

Völker- und europarechtliche Grenzen einer Cannabis-Legalisierung in Deutschland

Rechtsgutachten für die Bayerische Staatsregierung

Stand: 23. Februar 2023

Prof. Dr. Bernhard W. Wegener, M.A. (Brügge), Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

I. Inhaltsverzeichnis:

I.	Inhaltsverzeichnis	2
II.	Zusammenfassung	4
III.	Vorbemerkung	6
IV.	Rechtliche Zweifel an der Cannabis-Legalisierung	7
	A. Pläne der Bundesregierung	7
	B. Europaweit weitgehendstes Legalisierungsvorhaben	7
	C. Rechtliche Unsicherheit der Bundesregierung	9
	D. Völkerrechtliche Verpflichtungen zur Cannabisprohibition in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	11
	E. Rechtliche Bedenken gegenüber der Cannabis-Legalisierung in der Literatur	12
V.	Völkerrechtliche Grenzen einer Cannabis-Legalisierung	14
	A. Einheits-Übereinkommen über Suchtstoffe 1961	15
	1. Beschränkung und Kriminalisierung	15
	2. Cannabis als Droge im Sinne des Einheits-Übereinkommens	18
	B. UN-Übereinkommen über psychotrope Stoffe	20
	C. UN-Übereinkommen gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen	22
	D. Rechtsauffassung der UN-Organe	23
	1. Die UN-Organe	24
	2. Rechtsauffassung zur Cannabis-Legalisierung	24
VI.	Europarechtliche Grenzen einer Cannabis-Legalisierung	26
	A. Das Schengener Durchführungsübereinkommen	26
	B. Rahmenbeschluss zum Drogenhandel	27
VII.	Untaugliche rechtliche Ansätze zu einer umfassenden Cannabis-Legalisierung ..	30
	A. (Änderungs)-Kündigung der völkerrechtlichen Abkommen	30
	1. Völkerrechtliche und diplomatische Risiken	31
	2. Völkerrechtliche Kündigung und Europarecht	31
	B. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung?	33
	1. Textliche Anknüpfung	33
	2. Potentielle Entkriminalisierung nur des persönlichen Verbrauchs	34
	3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung nach dem Grundgesetz?	37
	a) Der Cannabis-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts	37
	b) Verfassungsrechtliche Neubewertung?	38
	4. Verfassungsvorbehalt und Europarecht	40

C. Europarechtliche Rechtfertigung durch gesetzliche Erlaubnis?	44
D. Cannabis-Produktion und -Handel als Element der Drogenbekämpfung?	47
VIII. Rechtsschutzmöglichkeiten der Bayerischen Landesregierung	50
A. Verfahren der abstrakten Normenkontrolle	50
1. Prüfungsmaßstab Europarecht?	50
2. Prüfungsmaßstab Völkerrecht?	52
B. Klärung durch den Europäischen Gerichtshof.....	52

II. Zusammenfassung

1. Die von der Bundesregierung geplante Cannabis-Legalisierung widerspricht in weiten Teilen völker- und europarechtlichen Vorgaben.
2. Die geplante Cannabis-Legalisierung widerspricht nahezu vollständig den einschlägigen UN-Übereinkommen zur Drogenbekämpfung, die ein weitgehendes Verbot auch von Cannabis vorschreiben.
3. Ausgenommen von den umfassenden Kriminalisierungsverpflichtungen aus den UN-Übereinkommen ist lediglich der Gebrauch von Cannabis zu wissenschaftlichen und medizinischen Zwecken in einem engen Sinne.
4. Alle anderen Umgangsformen, insbesondere der kommerzielle Anbau, der Handel, der Im- und Export, der Verkauf und Kauf, der Besitz und der Konsum von Cannabis, sind nach den klaren und unmissverständlichen Vorgaben der UN-Übereinkommen zu verbieten.
5. Die UN-Drogenkontrollorgane bewerten eine umfassende Cannabis-Legalisierung der von der Bundesregierung geplanten Art in ständiger Entscheidungspraxis als vertragswidrigen Verstoß gegen die UN-Übereinkommen zur Drogenbekämpfung.
6. Der von einer Minderheit in der Literatur als Weg zur umfassenden Cannabis-Legalisierung bezeichnete „Verfassungsvorbehalt“ erlaubt die geplante Cannabis-Legalisierung nicht. Er bezieht sich allein auf die Möglichkeit einer Entkriminalisierung des persönlichen Konsums und der zu seinem Zweck dienenden unmittelbaren Vorbereitungshandlungen. Die Schaffung eines umfassenden Systems staatlich organisierter oder lizenzierter Bereitstellung von Cannabis ist damit nicht vereinbar. Auch eine Entkriminalisierung des persönlichen Konsums und Anbaus von Cannabis setzte aus völkerrechtlicher Sicht eine veränderte Verfassungsrechtslage in Deutschland und Europa voraus.
7. Die von der Bundesregierung geplante umfassende Cannabis-Legalisierung ließe sich völkerrechtskonform allein im Wege einer (Änderungs)-Kündigung der UN-Übereinkommen zur Drogenbekämpfung umsetzen. Dieser rechtlich und rechtspolitisch anspruchsvolle Weg wird dadurch weiter erschwert, dass auch die Europäische Union als solche Vertragspartei eines der zentralen UN-Übereinkommen zur Drogenbekämpfung ist. Auch die Europäische Union als solche müsste

deshalb von Deutschland zu einer entsprechenden (Änderungs)-Kündigung bewegt werden.

