

Das Geschäft mit Cannabidiol – lukrativ und selten legal

von *StAin Dr. Raphaela Etzold**

Abstract

Der Vertrieb sogenannter „CBD-Produkte“, die Cannabidiol und damit einen Wirkstoff der Cannabispflanze enthalten, boomt. Anders als das vielfältige Angebot auf Internetseiten und in Headshops suggeriert, können sich jedoch sowohl Verkäufer als auch Erwerber durch den Umgang mit CBD-Produkten strafbar machen. Im Raum steht insbesondere die Strafbarkeit nach betäubungsmittel-, arzneimittel- und lebensmittelrechtlichen Vorschriften. Diese greift der vorliegende Beitrag auf und strukturiert bisherige Erkenntnisse.

There is a booming market for so-called CBD-products containing the active cannabis component cannabidiol. Despite what headshops or online shopping platforms may imply, trading those products is often illegal for both the vendor and the customer. This article discusses the criminal liability in regard to CBD-products according to narcotics and pharmaceutical law as well as to food law and regulations.

I. Einleitung

Produkte mit dem Wirkstoff Cannabidiol (CBD), einem Wirkstoff der Cannabispflanze, sind für geneigte Kunden unproblematisch über frei zugängliche und mitunter offensiv beworbene Verkaufsseiten im Internet erhältlich. Kaufwillige sind nicht auf das Darknet oder zwielichtige Headshops angewiesen, sondern werden längst auch bei mitunter seriös anmutenden Anbietern fündig. Selbst große Drogeriemarktketten nahmen zumindest vorübergehend¹ CBD-Produkte in ihr Sortiment auf. Der vielfältigen Produktpalette werden zahlreiche Wirkungen zugeschrieben. Das Angebot reicht vom „100 % reinen CBD-Öl“ über Tabletten, Kapseln, Salben und Kosmetikprodukte bis hin zu Hundekekse. Cannabidiol soll je nach Bedarf schlaffördernd oder anregend, stoffwechselfördernd oder entzündungshemmend wirken und dabei – so das Versprechen vieler Anbieter – frei von Nebenwirkungen und „ganz legal“ sein.

So einfach, wie das für Erwerber offen zugängliche und breite Angebot suggeriert, ist die Sach- und insbesondere Rechtslage jedoch nicht. Wer cannabidiolhaltige Produkte vertreibt, verstößt in vielen Fällen gegen betäubungsmittel-, arzneimittel- oder lebensmittelrechtliche Vorschriften und macht sich strafbar. Die Rechtspraxis bemüht sich

an Generalstaatsanwaltschaften, Oberlandesgerichten und Ministerien derzeit um eine einheitliche Linie in der Handhabung solcher Verstöße. Veröffentlichte strafgerichtliche Rechtsprechung, die Orientierung bieten könnte, insbesondere obergerichtliche, existiert indes noch nicht.² Dieser Beitrag soll versuchen, bisherige Erkenntnisse – auch aus den praktischen Erfahrungen der Verfasserin heraus – zu strukturieren.

II. Was ist Cannabidiol?

Cannabidiol ist ein Wirkstoff der Cannabispflanze und neben dem hauptsächlich für die Rauschwirkung zuständigen Δ 9-Tetrahydrocannabinol (kurz THC) eines von insgesamt 65 in Cannabisprodukten enthaltenen Cannabinoiden.³ Es wirkt im Gegensatz zu THC nicht psychotrop, also nicht auf das zentrale Nervensystem, soll nicht abhängig machen und, die Wirkung von THC abschwächend, sedativ und beruhigend wirken.⁴ Auf Internetseiten zahlreicher Anbieter wird gleichwohl sein „vitalisierender Effekt“⁵ beworben, werden ihm krebs- und entzündungshemmende, appetitzügelnde, stimmungsaufhellende und angstlösende Wirkungen nachgesagt.⁶ Die Liste ließe sich – je nach entsprechendem Werbeinteresse – wohl endlos fortsetzen.⁷ Anders als THC ist CBD als Reinstoff nicht in den Anlagen I-III zu § 1 Abs. 1 BtMG enthalten, unterfällt jedoch als verschreibungspflichtiger Stoff seit dem 1.10.2016 Anlage 1 zur Arzneimittelverschreibungsverordnung (AMVV)⁸ und außerdem dem Novel-Food-Katalog der Europäischen Kommission.⁹

Diese Einordnungen bringen zugleich entscheidende Schwierigkeiten im Umgang mit „CBD-Fällen“ mit sich: Ohne Differenzierung zwischen den angebotenen Produkten und strenge Betrachtung des Einzelfalls ist die Beurteilung der jeweiligen strafrechtlichen Konsequenzen nicht möglich.

III. Vertrieb von Cannabisprodukten – Grundsätzliches zu Zulässigkeit und Grenzen

Der generelle Umgang mit Cannabisprodukten wird in erster Linie durch das Betäubungsmittelstrafrecht eingeschränkt.

* Die Autorin ist Staatsanwältin in Amberg und primär zuständig für Betäubungsmittelstrafrecht.

¹ <https://www.deutsche-apotheker-zeitung.de/news/artikel/2019/04/26/rossmann-und-dm-nehmen-cbd-oele-aus-dem-sortiment> (zuletzt abgerufen am 29.6.2020).

² Anders im Verwaltungsrecht, s.u., III. 3.

³ Patzak, in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 9. Aufl. (2018), Stoffe Betäubungsmittel Rn. 16.

⁴ Patzak, in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, Stoffe Betäubungsmittel Rn. 16.; Patzak/Goldhausen, NStZ 2011, 76.

⁵ <https://cbdwelt.de> (zuletzt abgerufen am 29.6.2020).

⁶ Z.B. hier: <https://www.naturheilkunde-krebs.de> (zuletzt abgerufen am 29.6.2020).

⁷ Zur erwiesenen Wirkung von CBD sogleich unten, III. 2.

⁸ Aufgenommen durch VO v. 27.9.2016, BGBl. I 2016, S. 2178.

⁹ https://ec.europa.eu/food/safety/novel_food/catalogue_en (zuletzt abgerufen am 29.6.2020).

