitenden Handlungsweisen von Bedeutung sind (S. 51). *Diebel* erkennt zwar den Jugendschutz als verfassungsrechtlich festgeschriebenes Rechtsgut für die Legitimation von Betäubungsmittelstraftaten an, geht jedoch hart mit der tatbestandlichen Ausgestaltung ins Gericht. Die Verfasserin folgt hier *Nestler* und sieht hierin eine Anknüpfung an eine Verdachtsstrafe: „Die Strafandrohung knüpft hierbei [...] nicht an ein gefährliches Verhalten an, sondern die hypothetische Möglichkeit der Straftatbegehung [...]“ (S. 58). Die strafrechtlichen Handlungsweisen sind somit bereits grob umrissen.

Richtig spannend im juristischen Sinne wird es dann in Teil C. der Arbeit, indem *Diebel* der Frage nachgeht, wie schwer es für einen Kranken tatsächlich ist an Cannabis als Medizin zu kommen und welcher Weg durch zahlreiche Akteure seit dem Jahr 2000 beschritten wurde, um der aus damaliger Sicht unbefriedigenden Gesetzeslage entgegen zu wirken.

Schon immer war eine Versorgung mit Cannabis in Deutschland *de facto* möglich, doch die Möglichkeiten, legal Cannabis für medizinische Zwecke zu beantragen (Verschreibung auf Betäubungsmittelrezept), stellten hohe Hürden für den Betroffenen auf. *Diebel* geht auf die Versorgungslage in Deutschland ein, wobei sie auf die Wirkstoffe Dronabinol und Nabilon eingeht. Für den Betroffenen ist die Frage der Kostenerstattung von immenser Bedeutung. Lange Zeit war in Deutschland nur das Produkt Sativex erstattungsfähig und dies nur bei Vorliegen Multipler Sklerose. Die Handhabung der Stoffe war also sehr restriktiv. Der Versorgung mit Cannabisblüten widmet die Verfasserin einen längeren Abschnitt. Sowohl die Verfassungsbeschwerde von 1999 als auch die kritisierte Entscheidung des *BVerwG* aus dem Jahr 2005, mit der

„die Notwendigkeit der Sicherstellung der Versorgung nach § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG im öffentlichen Interesse liege“ (S. 69), kommen zur Sprache. Dann geht *Diebel* auf die Genehmigung für den Eigenanbau ein, die von vielen Kriminologen diskutiert und kritisiert wurde, da sie für eine hohe Arbeitsbelastung der Polizeikräfte sorgt(e). Dass die indikationsunabhängige Verschreibung von Cannabis auf ein Betäubungsmittelrezept seit dem 10.3.2017 in der BRD Gesetz ist, erläutert die Verfasserin unter Berücksichtigung des sozialgesetzlichen Versorgungsanspruchs in § 31 Abs. 6 SGB V (S. 79–88). Unter dem Stichwort „Systembruch der neuen Gesetzeslage“ erörtert *Diebel* die Kostenerstattungsregel, welche den Wirksamkeitsnachweis als auch das Wirtschaftlichkeitsgebot der §§ 2 Abs. 1 S. 3, 12 Abs. 1 SGB V konterkarierte. Die Autorin hält die jetzige legislative Entwicklung für „beschwerlich und bemüht“ (S. 94). Nachvollziehbar begründet durch die vorausgehenden Ausführungen sieht sie den „Aktionismus des Patientenstamms“ als maßgeblich für die heutigen Errungenschaften an.

Mit dem Cannabis als Medizin Gesetz soll dem Eigenanbau keine Bedeutsamkeit mehr beigemessen werden („Cannabis Eigenanbau-Verhinderungsgesetz“, S. 89), doch selbst, wenn die Cannabisagentur, die beim BfArM angesiedelt ist, nun besser als Importeure wie z.B. Bedocan oder Cansativa, beide beim Bfarm registrierte StartUps im neuen Importmarkt, die aus den Hauptexportländern (Kanada und Niederlande) importieren, den deutschlandinternen Anbau sicherstellen soll, bleibt das Selbstzüchten – selbst bei Vorliegen kriminologischer Bedenken – eine realistische Notlösung (S. 80-89). Übergeordnet bedeutsam ist nach Auffassung *Diebels* das Übereinkommen der UN von 1961, welches den Anbau nur unter staatlicher Kontrolle zulässt. *Diebel* gelingt es aufzuzeigen, dass die Situation des unerlaubten Umgangs ein strafrechtliches Dilemma für schwerkranke Menschen hervorrief. Anhand einer handvoll exquisit ausgewählter Gerichtsentscheidungen, die der strafgerichtlichen Praxis entspringen (*Diebel* geht auch auf das ihr heimische *AG Marburg* ein), zeigten sie die Divergenzen bei der Beurteilung der Strafbarkeiten, die über die Bejahung und Ablehnung des rechtfertigenden Notstandes § 34 StGB hinausgehen, auf. Die Beschreibung der Subsidiarität des Notstandsrechts bei der Anwendung von Cannabis zu therapeutischen Zwecken, erläutert *Diebel*, nachdem sie bemerkt hat, dass die Eigenanbau-Genehmigungsfragen der alten Rechtslage, die *Oğlakcioğlu* als Rechtfertigungsgrund einstuft, nicht durchgehend für eine Rechtfertigung herangezogen werden könnten. Von der Subsidiarität des Notstandsrechts ist bei der neuen Rechtslage auszugehen, da hier eine ärztliche Verschreibung durch den Patienten eingeholt werden müsse (S. 118/119). *Diebel* sieht die Genehmigung als ein negatives Tatbestandsmerkmal an. Grundsätzlich schließt sich die Verfasserin der Auffassung an, dass der Staat dem Betroffenen in seiner Konfliktsituation nach der alten Rechtslage der Selbstmedikation mit Cannabis allein gelassen habe und daher sei eine Subsidiarität des Notstandsrechts zugunsten des geordneten staatlichen Verfahrens absurd: „[es] mutet zynisch an, die

⁴ *Kubiciel*, JZ, 2018, 171.