8. Alle anderen EU-Mitgliedstaaten haben vor diesem Hintergrund bislang – ungeachtet teils gegenläufiger politischer Überzeugungen – gerade wegen ihrer Unvereinbarkeit mit den völker- und europarechtlichen Vorgaben bewusst auf eine umfassende Legalisierung, insbesondere des Handels mit Cannabis, verzichtet.
9. Jenseits der – ihrerseits auch für die Union verbindlichen – völkerrechtlichen Verbotsvorgaben steht auch das Recht der Europäischen Union als solches der geplanten umfassenden Cannabis-Legalisierung entgegen. Unzulässig sind danach insbesondere der geplante staatliche oder staatlich lizenzierte Handel, Anbau und Verkauf von Cannabis zu anderen als wissenschaftlichen oder medizinischen Zwecken.
10. Lediglich die Frage einer Entkriminalisierung des privaten Konsums und des unmittelbar auf diesen persönlichen Konsum gerichteten privaten Anbaus wird vom EU-Recht als solchem nicht erfasst.
11. Nach derzeitigem Stand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erscheint ein Antrag auf Abstrakte Normenkontrolle gegen ein eventuelles Cannabis-Legalisierungsgesetz des Bundes trotz dessen Völker- und Europarechtswidrigkeit wenig aussichtsreich. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist Prüfungsmaßstab insoweit allein die Vereinbarkeit der angegriffenen Vorschriften mit dem Verfassungsrecht, nicht aber mit dem Völker- und/oder Europarecht. Eine diesbezügliche Veränderung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erscheint auch vor dem Hintergrund der jüngeren Rechtsprechung („Recht auf Vergessen“-Entscheidungen) unwahrscheinlich.
12. Die Bayerische Landesregierung hätte aber die Gelegenheit, eine höchstrichterliche Klärung der Unvereinbarkeit einer bundesrechtlichen Cannabis-Legalisierung mit dem Völker- und Europarecht vor dem EuGH herbeizuführen, in dem sie die Zulassung des kommerziellen Verkaufs von Cannabis zu Zwecken des Freizeitkonsums in Bayern unter Hinweis auf dessen völker- und europarechtliche Unzulässigkeit verweigerte. Unionsrechtlich ist die Bayerische Landesregierung zu einem entsprechenden Vorgehen nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet.

III. Vorbemerkung

Diese Studie beschränkt sich auf eine rechtliche Analyse der völker- und europarechtlichen Möglichkeiten und Grenzen der von der Bundesregierung geplanten Cannabis-Legalisierung.

Politische, medizinische, kriminologische und soziologische Aspekte des richtigen Umgangs mit Cannabis bleiben damit außer Betrachtung, soweit sie nicht ihrerseits unmittelbare Rückwirkungen auf die rechtliche Analyse haben können.

Soweit die Studie rechtliche Möglichkeiten und Grenzen der Cannabis-Legalisierung aufzeigt, verbindet sich damit deshalb keine inhaltliche Aussage zu den grundsätzlichen Fragen nach der „richtigen“ Drogenpolitik, genauer nach dem gesellschaftlich und regulatorisch besten Umgang mit Cannabis. Der Studie kann deshalb jenseits der Fragen nach der derzeitigen völker- und europarechtlichen Legalität kein Plädoyer weder für einen betont prohibitiven, noch für einen die rechtlichen Möglichkeiten ausschöpfenden permissiven staatlichen und unionalen Umgang mit Cannabis entnommen werden.

IV. Rechtliche Zweifel an der Cannabis-Legalisierung

Die Bundesregierung beabsichtigt eine weitgehende Cannabis-Legalisierung. Sie will damit einer entsprechenden Vereinbarung im Koalitionsvertrag der Ampel-Koalition nachkommen.¹

A. Pläne der Bundesregierung

Die einzelnen Elemente der geplanten Legalisierung hat die Bundesregierung in einem entsprechenden Eckpunktepapier skizziert.² Danach sollen Cannabis und Tetrahydrocannabinol (THC) künftig nicht mehr als Betäubungsmittel eingestuft werden. Die Produktion, die Lieferung und der Vertrieb von Cannabis sollen innerhalb eines lizenzierten und staatlich kontrollierten Rahmens zugelassen werden. Der Erwerb und der Besitz bis zu einer Höchstmenge von 20 bis 30 Gramm „Genusscannabis“ sollen zum Eigenkonsum im privaten und öffentlichen Raum straffrei werden. Privater Eigenanbau soll in begrenztem Umfang erlaubt werden.

B. Europaweit weitgehendstes Legalisierungsvorhaben

Die Bundesregierung hat sich damit bewusst für eine auch im internationalen Vergleich besonders weitgehende Cannabis-Legalisierung entschieden. Unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Union ist das von ihr angestrebte Legalisierungsvorhaben das mit deutlichem Abstand umfangreichste und weitgehendste. Die in manchen anderen Mitgliedstaaten der Union, etwa in den Niederlanden, in Luxemburg, Malta und Portugal³, bis heute zu beobachtenden Veränderungen im rechtlichen Umgang mit dem Cannabiskonsum bleiben hinter dem von der Bundesregierung entwickelten Legalisierungsprogramm sehr deutlich zurück. Das erscheint auch deshalb bemerkenswert, weil, soweit erkennbar,

¹ „Mehr Fortschritt wagen“, Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis90/Die Grünen und FDP, S. 68: „Wir führen die kontrollierte Abgabe von Cannabis an Erwachsene zu Genusszwecken in lizenzierten Geschäften ein.“

² Eckpunktepapier der Bundesregierung, 2022, S. 3, https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/C/Kabinetttvorlage_Eckpunktepapier_Abgabe_Cannabis.pdf.