1. Strafbarkeit nach dem Betäubungsmittelgesetz (BtMG)

a) Objektiver Tatbestand

aa) Ausnahmen nach den Anlagen I und III zu § 1 Abs. 1 BtMG

Da Cannabis (Marihuana, Pflanzen und Pflanzenteile der zur Gattung Cannabis gehörenden Pflanzen)¹⁰ der Anlage I zum Betäubungsmittelgesetz (BtMG) unterfällt, bedarf grundsätzlich der Erlaubnis, wer damit umgehen bzw. im Gesetzessinne „verkehren“ will, es also anbauen, herstellen, mit ihm Handel treiben, es einführen, ausführen, abgeben, veräußern, sonst in den Verkehr bringen oder erwerben will, § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG. Anlage I formuliert bestimmte Ausnahmen, von denen hier vor allem drei interessieren sollen: Ausgenommen von der Erlaubnispflicht ist zum einen nach lit. a) „*Samen, sofern er nicht zum unerlaubten Anbau bestimmt ist*“. Samen enthalten selbst kein THC und sind Bestandteil zahlreicher Lebens- und Futtermittel (z.B. Salatöl, Schokolade, Gebäck, Vogelfutter).¹¹ Ihr Vertrieb bzw. Erwerb ist straflos, jedoch wird der Verkäufer dafür Sorge zu tragen haben, dass unbehandelt verwendete Samen nicht keimfähig sind.

Zum anderen nimmt lit. b) den Umgang mit Cannabispflanzen aus, sofern – 1. Alternative: es sich um THC-arme Cannabissorten handelt, die entweder „*aus Anbau in Ländern der Europäischen Union mit zertifiziertem Saatgut (jährlich aktuelle Liste der Sorten nach Art. 9 der EU-VO Nr. 639/2014 vom 11. März 2014) stammen*“

oder – 2. Alternative: „*ihr Gehalt an Tetrahydrocannabinol 0,2 Prozent nicht übersteigt*“

UND – gilt für beide Alternativen:¹² „*der Verkehr mit ihnen ausschließlich gewerblichen oder wissenschaftlichen Zwecken dient, die einen Missbrauch zu Rauschzwecken ausschließen*“.

Die genannten Ausnahmen resultieren aus der herkömmlichen jahrtausendealten Nutzung von Hanf als Kultur- und Nutzpflanze, u.a. für Seile, Textilien und tierische Futtermittel, welche nicht durch das Betäubungsmittelstrafrecht kriminalisiert werden soll.¹³

Insbesondere die 2. Alternative führt gerade im Bereich des Internetvertriebs zu der weitverbreiteten Fehlinformation, der Umgang mit Cannabisprodukten sei dann unproblematisch, wenn ihr Wirkstoffgehalt 0,2 % Tetrahydro-

rocannabinol nicht überschreite.¹⁴ Dies greift nach Zustimmungswürdiger ständiger Rechtsprechung,¹⁵ die sich nicht nur auf den Wortlaut, sondern auch die Gesetzesbegründung stützen kann,¹⁶ zu kurz: Der ausschließlich wissenschaftliche oder gewerbliche Verwertungszweck hat nicht nur beim Verkäufer, sondern auch beim Endverbraucher vorzuliegen.¹⁷ Sobald das entsprechende Produkt zum Konsum durch Endverbraucher vorgesehen ist, ist danach selbst bei geringem Wirkstoffgehalt der Ausschluss eines Missbrauchs zu Rauschzwecken *beim Endverbraucher* nicht mehr gewährleistet – und der Verkehr damit grundsätzlich verboten. Die Ausnahmebestimmung soll das Marktpotenzial des Rohstoffes Hanf zur industriellen und möglicherweise energetischen Verwendung erschließen und weder die Bevölkerung mit THC-schwachen Zubereitungen zu persönlichen Konsumzwecken versorgen, noch das grundsätzliche Cannabisverbot aufweichen.¹⁸

Eine weitere Ausnahme findet sich in lit. e) zu Cannabis: Zu den in Anlage III benannten Zwecken soll der Verkehr ebenfalls nicht § 1 Abs. 1 BtMG unterfallen. Gemeint ist damit die Nutzung von Cannabispflanzen „*nur aus einem Anbau, der zu medizinischen Zwecken unter staatlicher Kontrolle gemäß den Artikeln 23 und 28 Absatz 1 des Einheits-Übereinkommens von 1961 über Suchtstoffe erfolgt, sowie in Zubereitungen, die als Fertigarzneimittel zugelassen sind*“.

Die Entwicklung dieses Ausnahmetatbestands – Nutzung von Cannabis zu medizinischen Zwecken – erfolgte in zwei entscheidenden Schritten. Unter dem 11.5.2011 wurden durch die 25. BtMÄndVO¹⁹ zunächst als *Fertigarzneimittel* zugelassene Cannabiszubereitungen in Anlage III zu § 1 Abs. 1 BtMG aufgenommen, am 6.3.2017 durch das Gesetz zur Änderung betäubungsmittelrechtlicher und anderer Vorschriften²⁰ schließlich auch *Cannabis* aus entsprechend kontrolliertem Anbau.²¹

bb) Folgen für den Vertrieb THC-haltiger Produkte

Anders als Cannabidiol ist Tetrahydrocannabinol explizit in den Anlagen I bis III zu § 1 Abs. 1 zum BtMG genannt. Sofern CBD-Produkte auch nur geringste Konzentrationen an THC aufweisen, unterfallen diese jedenfalls bei zum Konsum durch Endverbraucher vorgesehenen Produkten in aller Regel dem BtMG, da eine Ausnahme nach lit. b Anlage I für Cannabis – hier als *lex specialis* zur Nennung der Reinstoffe zu behandeln – aus oben genannten Gründen ausscheidet. Sofern also keine sonstige Ausnahmeregelung, insbesondere die Verwendung zu medi-

¹⁰ Weiterführend zu verschiedenen Sorten und deren Wirkungsweise: Patzak/Goldhausen, NStZ 2011, 76.

¹¹ S.a. Patzak, in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, Stoffe Betäubungsmittel Rn. 39.