Betroffenen auf ein nicht zielführendes Erlaubnisverfahren zu verweisen“ (S. 118). *Diebels* Argumentation führt darauf hinaus, dass *en bloc complètement* infrage gestellt werden muss, ob eine Kriminalstrafe – trotz der eigentlich widersprechenden, medizinisch nachvollziehbaren Tatsachengrundlage – beim Umgang mit Cannabis durch Schwerstkranke überhaupt legitimiert werden kann. Indirekt zeigt sich hier bereits der Anschluss *Diebels* an die Entkriminalisierungsthese, die gerade wieder deutlich in Mode kommt. Übrigens, Deutschland geht in Sachen Versorgung mit Cannabis, frühestens 2020 von einer ersten eigenen Ernte aus.

Auf den Seiten 120–146 erfolgt die Darstellung des eigenen Ansatzes der Verfasserin, der zu dem Ergebnis kommt, dass die Konzeption der *lex lata* des BtMG-Strafrechts als abstrakte Gefährungsdelikte nicht haltbar sei. Sie thematisiert in diesem Zusammenhang die Weitergabefahr, erkennt aber zu Recht, dass Genuss von Cannabis etwas anderes ist als eine verobjektivierte Indikation, die durch einen Arzt festgestellt wird. Wollte man *Diebel* vorwerfen, sie ginge nicht genügend auf die partiellen kriminologischen Nebeneffekte des Cannabis als Medizin-Gesetzes ein, müsste man erkennen, dass hierin auch keinesfalls der Schwerpunkt ihrer Arbeit liegt. Den Jugendschutz sieht *Diebel* als Legitimationsaspekt teilweise überzeugend an. Erneut macht sie dem Leser klar, dass die Volksgesundheit durch die Therapie mit Cannabis nicht beeinträchtigt, sondern höchstwahrscheinlich sogar verbessert werde, denn „die Verbesserung der subjektiven Befindlichkeit des Einzelnen trage insgesamt positiv zum gesellschaftlichen Leben bei“ (S. 126). *Diebel* positioniert sich auch für eine teleologische Reduktion bei abstrakten Gefährungsdelikten, wenn so qua Auslegung erreicht

werden kann, dass die Fälle des erlaubten Umgangs mit Cannabis als Medizin klar von den Fällen des Konsums von Cannabis als Droge getrennt werden können. Die im Raum stehende Entkriminalisierung von Patienten, die gewisse Mengen Cannabis vorrätig halten, wird über eine strafprozessuale Lösung (§ 31b BtMG-E) erwogen – *Diebel* attestiert dem politischen Entwurf eine Lebenssachverhaltsfremde (S. 140).

Weitergehende Ausführungen zum Straßenverkehrsrecht und Waffenrecht erfolgen vor dem Ausblick, der auf globale Reformbestrebungen des Rauschmittelstrafrechts eingeht, sehr kurz. Zwar ist „*for the sake of consistency*“, durchaus empfehlenswert in einer Dissertation auch den Blick noch weiter über den Tellerrand zu werfen, doch ist *Diebels*⁵ Werk bereits auch so eine in sich abgeschlossene, logisch-deduktiv vorgehende Arbeit, die durchaus in gebotener Kürze auf die Probleme eingeht. Ihr lässt sich sowohl eine klare Positionierung für die Akzeptanz der Therapie mit Cannabis als Fortschritt entnehmen als auch ein Appell an die Legislative, die strafrechtliche Problematiken *de lege ferenda* in der kommenden Legislaturperiode noch konstruktiver anzugehen – was dann freilich auch eine rechtspolitische Frage wäre.⁶ Schade ist, dass *Diebel* nicht auf den Sammelband von *Klein/Stothard*⁷ eingeht, obwohl er bereits im Erstellungszeitraum der Arbeit erschien. Am Ende ist klar, dass es sich bei dem Slogan „[Jeder kann] Kiffen auf Rezept!“ allenfalls um *fake news* handelt. Primär ist das Gesetz an Schwerstkranke adressiert. Mit der (sich fortsetzenden) Kriminalisierung dieser Menschen in einzelnen Fällen gingen/gehen die Gerichte „kreativ“ um. Weiteres wird sich schon 2020 zeigen. Es beginnt eine neue Dekade – auch im Betäubungsmittelstrafrecht.

⁵ *Diebel*, StV, 2019, 344 (346), Fn. 24: Hinweis auf Erscheinen des Werkes von *Diebel* mit der wortwörtlichen Aussage, dass das Werk die „[...] Straflosigkeit des medizinisch begründeten Umgangs mit Cannabis behandelt“.

⁶ *Diebel/Teuter*, deutlich dazu in: freispruch, Mitgliederzeitung der Strafrechtsverteidiger Vereinigungen, Heft 14 (März 2019), S. 13, abrufbar unter: http://strafverteidigervereinigungen.de/freispruch/texte/teuter_diebel14_btmg.pdf (zuletzt abgerufen am 11.1.2020).

⁷ *Klein, Stothard, Blaine*: Collapse of the Global Order on Drugs: From UNGASS 2016 to Review 2019; rezensiert in: MSchKrim 2019; 102(1), 85–88.