³ Auch Portugal ist Vertragspartei der UN-Übereinkommen zur Drogenbekämpfung, verfolgt aber schon seit Ende der 1990er-Jahre einen dezidiert gesundheitspolitischen Ansatz. Portugal hat im Zuge dessen den Eigenkonsum aller Drogen entkriminalisiert, aber nicht legalisiert. Näher zur portugiesischen Drogenpolitik: *Rego/Oliveira/Lameira/Cruz*, 20 years of Portuguese drug policy – developments, challenges and the quest for human rights, 2021, S. 6 ff., <https://substanceabusepolicy.biomedcentral.com/articles/10.1186/s13011-021-00394-7>.

alle anderen EU-Mitgliedstaaten in der Vergangenheit gerade unter Hinweis auf das entgegenstehende internationale und europäische Recht weitergehende Legalisierungsschritte für rechtlich unzulässig angesehen haben.⁴

Eben wegen dieser rechtlichen Grenzen haben etwa die Niederlande bislang auf eine förmliche Cannabis-Legalisierung verzichtet.⁵ Die Abgabe und der Konsum kleiner Mengen Cannabis für den Privatgebrauch werden zwar polizeilich nicht verfolgt.⁶ Es handelt sich insoweit aber lediglich um eine staatliche Opportunitätsentscheidung. Auch die liberal-grün-sozialdemokratische luxemburgische Regierungskoalition hat wegen rechtlicher Bedenken auf ihre ursprünglich umfassenden Legalisierungspläne verzichtet und einen deutlich restriktiveren Gesetzentwurf⁷ vorgelegt, der nurmehr eine Entkriminalisierung des privaten Konsums und eines beschränkten privaten Anbaus vorsieht. Ein ähnliches Konzept verfolgt auch Malta.⁸ Auch in Italien haben sich Tendenzen zu einer umfassenden Legalisierung von Cannabis gerade wegen des entgegenstehenden internationalen und europäischen Rechts bislang nicht durchsetzen können. So hat zwar einerseits der italienische Kassationsgerichtshof Ende 2019 entschieden, dass der Eigenanbau kleiner Mengen Cannabis für den persönlichen Konsum straffrei sei.⁹ Zugleich hat aber 2022 das italienische Verfassungsgericht Forderungen nach einem Referendum zur Legalisierung

⁴ Auch Kanada hat hinsichtlich der eigenen Cannabis-Legalisierung, die den Plänen der Bundesregierung inhaltlich weitgehend entspricht, offen eingeräumt, dass sie mit den rechtlichen Bestimmungen des UN-Drogenbekämpfungsrechts nicht zu vereinbaren ist. Vgl. die entsprechende Stellungnahme Kanadas Außenministerin *Chrystia Freeland*, The Standing Committee on Foreign Affairs and International Trade (AEFA), Evidence, Ottawa, May 1, 2018, <https://sencanada.ca/en/Content/Sen/Committee/421/AEFA/54008-e>: “our government recognizes that this proposed approach of legalizing, restricting and strictly restricting cannabis will result in Canada contravening certain obligations related to cannabis under the three UN drug conventions: the Single Convention on Narcotic Drugs, 1961; the 1971 Convention on Psychotropic Substances and the 1988 United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances”. Zur kanadischen Entwicklung auch: *Habibi/Hoffman*, *Legalizing Cannabis Violates the UN Drug Control Treaties, but Progressive Countries Like Canada Have Options*, *Ottawa Law Review* (49) 2018, 427 ff.

⁵ Zur Strafbarkeit, vgl. Wet van 12 mei 1928, tot vaststelling van bepalingen betreffende het opium en andere verdoovende middelen (Opiumwet), in niederländischer Sprache abrufbar unter <https://wetten.overheid.nl/BWBR0001941/2022-07-01>. Die verschiedenen Substanzen werden in zwei Listen aufgeführt. Liste I enthält die als gefährlicher eingestuft harten Drogen wie Kokain, während Liste II die als weniger gefährlich angesehenen Substanzen (weiche Drogen) wie Cannabis aufführt.

⁶ Vgl. hierzu Informationen der niederländischen Regierung zur Drogenpolitik, in englischer Sprache abrufbar unter <https://www.government.nl/topics/drugs/toleration-policy-regarding-soft-drugs-and-coffee-shops>.

⁷ Gesetzentwurf Nr. 8033, <https://gouvernement.lu/dam-assets/documents/actualites/2022/06-juin/14-tan-son-lutte-toxicomanie/apl-cannabis-version-finale-062022.pdf>.

⁸ Vgl. Gesetz v. 18.12.2021: Act to establish the Authority on the Responsible Use of Cannabis and to amend various laws relating to certain cannabis activities (Authority on the Responsible Use of Cannabis Act, 2021), <https://parlament.mt/media/113703/bill-241-authority-on-the-responsible-use-of-cannabis-bill.pdf>.

⁹ Sezioni Unite, sentenza v. 19.12.2019, <https://www.nytimes.com/2019/12/27/world/europe/italy-marijuana-growing-cannabis.html>.

des Drogenanbaus in Italien unter Hinweis auf die entgegenstehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen Italiens als unzulässig zurückgewiesen.¹⁰

C. Rechtliche Unsicherheit der Bundesregierung

Schon der 2015 in den Bundestag eingebrachte und seinerzeit gescheiterte Entwurf der Bundestagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen für ein Cannabiskontrollgesetz, der dem aktuellen Legalisierungsvorhaben der Bundesregierung in vielerlei Hinsicht als Blaupause dient,¹¹ ging in seiner Begründung von einer Unvereinbarkeit der angestrebten Cannabis-Legalisierung jedenfalls mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands aus.¹² Er schlug deshalb vor, dass die Bundesrepublik die entsprechenden völkerrechtlichen Verbotsabkommen kündigen und anschließend mit einem auf Cannabis bezogenen Vorbehalt wieder beitreten sollte. Auch hinsichtlich der Vereinbarkeit mit europarechtlichen Bestimmungen verwies die Entwurfsbegründung auf gewisse Zweifel, die allerdings im Ergebnis für unbegründet oder überwindbar angesehen wurden.¹³