¹² OLG Hamm, BeckRS 2016, 13673 m.w.N.

¹³ Patzak, in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, Stoffe Betäubungsmittel Rn. 48.

¹⁴ Siehe hierfür beispielhaft etwa <https://www.cbdbluten.de> (zuletzt abgerufen am 29.6.2020).

¹⁵ Aktuell LG Braunschweig, 4 KLS 804 Js 26499/18 (5/19) – zit. nach juris; OLG Hamm, BeckRS 2016, 13673; OLG Zweibrücken, BeckRS 2010, 13810; BayObLG, NStZ 2003, 270; Patzak, in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, Stoffe Betäubungsmittel Rn. 48.

¹⁶ So auch Patzak, in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, Stoffe Betäubungsmittel Rn. 48.; vgl. BT-Drs. 13/3052, BR-Drs. 881/1997; a.A.: Kiefer, ZLR 2020, 158 (159 f.).

¹⁷ OLG Zweibrücken, BeckRS 2010, 13810; Patzak, in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, Stoffe Betäubungsmittel Rn. 48.

¹⁸ OLG Zweibrücken, BeckRS 2010, 13810; Patzak, in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, Stoffe Betäubungsmittel Rn. 48; Sachs/Bergstedt, GRUR-Prax 2020, 202.

¹⁹ BGBl. I 2011, S. 821.

²⁰ BGBl. I 2017, S. 403.

²¹ S.a. Malek, in: Spickhoff, MedizinR, 3. Aufl. (2018), § 1 BtMG Rn. 6 f.; Patzak, in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, Stoffe Betäubungsmittel Rn. 54.

zinischen Zwecken, greift bzw. der Umgang nicht von einer Erlaubnis des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte gedeckt ist,²² machen sich sowohl Käufer als auch Verkäufer zumindest wegen vorsätzlichen unerlaubten Handeltreibens mit bzw. Erwerbs von Betäubungsmitteln, strafbar (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG). Für den Verkäufer dürfte in der Regel außerdem gewerbsmäßiges Handeltreiben nach § 29 Abs. 3 BtMG (Verbrechen) in Betracht kommen.

cc) Folgen für den Vertrieb THC-freier CBD-Produkte

Für THC-freie CBD-Produkte muss die Antwort differenzierter ausfallen. Die Annahme, Cannabidiol unterfiele als „Pflanzenteil der Gattung Cannabis“ per se den Anlagen zum BtMG und könne damit grundsätzlich nicht erlaubnisfrei vertrieben bzw. erworben werden, liegt nicht ganz fern. Aber: Cannabidiol per se ist nicht Cannabis und auch kein „Pflanzenteil“, sondern ein Reinstoff. Eine solche Herangehensweise unterliefe damit offensichtlich die systematische Intention der Anlagen I-III zum BtMG, welche THC als weiteres Cannabinoid explizit bezeichnen und damit von einer „Universalerfassung“ sämtlicher Cannabinoide absehen. Diese in der Praxis durchaus diskutierte Ansicht scheint für den Vertrieb von CBD-Produkten vereinfachend eine Strafbarkeit nach dem BtMG konstruieren zu wollen, die sich systematisch nicht stützen lässt und die damit keine hinreichende gesetzliche Grundlage findet.

Zu fragen bleibt also weiter, ob das betreffende Produkt neben dem reinen CBD weitere Cannabisbestandteile, also Pflanzenteile mit Ausnahme nicht keimfähiger Samen (siehe Ausnahme Anl. I lit. a), enthält. Sofern dies – wie etwa im Falle „reinen“ CBD-Öls – nicht der Fall ist, scheidet eine Strafbarkeit nach dem BtMG mangels des Merkmals „Cannabis“²³ aus.

Sollten sich (was selten der Fall sein dürfte) entsprechende Rückstände im Produkt nachweisen lassen, ist das Vorliegen einer Ausnahme zu prüfen. Handelt es sich nur um nicht keimfähige Cannabisamen, scheidet die Anwendung des BtMG an der Ausnahme der Anlage I lit. a. Anders jedoch bei sonstigen Pflanzenteilen: Die von Konsumenten und Händlern häufig missverständene Ausnahme nach der Anlage I lit. b ist auch hier bei zum Konsum durch den Endverbraucher vorgesehenen Produkten aus oben genannten Gründen nicht erfüllt. Sofern es sich also, wie ganz überwiegend, um zur oralen Einnahme bestimmte Produkte mit entsprechenden Rückständen handelt, bleibt das BtMG anwendbar. Auch der Tatbestand der weiteren oben behandelten Ausnahme – Verwendung zu medizinischen Zwecken – greift im Falle des boomenden Internetvertriebs nicht: Cannabisbasierte Fertigarzneimittel²⁴ sind verschreibungs- und apothekenpflichtig

und damit nicht zur Abgabe durch Private zugelassen. Die Herstellung des Produkts „nur aus einem Anbau (...) zu medizinischen Zwecken unter staatlicher Kontrolle“ dürfte ebenfalls in aller Regel nicht gegeben sein.

Verkürzt gilt damit: Sofern CBD-Produkte – wenn auch geringste – Rückstände von Cannabispflanzen(teilen) oder THC enthalten und ein Missbrauch zu Rauschzwecken nicht ausgeschlossen ist (beispielsweise bei eindeutig nicht konsumfähigen Kosmetika), sind Verkauf und Erwerb grundsätzlich nach dem BtMG strafbar.

b) Probleme im subjektiven Tatbestand

Die Eigenheiten des Geschäfts mit CBD-Produkten bringen für die Beurteilung der Strafbarkeit von Erwerber und Verkäufer Sonderprobleme im subjektiven Tatbestand²⁵ mit sich. In die Beurteilung einzubeziehen sind insbesondere Produktbeschreibung(en), die Seriosität der Bezugsquelle und Erfahrungswerte des jeweils Beschuldigten im Umgang mit Cannabisprodukten. Letztere ergeben sich für Staatsanwaltschaft und Gericht möglicherweise aus bereits bekannten einschlägigen Verfahren. Maßgeblich bleiben jedoch stets die Umstände des Einzelfalls, sodass sich – auch im Hinblick auf mangelnde Rechtsprechung – eine pauschalierende Betrachtung verbietet. Die folgenden Ausführungen sollen daher lediglich Anhaltspunkte bieten.