Ob und ggfs. inwieweit die von ihr skizzierten Legalisierungsabsichten mit völkerrechtlichen und europarechtlichen Vorgaben vereinbar sind, ist nach eigener Aussage auch derzeit der Bundesregierung noch unklar.¹⁴ Sie hat deshalb schon ihr Eckpunktepapier

¹⁰ Corte Costituzionale, Sentenza 51/2022 v. 16.2.2022, https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_3763461/en/. Vgl. dazu auch <https://www.spiegel.de/ausland/cannabis-in-italien-referendum-ueber-legalisierung-des-cannabisanbaus-abgelehnt-a-760dc8a2-5dc7-4968-85bd-97916d17f04d>.

¹¹ In dieser Einschätzung ebenso: *Lichtenthäler/Oğlakcioğlu/Sobota*, „Wenn die Ampel auf Grün schaltet...“: Neuralgische Punkte einer Cannabisfreigabe, NK 2022, 228 ff. mit weiteren kritischen Anm. zum Gesetzentwurf.

¹² Entwurf eines Cannabiskontrollgesetzes, BT-Drs. 18/4204 v. 4.3.2015, S. 44: „Es bestehen jedoch kaum Zweifel, dass ein System wie das des Cannabiskontrollgesetzes, das die Abgabe von Cannabis in zugelassenen Verkaufsstellen zum Konsum als Genussmittel Erwachsener ermöglicht, zum jetzigen Zeitpunkt nicht mit dem internationalen Verbotsregime vereinbar ist.“ Der Gesetzentwurf wurde 2018 in unveränderter Form und mit gleicher Begründung erneut eingebracht, vgl. BT-Drs. 19/819 v. 20.2.2018. Vgl. im Übrigen auch die Anträge von FDP („Cannabis – Modellprojekte stärken“, BT-Drs. 19/515) und der „Linken“ („Gesundheitsschutz statt Strafverfolgung“, BT-Drs. 19/832).

¹³ Entwurf eines Cannabiskontrollgesetzes, BT-Drs. 18/4204 v. 4.3.2015, S. 45 f.: „voraussichtlich nicht im Wege stehen“.

¹⁴ Vgl. auch Antwort der Bundesregierung v. 15.8.2022 auf die Kleine Anfrage der Fraktion der CDU/CSU, BT-Drs. 20/3121: „Die mit dem Vorhaben verbundenen völker- und europarechtlichen Fragestellungen sind ein wichtiger Bestandteil der Beratungen.“

der EU-Kommission „zur Prüfung mit dem geltenden Völker- und Europarecht“ vorgelegt.¹⁵ Für einen späteren Gesetzentwurf hat sie eine Notifizierung bei der EU-Kommission angekündigt.¹⁶

Anders als noch der Grünen-Entwurf für ein Cannabiskontrollgesetz, geht die Bundesregierung aber offenbar davon aus, die völkerrechtlichen Hürden auch ohne eine Änderungskündigung der entsprechenden UN-Übereinkommen zur Drogenbekämpfung umgehen zu können. Im Eckpunktepapier heißt es insoweit, die Bundesregierung werde bei der Umsetzung des Koalitionsvorhabens dessen völker- und europarechtlichen Rahmen „berücksichtigen“ und „dazu u.a. bezüglich der bestehenden völkerrechtlichen Abkommen eine Interpretationserklärung“ abgeben: „Vor diesem Hintergrund präferiert die Bundesregierung die Option, eine Interpretationserklärung gegenüber den übrigen Vertragsparteien der internationalen Übereinkommen und den internationalen Drogenkontrollgremien abzugeben, nach welcher sie diese Umsetzung des Koalitionsvertrages – unter bestimmten engen Voraussetzungen staatlicher Reglementierung und Verbesserung der Standards in den Bereichen Gesundheits- und Jugendschutz sowie Bekämpfung des illegalen Drogenhandels – als mit dem Zweck und den rechtlichen Vorgaben der Übereinkommen vereinbar erklärt.“¹⁷

Inwieweit diese einseitige „Interpretationserklärung“ die völkervertraglichen Verpflichtungen Deutschlands zur Drogenbekämpfung tatsächlich zu relativieren vermag, scheint aber auch der Bundesregierung zweifelhaft zu sein. Betont vage spricht sie insoweit davon, der völker- und europarechtliche Rahmen biete „begrenzte Optionen, das Koalitionsvorhaben umzusetzen“. „Alle Wege zur Umsetzung des Koalitionsvertrages“ seien „mit unterschiedlichen völker- und europarechtlichen Risiken verbunden, die die Bundesregierung geprüft und bewertet“ habe.¹⁸

¹⁵ Bundesgesundheitsminister *Karl Lauterbach*, Stellungnahme v. 26.10.2022, <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/ministerium/meldungen/kontrollierte-abgabe-von-cannabis-eckpunktepapier-der-bundesregierung-liegt-vor.html>.

¹⁶ Bundesministerium für Gesundheit, Stellungnahme v. 26.10.2022, <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/ministerium/meldungen/kontrollierte-abgabe-von-cannabis-eckpunktepapier-der-bundesregierung-liegt-vor.html>.

¹⁷ Eckpunktepapier der Bundesregierung, 2022, S. 3, https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/C/Kabinetttvorlage_Eckpunktepapier_Abgabe_Cannabis.pdf. Entschieden kritisch zur Untauglichkeit dieses Ansatzes *Jelsma*, German cannabis regulation on thin ice – The government’s risky approach to international legal obstacles puts the entire project in jeopardy, 2022, <https://www.tni.org/en/article/german-cannabis-regulation-on-thin-ice>.

¹⁸ Eckpunktepapier der Bundesregierung, 2022, S. 3 f., https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/C/Kabinetttvorlage_Eckpunktepapier_Abgabe_Cannabis.pdf.

D. Völkerrechtliche Verpflichtungen zur Cannabisprohibition in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Auch das Bundesverfassungsgericht ging 1994 (wie auch die seinerzeitige Bundesregierung¹⁹) in seiner Entscheidung zur grundsätzlichen Verfassungskonformität des strafrechtlich sanktionierten Cannabis-Verbots davon aus, dass dieses Verbot einer völkervertragsrechtlich übernommenen Verpflichtung der Bundesrepublik entspreche. Deutschland habe sich durch das Zustimmungsgesetz zum Suchtstoffübereinkommen von 1988 (IT 1988) und dessen nachfolgende Ratifikation die Gefahreneinschätzung der Vereinten Nationen auch hinsichtlich des Umgangs mit Cannabis zu eigen gemacht „und ihrer dabei übernommenen Verpflichtung zur strafbewehrten Bekämpfung des Umgangs mit Betäubungsmitteln zugrunde gelegt.“ Im Lichte dieser Abkommen stelle „sich das Betäubungsmittelgesetz zugleich als der Beitrag der Bundesrepublik Deutschland zur internationalen Kontrolle der Suchtstoffe und psychotropen Stoffe, zur Kontrolle des Umgangs mit diesen Stoffen sowie zur Bekämpfung des illegalen Drogenmarktes und der an ihm beteiligten kriminellen Organisationen dar, die ein gemeinsames Anliegen der in den Vereinten Nationen zusammengeschlossenen Staatengemeinschaft“ seien „und nach deren übereinstimmenden Überzeugung nur im Wege einer Zusammenarbeit der Staaten mit Aussicht auf Erfolg ins Werk gesetzt werden“ könnten.²⁰

¹⁹ Das Bundesverfassungsgericht zitierte die von dem seinerzeitigen Bundesgesundheitsminister namens der Bundesregierung im Cannabis-Verfahren abgegebene Stellungnahme wie folgt: „Die von der Bundesrepublik Deutschland ratifizierten Übereinkommen der Vereinten Nationen über Suchtstoffe und psychotrope Stoffe sowie das sich im Ratifizierungsverfahren befindliche Wiener Suchtstoffabkommen von 1988 begründeten die Verpflichtung der Vertragsstaaten, den unerlaubten Besitz und Gebrauch von und den Handel mit Drogen zu sanktionieren. Hiervon würden auch die Cannabisprodukte erfaßt. Auch das Schengener Zusatzübereinkommen verpflichtete die Mitgliedstaaten zu strafrechtlichen Sanktionen gegen unerlaubten Rauschgifthandel, -besitz und -gebrauch, insbesondere auch bei Cannabisprodukten. Eine Legalisierung von weichen Drogen widerspräche daher internationalem Recht.“, BVerfG, Beschluss v. 9.3.1994, 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR 2031/92, Cannabis, Rn. 91.

²⁰ BVerfG, Beschluss v. 9.3.1994, 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR 2031/92, Cannabis, Rn. 127.

E. Rechtliche Bedenken gegenüber der Cannabis-Legalisierung in der Literatur

Zweifel an der Vereinbarkeit einer weitreichenden Cannabis-Legalisierung mit dem Völker- und Europarecht sind schließlich auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur weit verbreitet.²¹ Dies gilt selbst für solche Autoren, die dem Gedanken einer Entkriminalisierung des Cannabiskonsums oder weitergehenden Legalisierungsschritten aufgeschlossen gegenüberstehen.²² Hingewiesen werden kann insoweit auch auf Erfahrungen der luxemburgischen Regierungskoalition, die wie die deutsche Ampelkoalition mit dem Versprechen einer weitgehenden Legalisierung des Handels mit Cannabis angetreten war, diese Pläne allerdings inzwischen unter Hinweis auf entgegenstehendes europäisches Recht drastisch zurückgeschnitten hat.²³ Auch in den Niederlanden hat eine von der Regierung in Auftrag gegebene Studie schon früh die Unvereinbarkeit einer weitgehenden Cannabis-Legalisierung mit internationalem und europäischem Recht aufgezeigt.²⁴

²¹ *Homberg/Goetz*, Kurzgutachten betreffend rechtliche Hürden bei der Versorgung des deutschen Marktes mit Cannabis zu Genusszwecken, Dentons Rechtsanwälte, 13.9.2022; *Homberg*, Geplante Cannabis-Legalisierung – Zwischen Wunschdenken und Rechtsrealität, LTO, 26.9.2022, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/cannabis-legalisierung-voelkerrecht-un-uebereinkommen-europarecht-schengen-vertragsverletzung/>; *Scoville*, Does the Legalization of Marijuana violate international law?, Marquette University Law School Faculty Blog, 24.10.2014, <https://law.marquette.edu/facultyblog/2014/10/does-the-legalization-of-marijuana-violate-international-law/>.