Für den Erwerber wird vorsätzliches Handeln bezüglich der Betäubungsmittelleigenschaft schwer nachweisbar sein, wenn das Produkt als „rein“ CBD-haltig²⁶ beworben wird, wie das z.B. bei destilliertem Cannabisöl der Fall ist. Dass dennoch enthaltene Pflanzenrückstände oder THC-Gehalte vom Käufer für möglich gehalten und vor allem billigend in Kauf genommen worden sein sollen,²⁷ lässt sich dann nur schwerlich annehmen. Es bleibt die Möglichkeit der Strafbarkeit wegen fahrlässigen Handelns, § 29 Abs. 4 BtMG. Mit entsprechenden Rückständen wird ein Erwerber im Umgang mit Cannabisprodukten dabei in der Regel zu rechnen haben und diese vorhersehen.²⁸ § 29 Abs. 4 BtMG wird bei solchen Fallgestaltungen daher regelmäßig zur Anwendung kommen.

In Betracht kommt ferner das Vorliegen eines Verbotsirrtums aufgrund der irrigen Annahme des Beschuldigten, das erworbene Produkt entspreche – in Kenntnis aller Inhaltsstoffe – gesetzlichen Vorgaben und falle dennoch nicht unter das BtMG. Praktisch relevant wird dies, wenn THC- oder Pflanzenrückstände ausdrücklich in die Produktbeschreibung aufgenommen wurden mit dem irreführenden Hinweis, der Gehalt dürfe nur nicht mehr als 0,2 %

²² Diese darf nach § 3 Abs. 2 BtMG nur „ausnahmsweise zu wissenschaftlichen oder anderen im öffentlichen Interesse liegenden Zwecken“ erteilt werden.

²³ S.o., III. 1. a.

²⁴ Wohl bekanntester Anwendungsfall: Sativex, siehe hierzu https://www.bfarm.de/DE/Bundesopiumstelle/Cannabis/Hinweise_Aerzte/_node.html (zuletzt abgerufen am 29.6.2020); Patzak, in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, Stoffe Betäubungsmittel Rn. 53; Sachs/Bergstedt, GRUR-Prax 2020, 202.

²⁵ Näher zu Vorsatzproblemen i.R.d. § 29 BtMG: Patzak, in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, § 29 BtMG Rn. 52 ff.

²⁶ Beispielsweise hier: <https://www.naturavitalis.de/Exklusiv/Reines-CBD-Cannabis-Oel-10.html> (zuletzt abgerufen am 29.6.2020).

²⁷ Vgl. statt Vieler Fischer, StGB, 67. Aufl. (2020), § 15 Rn. 10 m.w.N.

²⁸ Zum Fahrlässigkeitsbegriff statt Vieler Fischer, StGB, § 15 Rn. 19 ff.

betragen.²⁹ Hier kann eine Nachfrage bei der zuständigen Verwaltungsstelle oder dem BfArM ohne Weiteres Abhilfe schaffen; der Verbotsirrtum ist damit vermeidbar und führt u.U. lediglich zur Strafmilderung nach §§ 17, 49 Abs. 1 StGB.³⁰

Für den Verkäufer gilt dies im Wesentlichen entsprechend, für ihn sind im jeweiligen Fall aber gesteigerte Produktprüfungs- und Erkundigungspflichten anzunehmen. Ihn trifft die Verantwortung für die Inhalte des vertriebenen Produkts, selbst wenn dieses nicht aus Eigenherstellung stammt und er sich auf die Angaben des beliefernden Produzenten verlassen hat.³¹ Problematisch stellt sich vor diesem Hintergrund die Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit dar. Nimmt der Täter THC-Gehalt oder Pflanzenrückstände nicht nachweislich zumindest billigend in Kauf, sondern sind sie ihm unerwünscht, liegt kein bedingter Vorsatz vor. In der Beurteilung des Vorliegens fahrlässigen Handelns stellt der BGH hinsichtlich einzuhaltender Sorgfaltspflichten eine einzelfallbezogene Betrachtung an, bejaht aber eine Pflicht zu Kontrollanalysen regelmäßig dann, wenn es für den Betroffenen erkennbaren Anlass für die Möglichkeit gibt, mit Betäubungsmitteln in strafatbestandsmäßiger Weise umzugehen.³² Dies dürfte beim bewussten Umgang mit Cannabisprodukten regelmäßig der Fall und damit zumindest (bewusste) Fahrlässigkeit gegeben sein. Bei der Frage der Beurteilung ist stets maßgeblich auf die bisherigen Erfahrungen des Verkäufers abzustellen, die sich für den Praktiker möglicherweise aus bereits geführten Strafverfahren ergeben.

Gesteigerte Anforderungen gelten auch bezüglich der Prüfung der Legalität des Vertriebs. Betreiber von Headshops oder entsprechenden Internetseiten bewegen sich bewusst in einem rechtlichen Graubereich, sodass ihnen eine gesteigerte Verpflichtung zur besonders sorgfältigen Prüfung der Rechtslage obliegt. Weder auf die Angaben des beliefernden Produzenten, noch auf durchschnittliche anwaltliche Beratung darf sich ein Verkäufer in der Regel verlassen,³³ ein etwaiger Verbotsirrtum wird damit ebenfalls vermeidbar sein.

2. Arzneimittelrecht

In vielen Fällen wird eine Strafbarkeit nach dem BtMG ausscheiden. Der Erwerber bleibt dann straflos. Zu prüfen bleibt weiter – lediglich für den Verkäufer – eine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 (Inverkehrbringen bedenklicher Arzneimittel) oder Nr. 4 AMG (Verstoß gegen die Apotheken- und Verschreibungspflicht durch Handeltreiben oder Abgabe).

a) Objektiver Tatbestand

Cannabidiol unterfällt seit dem 1.10.2016 Anlage 1 zur AMVV und ist damit verschreibungspflichtig. Die pauschale Subsumtion von CBD-Produkten unter § 95 Abs. 1 AMG griffe dennoch zu kurz: Zunächst muss der Anwendungsbereich des AMG eröffnet sein, also die Arzneimitteleigenschaft des Produkts i.S.v. § 2 AMG festgestellt werden. Das AMG unterscheidet zwischen Stoffen, die „zur Anwendung im oder am menschlichen oder tierischen Körper bestimmt sind und als Mittel mit Eigenschaften zur Heilung oder Linderung oder zur Verhütung menschlicher oder tierischer Krankheiten oder krankhafter Beschwerden bestimmt sind“ (sog. Präsentationsarzneimittel, § 2 Abs. 1 Nr. 1 AMG) und solchen, „die im oder am menschlichen oder tierischen Körper angewendet oder einem Menschen oder einem Tier verabreicht werden können, um die die physiologischen Funktionen durch eine pharmakologische, immunologische oder metabolische Wirkung wiederherzustellen, zu korrigieren oder zu beeinflussen“ (sog. Funktionsarzneimittel, § 2 Abs. 1 Nr. 2 AMG).³⁴

Entscheidendes Kriterium für die Einordnung als Präsentationsarzneimittel ist die jeweilige Produktbeschreibung durch den Händler. Zwar werden CBD-Produkte in der Regel als „Nahrungsergänzungsmittel“ präsentiert, sofern aber eine Bestimmung zur Linderung krankhafter Beschwerden – üblich etwa „gegen Depressionen & Angststörungen“, „gegen entzündliche Erkrankungen“ etc. – mit Dosierungsempfehlung beworben werden, hindert die bloße Deklaration als „Lebensmittel“ die Einstufung als Arzneimittel nicht zwingend.³⁵ Nach einem der Verfasserin vorliegenden rechtsmedizinischen Gutachten kommt eine Einstufung auch dann in Betracht, wenn die Bezeichnungszusätze „IMMUN“ oder „SLEEP“ verwendet werden, da sie pharmakologische Wirkungen suggerieren.³⁶ Zu berücksichtigen bleiben auch dann Wirkstoffanteil und Darreichungsform.

Häufiger wird jedoch das Vorliegen eines Funktionsarzneimittels in Betracht kommen. Hierfür sprechen bereits die o.g. Aufnahme des Wirkstoffs in die AMVV und die damit einhergehenden Beratungsergebnisse. Das BfArM befürwortete die Aufnahme im Hinblick auf die pharmakologischen Eigenschaften von Cannabidiol einstimmig.³⁷ Durch zahlreiche Wechselwirkungen mit biologischen Rezeptoren weise CBD anxiolytische, antipsychotische, antiemetische, neuroprotektive, antikonvulsive, sedative und antiinflammatorische Eigenschaften auf. Das beeinflusse physiologische Funktionen durch pharmakologische, immunologische oder auch metabolische Wirkungen erheblich. Die für CBD beschriebenen therapeuti-

²⁹ So hier: <https://www.cbdbluten.de/> (zuletzt abgerufen am 29.6.2020).

³⁰ S.a. Patzak, in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, § 29 BtMG Rn. 65. Dazu im Rahmen der Beurteilung eines Verbotsirrtums *OLG Zweibrücken*, BeckRS 2010, 13810.

³² BGH, BeckRS 2017, 134284, Ls. 3, für den Fall des Umgangs mit synthetischen Cannabinoiden.

³³ LG Braunschweig, 4 KLS 804 Js 26499/18 (5/19), Rn. 305 – zit. nach juris; s.a. *OLG Zweibrücken*, BeckRS 2010, 13810.

³⁴ Zur Unterscheidung s.a. Patzak/Volkmer, NSZ 2011, 498 (500).

³⁵ S.a. Sachs/Bergstedt, GRUR-Prax 2020, 202.

³⁶ So ein der Verfasserin vorliegendes Gutachten der Rechtsmedizin Erlangen v. 9.4.2020, das hier mit freundlicher Genehmigung von Prof. Dr. med. Betz und Dr. rer. nat. Schwarze, Rechtsmedizin Erlangen, Berücksichtigung finden durfte.

³⁷ https://www.bfarm.de/DE/Arzneimittel/Pharmakovigilanz/Gremien/Verschreibungspflicht/Protokolle/75Sitzung/protokoll_75.html (zuletzt abgerufen am 29.6.2020).

schen Effekte bedürften außerdem der ärztlichen Differentialdiagnose, Wechselwirkungen mit anderen Arzneimitteln seien möglich und insbesondere Nebenwirkungen nicht abschließend geklärt.³⁸ Das Bundesgesundheitsministerium stufte daher im Anschluss an die Einschätzung des BfArM Cannabidiol als Stoff ein, der bei Anwendung ohne ärztliche Überwachung die Gesundheit des Menschen auch bei bestimmungsgemäßem Gebrauch unmittelbar oder mittelbar gefährden kann.³⁹

Als zugelassenes Rezepturarzneimittel wird in Deutschland das Medikament „Ölige Cannabidiol-Lösung“ 50 mg/ml u.a. zur Behandlung von Multipler Sklerose und im Rahmen individueller Heilversuche z.B. von Schlafstörungen, Schwindel und Erbrechen eingesetzt.⁴⁰ Unter dem Namen „Epidiolex“ ist in den USA – bzw. seit September 2019 als „Epidyolex“ auch in der EU⁴¹ – zudem ein Medikament als verschreibungspflichtiges Arzneimittel für die Behandlung kindlicher Epilepsieformen zugelassen, das als einzig aktiven Wirkstoff 10 % Cannabidiol enthält (sog. Monopräparat). Als häufige Nebenwirkungen (über 10 % der Probanden) sind diesbezüglich Schläfrigkeit, Appetits- und Gewichtsverlust, Durchfall, Anstieg der Leberenzyme, Müdigkeits- und Schwächegefühl, Schlafprobleme, Ausschlag und Infektionen bekannt. Vereinzelt wurde auch von Suizidgedanken berichtet.⁴²