²² *Bewley-Taylor*, Politics and finite Flexibilities: The UN Drug Control Conventions and their future Development, *AJIL Unbound* (114), 2020, 285 ff.; *Bewley-Taylor/Jelsma*, The UN drug control conventions – The Limits of Latitude, *tni.org*, 2012, <https://www.tni.org/files/download/dlr18.pdf>; *Jelsma*, German cannabis regulation on thin ice – The government’s risky approach to international legal obstacles puts the entire project in jeopardy, 2022, <https://www.tni.org/en/article/german-cannabis-regulation-on-thin-ice>; *Hofmann*, Das Cannabis-Dilemma – Rechtliche Hürden der Cannabis-Legalisierung in Deutschland und Europa, *VerfBlog*, 23.11.2021, <https://verfassungsblog.de/das-cannabis-dilemma/>; *ders.*, Welche Probleme das Cannabiskontrollgesetz lösen muss - Deutschlands Cannabis-Dilemma Teil 2, *VerfBlog*, 15.7.2022, <https://verfassungsblog.de/cannabis-2/>; *ders.*, Cannabis Legalization in Germany – The Final Blow to European Drug Prohibition?, *European Law Blog*, 11.1.2022, <https://europeanlawblog.eu/2022/01/11/cannabis-legalization-ingermany-the-final-blow-to-european-drug-prohibition/>; *ders.*, Deutschlands Cannabis-Dilemma, *ZIS* 2022, S. 191 ff.; *Scheerer*, Cannabis als Genussmittel?, *ZRP* 1996, 187 ff.; *Walsh*, Can Cannabis be regulated in accord with International Law?, Washington Office on Latin America (WOLA), online analysis, 14.11.2018, <https://www.wola.org/analysis/cannabis-regulated-accord-international-law/>. Für eine EU-weite Lösung: *Fijnaut*, Legalisation of Cannabis in some American States, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 22 (2014) 207 ff. Kritisch zur Legalität staatlichen oder lizenzierten Anbaus und Handels: *Fijnaut/De Ruyver*, The Third Way – A Plea for a Balanced Cannabis Policy, 2015, 205: „Without any doubt the establishment of such a system is in conflict with the drug treaties of the United Nations and with European law.“

²³ <https://www.nzz.ch/international/luxemburg-laesst-die-kiffer-in-ruhe-ld.1651962>.

²⁴ *van Kempen/Fedorova*, International Law and Cannabis I: Regulation of Cannabis Cultivation for Recreational Use under the UN Narcotic Drugs Conventions and the EU Legal Instruments in Anti-Drugs Policy, 2019, <https://www.cambridge.org/core/books/international-law-and-cannabis-i/F0D2A2A07FC311DAB48499DA9DCC8125>; diese englischsprachige Veröffentlichung geht zurück auf die entsprechende niederländische Studie aus dem Jahr 2014. Zum gleichen Ergebnis kam auch schon eine ältere niederländische Studie des Asser-Instituts: T.M.C. Asser Instituut, Experimenteren met het Gedogen van de Teelt van Cannabis ten Behoeve van de Bevoorrading van Coffeeshops – Internationaal rechtelijke

Vor allem in der deutschen Debatte finden sich ungeachtet dessen aber auch Stimmen, die Wege einer völker- und europarechtskonformen Cannabis-Legalisierung aufzuzeigen suchen bzw. einen entsprechenden Normenkonflikt grundsätzlich in Abrede stellen.²⁵

en Europees rechtelijke aspecten, Den Haag: 2005. *Van Kempen/Federova* haben allerdings zwischenzeitlich die Ergebnisse ihrer ursprünglichen ersten Studie in einer zweiten menschenrechtlich ausgerichteten Studie zu relativieren versucht. Dabei bleiben aber wegen des stark politologischen Ansatzes der zweiten Studie die genauen rechtlichen Voraussetzungen und die Reichweite dieser Relativierungen eher unbestimmt; vgl. *van Kempen/Fedorova*, *International Law and Cannabis II: Regulation of Cannabis Cultivation and Trade for Recreational Use: Positive Human Rights Obligations versus UN Narcotic Drugs Conventions*, 2019, <https://www.cambridge.org/core/books/international-law-and-cannabis-ii/A856A0CE847E8ADAAEA19F760191FDBE>.

²⁵ *Ambos*, Zur völkerrechtlichen Zulässigkeit der Cannabis-Entkriminalisierung, *VerfBlog*, 20.5.2022, <https://verfassungsblog.de/zur-volkerrechtlichen-zulassigkeit-der-cannabis-entkriminalisierung/>; *ders.*, Nochmals: Cannabis-Entkriminalisierung und Europarecht, *VerfBlog*, 25.7.2022, <https://verfassungsblog.de/nochmals-cannabis-entkriminalisierung-und-europarecht/>; *ders.*, Neun Seiten Substanzlosigkeit – Die Stellungnahme des „Fachbereich Europa“ des Bundestags zu EU-Recht und Cannabis-Legalisierung, *VerfBlog*, 13.9.2022, <https://verfassungsblog.de/neun-seiten-substanzlosigkeit/>; *Steinke*, Die EU versucht, die Deutschen für dumm zu verkaufen, *SZ* v. 23.12.2022, <https://www.sueddeutsche.de/meinung/cannabis-eu-deutschland-legalisierung-kommentar-1.5721134?reduced=true>; *Lichtenthäler/Oğlakcıoğlu/Sobota*, „Wenn die Ampel auf Grün schaltet...“: Neuralgische Punkte einer Cannabisfreigabe, *NK* 2022, 228 (232 ff.); *Lutzhöft/Hendel*, Legalisierung impossible? EU- und völkerrechtskonforme Optionen für eine Legalisierung von Cannabis zu Genusszwecken in Deutschland, 2022, <https://www.twobirds.com/de/insights/2022/germany/legalisierung-impossible-eu-und-voelkerrechtskonforme-optionen-fuer-eine-legalisierung-von-cannabis>; die im letztgenannten Beitrag für möglich erachteten Legalisierungsoptionen bleiben allerdings im Ergebnis hinter den Zielsetzungen der Bundesregierung zurück. Vgl. auch: *Riboulet-Zemouli*, High Compliance, a Lex Lata Legalization for the Non-Medical Cannabis Industry: How to Regulate Recreational Cannabis in Accordance with the Single Convention on Narcotic Drugs, 1961, *ssrn.com*, 17.3.2022, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4057428.