Im Internethandel erhältliche CBD-Lösungen erreichen oder übersteigen diese Wirkstoffgehalte häufig ohne Weiteres. Spätestens im Hinblick auf die diesbezüglich bekannten Folgen wird bei derartigen Konzentrationen von funktionalen Wirkungen im menschlichen Körper auszugehen und das Produkt als Arzneimittel i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 2 AMG einzustufen sein.⁴³ Zu berücksichtigen bleibt zudem die jeweilige Dosierungsempfehlung, insbesondere in Fällen niedrigerer Konzentrationen. Im Zweifel empfiehlt sich – jedenfalls bis zur Etablierung einer ständigen Praxis – die Einholung sachverständiger Einschätzung durch die ansässige Rechtsmedizin oder das BfArM. Ist der Anwendungsbereich eröffnet, kommt zunächst eine Strafbarkeit nach §§ 95 Abs. 1 Nr. 1, 5 AMG wegen unerlaubten Inverkehrbringens bedenklicher Arzneimittel in Frage. Da nach § 4 Abs. 17 AMG unter Inverkehrbringen bereits das Vorrätighalten zum Verkauf oder der sonstigen Abgabe, Feilhalten und Feilbieten fallen, erfüllen bereits jene Headshopbetreiber oder Internethändler den Tatbestand, die *bedenkliche* Produkte in ihren Verkaufsräumen bzw. Wohnungen zum Weiterverkauf lagern.⁴⁴

Ob die jeweiligen Produkte i.S.v. § 5 AMG bedenklich sind, also „nach dem jeweiligen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse der begründete Verdacht besteht, dass sie bei bestimmungsgemäßem Gebrauch schädliche Wirkungen haben, die über ein nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft vertretbares Maß hinausgehen“, wird im Zweifel rechtsmedizinisch oder durch eine Stellungnahme des BfArM zu klären sein. Nach den o.g. bisherigen Erkenntnissen spricht jedoch bei Produkten ab einem Wirkstoffgehalt von 10 % Cannabidiol viel dafür.⁴⁵

Daneben⁴⁶ bleibt § 95 Abs. 1 Nr. 4 AMG anwendbar, der Handel treiben und Abgabe verschreibungspflichtiger Arzneimittel unter Strafe stellt.

b) Sonderprobleme im subjektiven Tatbestand

Erwerb und Besitz sind nach dem AMG straflos. Hinsichtlich des subjektiven Tatbestandes der Verkäufer werden sich aus der Natur des CBD-Vertriebs für den Praktiker vor allem folgende Probleme stellen:

- dessen naheliegender Einwand, nicht gewusst zu haben, dass das Erzeugnis als Arzneimittel einzustufen sei,
- dessen Angabe, er habe – evtl. unter Berufung auf scheinbar seriöse Informationsquellen – im guten Glauben an die Legalität seines Tuns gehandelt,
- die Angabe, er habe in Unkenntnis der schädlichen Wirkungen gehandelt,
- die Einlassung, er sei von einem niedrigeren als dem tatsächlich enthaltenen Wirkstoffgehalt ausgegangen.

Zu Ersterem: Beim Arzneimittelbegriff handelt es sich um eine gesetzliche Begriffsbestimmung. Subsumiert der Täter ein Merkmal – hier das vertriebene Produkt – das er dem Wesen nach kennt, irrig nicht darunter, so handelt es sich um einen Subsumtionsirrtum, der den Vorsatz nicht ausschließt.⁴⁷ Möglich bleibt ein Verbotsirrtum nach § 17 StGB, der aber mangels Unvermeidbarkeit regelmäßig nicht zum Schuldabschluss, sondern allenfalls zur Straf-milderung führen wird.⁴⁸ Lediglich als vermeidbarer Verbotsirrtum beachtlich wird in der Regel auch der zweite Einwand bleiben. Dies gilt angesichts der bereits genannten verfügbaren wissenschaftlichen Informationsquellen⁴⁹ und der gesteigerten Erkundigungspflicht für Verkäufer⁵⁰

³⁸ https://www.bfarm.de/SharedDocs/Downloads/DE/Arzneimittel/Pharmakovigilanz/Gremien/Verschreibungspflicht/75Sitzung/anlage2.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 29.6.2020).

³⁹ BR-DRs. 396/16, S. 15 f.

⁴⁰ https://www.bfarm.de/SharedDocs/Downloads/DE/Arzneimittel/Pharmakovigilanz/Gremien/Verschreibungspflicht/75Sitzung/anlage2.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 29.6.2020); auf die genannten Medikamente bezieht sich bei der Beurteilung der Arzneimittel-eigenschaft auch das oben Fn. 36 angesprochene Gutachten.

⁴¹ <https://www.ema.europa.eu/en/medicines/human/EPAR/epidyolex/authorisation-details-section> (zuletzt abgerufen am 29.6.2020); s.a. *Sachs/Bergstedt*, GRUR-Prax 2020, 202.

⁴² https://www.epidiolex.com/sites/default/files/pdfs/EPIDIOLEX_Full_Prescribing_Information_04_2020.pdf (zuletzt abgerufen am 29.6.2020).

⁴³ Zu diesem Ergebnis kommt – unter Berücksichtigung der jeweiligen Dosierungsempfehlung – auch das oben Fn. 36 angesprochene Gutachten.

⁴⁴ S.a. *Patzak/Volkmer*, NSTZ 2011, 498 (502).

⁴⁵ Zur „Bedenklichkeit“ *Volkmer*, in: *Körner/Patzak/Volkmer*, BtMG, § 95 AMG Rn. 8 ff.; s.a. *BGH*, NSTZ-RR 2018, 50 (51).

⁴⁶ Zum Konkurrenzverhältnis *Volkmer*, in: *Körner/Patzak/Volkmer*, BtMG, § 95 AMG Rn. 66.

⁴⁷ *Fischer*, StGB, § 16 Rn. 13.

⁴⁸ S.a. *Patzak*, NSTZ 2011, 498 (502) zum Parallelproblem bei sog. „Legal Highs“.

⁴⁹ U.a. warnt auch die Verbraucherzentrale vor der Illegalität des Vertriebs, <https://www.verbraucherzentrale.de/wissen/lebensmittel/nahrungsergaenzungsmittel/vorsicht-bei-lebensmitteln-mit-dem-hanf-inhaltsstoff-cannabidiol-cbd-43455> (zuletzt abgerufen am 29.6.2020).