V. Völkerrechtliche Grenzen einer Cannabis-Legalisierung

Grenzen der beabsichtigten Cannabis-Legalisierung können sich zunächst aus dem internationalen Vertragsrecht ergeben. Die internationale Zusammenarbeit und das entsprechende Geflecht völkerrechtlicher Verträge ist im Bereich der Drogenbekämpfung so intensiv und engmaschig wie in kaum einem anderen Politikbereich. Dies erklärt sich vor allem aus dem internationalen Charakter des Drogenhandels, auf den die internationale Staatengemeinschaft mit einer ganzen Reihe von rechtlichen Instrumenten und mit der Schaffung eigener Institutionen reagiert hat.

Zugleich bestehen zwischen verschiedenen staatlichen Rechtsordnungen zum Teil erhebliche Unterschiede im tatsächlichen und rechtlichen Umgang auch mit den von diesem völkervertraglichen Regime erfassten Drogen. Dies gilt insbesondere für den Konsum von Cannabis, der in manchen Staaten entschieden verfolgt und teils drakonisch geahndet, in anderen Staaten aber weithin toleriert wird.

Das völkerrechtliche Regelwerk besteht im Wesentlichen aus drei wichtigen internationalen Konventionen. Es sind dies:

1. Das sog. Einheits-Übereinkommen über Suchtstoffe von 1961 (Single Convention on Narcotic Drugs, im Folgenden „SC 1961“).²⁶
2. Das Übereinkommen über psychotrope Stoffe von 1971 (Convention on Psychotropic Substances, im Folgenden „PS 1971“).²⁷
3. Das UN-Übereinkommen gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen von 1988 (UN Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, im Folgenden „IT 1988“).²⁸

Die Bundesrepublik Deutschland ist – wie fast alle anderen Staaten der Erde – Vertragspartei aller drei internationalen Abkommen.²⁹

²⁶ BGBl. II 1977, S. 112, https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBL&jumpTo=bgbl277s0111.pdf#_bgbl_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl277s0111.pdf%27%5D_1658330820975.

²⁷ BGBl. II 1976, S. 1478, https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBL&jumpTo=bgbl276s1477.pdf#_bgbl_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl276s1477.pdf%27%5D_1658329245159.

²⁸ BGBl. II 1993, S. 1137, https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBL&jumpTo=bgbl293s1136.pdf#_bgbl_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl293s1136.pdf%27%5D_1658329170038.

²⁹ Das Einheits-Übereinkommen hat 154 Mitgliedstaaten, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VI-15&chapter=6; das Übereinkommen über psychotrope Stoffe von 1971 hat 184 Mitgliedstaaten, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=

A. Einheits-Übereinkommen über Suchtstoffe 1961

Das Einheits-Übereinkommen über Suchtstoffe von 1961 (SC 1961) führte eine Vielzahl älterer Abkommen zur Drogenbekämpfung in einem einheitlichen Rechtstext zusammen.

Das Einheits-Übereinkommen verfolgt zwei grundlegende Ziele: es will zum einen die Verfügbarkeit bestimmter Drogen zu medizinischen und wissenschaftlichen Zwecken sichern. Dabei geht es insbesondere um die Versorgung mit und die Weiterentwicklung von schmerzstillenden Medikamenten. Zum anderen ist das Einheits-Übereinkommen bestrebt, den Drogengebrauch strikt auf diese medizinischen und wissenschaftlichen Zwecke zu begrenzen und – wie es schon in der Präambel des SC 1961 heißt – die „Rauschgiftsucht“ einzudämmen, die „für den einzelnen voller Übel und für die Menschheit sozial und wirtschaftlich gefährlich ist“.³⁰

1. Beschränkung und Kriminalisierung

Mit Blick auf die von der Bundesregierung angestrebte Cannabis-Legalisierung ist zunächst Art. 4 lit. c) SC 1961 von zentraler Bedeutung, der die Vertragsstaaten auf eine Politik der strikten Beschränkung des Gebrauchs von Drogen auf medizinische und wissenschaftliche Zwecke verpflichtet. Dort heißt es in der amtlichen deutschen Übersetzung:³¹

„Die Vertragsparteien treffen alle erforderlichen Gesetzgebungs- und Verwaltungsmaßnahmen, [...]

c) um nach Maßgabe dieses Übereinkommens die Gewinnung, Herstellung, Ausfuhr, Einfuhr, Verteilung, Verwendung und den Besitz von Suchtstoffen sowie den Handel damit auf ausschließlich medizinische und wissenschaftliche Zwecke zu beschränken.“

Diese Grundsatznorm begrenzt die den Vertragsstaaten aufgebene Verbotspolitik, indem sie medizinische und wissenschaftliche Verwendungen ausdrücklich ausnimmt und

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=VI-19&chapter=6&clang=en; das UN-Abkommen von 1988 zählt 191 Vertragsparteien, https://www.unodc.org/documents/commissions/CND/Int_Drug_Control_Conventions/Commentaries-OfficialRecords/1961Convention/1961_COMMENTARY_en.pdf.

³⁰ Vgl. UN, Commentary on the Single Convention on Narcotic Drugs, 1961, 3.8.1962, https://www.unodc.org/documents/commissions/CND/Int_Drug_Control_Conventions/Commentaries-OfficialRecords/1961Convention/1961_COMMENTARY_en.pdf.