⁵⁰ S.o., III. 1. b.

spätestens seit der Aufnahme von Cannabidiol in die AMVV.

Der dritte Einwand wird im Rahmen des Merkmals der „Bedenklichkeit“, § 5 i.V.m. § 95 Abs. 1 Nr. 1 AMG, u.U. als Tatbestandsirrtum beachtlich: Nach der Rechtsprechung des *BGH* bedarf es hier zur Annahme von Vorsatz der Kenntnis aller tatsächlichen Umstände, die für die Abwägung des Verhältnisses zwischen dem bekannten Risiko und dem Nutzen von Relevanz sind. Diese muss der Täter nach einer Parallelwertung in der Laiensphäre richtig in sein Vorstellungsbild aufgenommen haben.⁵¹ Sofern der Verkäufer irrig von einer überwiegend heilenden Wirkung ausgeht, kommt die Annahme fahrlässiger Begehungsweise in Betracht, § 95 Abs. 4 StGB. Der an den Verkäufer anzulegende erhöhte Sorgfaltsmaßstab⁵² wird dann in der Regel zur Vorhersehbarkeit der Wirkungsweise und damit zur Strafbarkeit führen.

Gleiches gilt für die letztgenannte Einlassung: Geht der Verkäufer irrig von einem niedrigeren, die Arzneimitteleigenschaft nicht begründenden Wirkstoffgehalt aus als tatsächlich im Produkt enthalten, wird auch dies im Hinblick auf seine Kontrollpflichten regelmäßig vorhersehbar und vermeidbar sein. Die Strafbarkeit nach dem AMG scheitert nach diesen Maßstäben in der Regel nicht am subjektiven Tatbestand, sondern allenfalls an objektiven Merkmalen – insbesondere, wenn die vertriebenen Produkte mangels pharmakologischer Wirkung oder entsprechender Bewerbung und Darreichungsform keine Arzneimittel darstellen, sondern etwa Kosmetikprodukte oder Lebensmittel.

3. Lebensmittelrecht

Meist werden CBD-Produkte im Internet-Vertrieb ohnehin als „Nahrungsergänzungsmittel“ beworben, was nicht zwangsläufig richtig sein muss.⁵³ In Betracht kommt aber auch im zutreffenden Fall strafbares Verhalten durch Inverkehrbringen oder die Verwendung von CBD nach § 1a Abs. 1 NLV i.V.m. § 59 Abs. 3 Nr. 2 Buchst. a) LFGB.⁵⁴ Danach ist strafbar, „wer entgegen Artikel 6 Absatz 2 der Verordnung (EU) 2015/2283 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über neuartige Lebensmittel (...) ein neuartiges Lebensmittel in Verkehr bringt oder in oder auf einem Lebensmittel verwendet.“

In den EU-Mitgliedstaaten ist Lebensmittelrecht weitgehend vergemeinschaftet. Die Verkehrsfähigkeit *neuartiger* Lebensmittel wird seit Inkrafttreten zum 1. Januar 2018 maßgeblich durch die in § 1a NLV angesprochene sog. „Novel-Food-Verordnung“⁵⁵ geregelt. Neuartig sind danach Lebensmittel und Lebensmittelzutaten, die vor dem 15. Mai 1997 in der Europäischen Union noch nicht in nennenswertem Umfang für den menschlichen Verzehr verwendet wurden. Nach dem Novel-Food-Katalog der Europäischen Kommission,⁵⁶ der zwar keine rechtliche Bindungswirkung, jedoch als sog. „Guidance-Dokument“ in der Auslegungspraxis große Bedeutung hat und dem eine Indizwirkung zukommt,⁵⁷ unterfallen Cannabinoide anders als zahlreiche Hanfprodukte (z.B. Hanfsamen, Hanfsamenöl) als „neuartiges Lebensmittel“ der Verordnung, ebenso wie synthetisch gewonnene Cannabinoide.⁵⁸

Die Einordnung CBD-haltiger Lebensmittel als „neuartig“ findet in Deutschland Bestätigung sowohl durch (ober-)verwaltungsgerichtliche Entscheidungen⁵⁹ als auch das Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit. Aus dessen Sicht muss für CBD-haltige Produkte „entweder ein Antrag auf Zulassung eines Arzneimittels oder ein Antrag auf Zulassung eines neuartigen Lebensmittels gestellt werden. Im Rahmen dieser Verfahren ist die Sicherheit des Erzeugnisses vom Antragsteller zu belegen.“ Eine derartige Zulassung liegt nach Auskunft des BVL derzeit für keine bekannte Fallgestaltung (Stand März 2020) vor.⁶⁰

Ein Unternehmer, der CBD-haltige Lebensmittel in den Verkehr bringt, erfüllt damit in Deutschland derzeit stets den objektiven Tatbestand o.g. Strafvorschriften.⁶¹ Strafbar macht er sich gleichwohl nur im Falle vorsätzlichen Handelns. Die fahrlässige Begehungsweise stellt nach § 1a Abs. 2 NLV lediglich eine Ordnungswidrigkeit dar. Für einen möglichen Irrtum über die Eigenschaft des Produkts als (neuartiges) Lebensmittel gelten obige Ausführungen zur Arzneimitteleigenschaft entsprechend, wonach ein vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum nicht gegeben ist. In der Beurteilung des Einzelfalls bleiben hinsichtlich eines Verbotsirrtums in besonderem Maße sowohl die primäre Verantwortlichkeit des Unternehmers⁶² für die von ihm vertriebenen Produkte zu berücksichtigen⁶³ als auch die Existenz (ober-)verwaltungsgerichtli-

⁵¹ *BGH*, NJW 2019, 3392.

⁵² S.o., III. 1. b.

⁵³ S.o., III. 2. a.

⁵⁴ S.a. Stellungnahme d. Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages v. 22.7.2019 zur Verkehrsfähigkeit von Cannabidiol(CBD)-haltigen Lebensmitteln, <https://www.bundestag.de/resource/blob/655138/c9a79d6ee7414e9c0eb0d3e63d64236d/WD-5-065-19-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 29.6.2020).

⁵⁵ Verordnung (EU) 2015/2283 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über neuartige Lebensmittel, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 1852/2001 der Kommission. ABl. L 327 vom 11.12.2015, S. 1–22. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R2283&qid=1563291986620&from=DE> (zuletzt abgerufen am 29.6.2020).

⁵⁶ https://ec.europa.eu/food/safety/novel_food/catalogue_en (zuletzt abgerufen am 29.6.2020).

⁵⁷ *BGH*, GRUR 2015, 1140.

⁵⁸ Hierzu auch *Kiefer*, ZLR 2020, 158 (163).

⁵⁹ Siehe nur *VGH Mannheim*, BeckRS 2019, 26769; *OVG Lüneburg*, BeckRS 2019, 32302, jeweils m.w.N.

⁶⁰ https://www.bvl.bund.de/DE/Arbeitsbereiche/01_Lebensmittel/04_AntragstellerUnternehmen/13_FAQ/FAQ_Hanf_THC_CBD/FAQ_Cannabidiol_node.html (zuletzt abgerufen am 29.6.2020).

⁶¹ Zu diesem Ergebnis kommt – mit krit. Anmerkungen – auch *Kiefer*, ZLR 2020, 158 (169).

⁶² Hierzu *LG Braunschweig*, 4 KLs 804 Js 26499/18 (5/19), Rn. 305 – zit. nach juris.

⁶³ So auch Stellungnahme d. BVL v. 20.3.2019, s.o.

cher Rechtsprechung, Leitfäden und Handlungsempfehlungen auf nationaler⁶⁴ und europäischer Ebene. Schuld-ausschließende Unvermeidbarkeit dürfte damit nur in seltensten Fällen vorliegen.

IV. Rechtspolitischer Handlungsbedarf

Fallgestaltungen, in denen der Vertrieb von CBD-Produkten tatsächlich, wie in der Regel vom Händler behauptet, „vollkommen legal“ ist, dürften nach alledem selten sein. Gleichwohl ergeben sich in der Praxis derzeit Unsicherheiten, die nicht nur auf mangelnder Strafrechtsprechung zu CBD-Fallgestaltungen beruhen. Ausgangspunkt von Missverständnissen ist zumindest für (auch) THC-haltige Produkte⁶⁵ die unscharfe Formulierung in Anlage I zu § 1 BtMG, auf welche sich insbesondere Internetanbieter gerne berufen: Zur grundsätzlichen Erlaubnispflicht für den Umgang mit Cannabis formuliert das Gesetz in lit. b eine Ausnahme für Produkte, wenn deren „Gehalt an Tetrahydrocannabinol 0,2 Prozent nicht übersteigt und der Verkehr mit ihnen (ausgenommen der Anbau) ausschließlich gewerblichen oder wissenschaftlichen Zwecken dient, die einen Missbrauch zu Rauschzwecken ausschließen“.

Dass ein solcher Ausschluss des „Missbrauchs zu Rauschzwecken“ nicht nur beim Unternehmer, sondern auch beim Endverbraucher vorliegen muss und damit für zum Konsum gedachte THC-haltige Produkte nicht gegeben ist, leuchtet im Hinblick auf Gesetzesgenese und -zweck ein,⁶⁶ ist aber aus dem Wortlaut nicht ohne Weiteres ersichtlich. Die derzeitige Formulierung erleichtert Anbietern die Berufung auf legales Handeln und führt beim (wohl größtenteils unkritischen) Kundenkreis zu falschen Annahmen. Abhilfe könnte eine gesetzliche Präzisierung schaffen, die die zustimmungswürdige ständige Rechtsprechung eindeutig aufnimmt.

Denkbar wäre etwa folgende Ergänzung:

...ausschließlich gewerblichen oder wissenschaftlichen Zwecken dient, die einen Missbrauch zu Rauschzwecken insbesondere durch deren Verbrauch ausschließen.

Damit ließe sich zumindest im Bereich des Vertriebs niedriggehaltiger THC-Produkte eine Lücke eindeutig schließen. Im Übrigen – insbesondere auf dem Gebiet des Arzneimittelrechts – ist zunächst weiterhin die Rechtsprechung gefragt.

V. Fazit

Nach dem BtMG verboten sind sowohl Verkauf als auch Erwerb zum Konsum durch Endverbraucher bestimmter THC-haltiger Produkte oder solcher, die Teile der Cannabispflanze enthalten – und zwar unabhängig von der jeweiligen Konzentration. Für sonstige Produkte bleiben Arzneimittel- und Lebensmitteleigenschaft zu prüfen. Erstere dürfen von privaten Unternehmern unter keinen Umständen abgegeben werden, für Letztere kann, um die Legalität des Vertriebs zumindest zukünftig zu sichern, ein Genehmigungsverfahren nach der Novel-Food-Verordnung durchgeführt werden.⁶⁷ Für den Strafrechtspraktiker bedeutet dies, dass in Fällen des Vertriebs CBD-haltiger Produkte häufig zumindest ein Anfangsverdacht strafbaren Handelns besteht und Eingriffsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren gegen den Händler, insbesondere Durchsuchungen und Beschlagnahmen, in der Regel gerechtfertigt sein dürften.

Wie die Strafrechtspraxis im Übrigen künftig in der Handhabung des CBD-Marktes verfährt, bleibt abzuwarten. Die Herbeiführung insbesondere obergerichtlicher Rechtsprechung und deren Veröffentlichung ist dabei nur wünschenswert.

⁶⁴ Z.B. die Informationsseite d. BVL, https://www.bvl.bund.de/DE/Arbeitsbereiche/01_Lebensmittel/04_AntragstellerUnternehmen/13_FAQ/FAQ_Hanf_THC_CBD/FAQ_Cannabidiol_node.html (zuletzt abgerufen am 29.6.2020).

⁶⁵ S.o., III. 1. a. aa f.

⁶⁶ S.o., III. 1. a. aa.

⁶⁷ Eingehender hierzu *Kiefer*, ZLR 2020, 158 (161 f).