³¹ Im Folgenden werden die internationalen Abkommen in ihren amtlichen deutschen Übersetzungen wiedergegeben. Auf den verbindlichen englischen bzw. französischen Wortlaut wird zurückgegriffen, soweit dies zum besseren Verständnis oder zur Klärung von Zweifelsfragen dient.

deren Regelung den Staaten damit jedenfalls insoweit freistellt, als deren rechtliche Regelungen das restriktive Verbotssystem der SC 1961 nicht konterkarieren. Die Verbotsausnahme für medizinische Zwecke ist in Deutschland Grundlage der mit dem am 10. März 2017 in Kraft getretenen Gesetz zur Änderung betäubungsmittelrechtlicher und anderer Vorschriften³² erweiterten Möglichkeiten zur Verschreibung von Cannabisarzneimitteln.

Zugleich beschränkt die Grundsatznorm die zulässigen Drogenverwendungen ausschließlich auf eben diese medizinischen und wissenschaftlichen Zwecke. Staatlicherseits darf der nicht-wissenschaftliche und nicht-medizinische Umgang mit Drogen demnach in keiner Form erlaubt werden. Schon diese Vorgabe spricht gegen die Möglichkeit einer weitergehenden Legalisierung des Umgangs mit Drogen.

Das Einheits-Übereinkommen enthält aber nicht lediglich Regelungen, die eine Drogenlegalisierung ausschließen. Es verlangt vielmehr weitergehend jedenfalls teilweise eine ausdrückliche Kriminalisierung des Umgangs mit Drogen. Drogen dürfen danach nicht nur nicht erlaubt werden. Die Vertragsstaaten werden weitergehend verpflichtet, den Umgang mit Drogen ausdrücklich mit Strafe zu bedrohen.

Die Grundsatznorm des Art. 4 c) SC 1961 wird dafür ihrerseits konkretisiert und verschärft durch Art. 36 Abs. 1 SC 1961, der spezifische Vorgaben für die Kriminalisierung des Umgangs mit Drogen enthält:

„a) jede Vertragspartei trifft vorbehaltlich ihrer Verfassungsordnung die erforderlichen Maßnahmen, um jedes gegen dieses Übereinkommen verstoßende Anbauen, Gewinnen, Herstellen, Ausziehen, Zubereiten, Besitzen, Anbieten, Feilhalten, Verteilen, Kaufen, Verkaufen, Liefern – gleichviel zu welchen Bedingungen –, Vermitteln, Versenden – auch im Durchfuhrverkehr –, Befördern, Einführen und Ausführen von Suchtstoffen sowie jede nach Ansicht der betreffenden Vertragspartei gegen dieses Übereinkommen verstoßende sonstige Handlung, wenn vorsätzlich begangen, mit Strafe zu bedrohen sowie schwere Verstöße angemessen zu ahnden, insbesondere mit Gefängnis oder sonstigen Arten des Freiheitsentzugs.“

³² BGBl. 2017, Teil I, S. 403 ff.

Die Bestimmung des Art. 36 Abs. 1 SC 1961 ist in ihrer entschieden umfänglichen Auflistung aller denkbaren Formen des Drogenverkehrs ersichtlich bemüht, eine möglichst lückenlose Kriminalisierungsverpflichtung der Vertragsstaaten zu normieren.

Allerdings steht diese Kriminalisierungsverpflichtung unter dem allgemeinen Vorbehalt der „Verfassungsordnung“ der jeweiligen Vertragspartei. Es ist dieser Verfassungsvorbehalt, der von einer Mindermeinung in der Literatur als Einfallstor für eine auch ganz grundsätzlich abweichende Drogenpolitik und damit auch als Legitimation für eine umfängliche Cannabis-Legalisierung, wie sie von der Bundesregierung geplant ist, verstanden wird. Auf diese – rechtlich nicht überzeugende – Argumentation wird noch näher einzugehen sein.³³

Außerdem fällt auf, dass im Unterschied zu Art. 4 c) SC 1961 in der Bestimmung des Art. 36 Abs. 1 a) SC 1961 über die Strafbarkeit zwar auch das „Besitzen“, nicht aber die bloße „Verwendung“ von Drogen aufgelistet ist. Die Kriminalisierung dieser Verwendung, also des eigentlichen Drogenkonsums, ließe sich allenfalls als „sonstige Handlung, wenn vorsätzlich begangen“, einordnen. Auch solche sonstigen Handlungen müssen aber nur dann und insoweit mit Strafe bedroht werden, wenn diese Handlungen nach Ansicht der jeweiligen Vertragspartei gegen das Einheits-Übereinkommen verstoßen. Auch wenn ein „Verwenden“ ohne vorheriges „Besitzen“ nur in bestimmten Konstellationen praktisch sein mag, wird den Vertragsstaaten hiermit hinsichtlich der Frage der Kriminalisierung des eigentlichen Drogenkonsums ein eigener Entscheidungsspielraum eingeräumt. Für alle dem Drogenkonsum vorgelagerten Handlungen gilt dies aber ausdrücklich nicht.

Eine gewisse weitere Rücknahme der Kriminalisierungspflichten enthält auch Art. 36 Abs. 1 b) SC 1961 wonach die Vertragsparteien, für Drogenabhängige anstelle einer Bestrafung „Maßnahmen der Behandlung, Aufklärung, Nachbehandlung, Rehabilitation und sozialen Wiedereingliederung“ vorsehen können.

Zusammengefasst lässt sich festhalten, dass die Vertragsstaaten des Einheits-Übereinkommens jedenfalls prima facie den nicht-wissenschaftlichen und nicht-medizinischen Umgang mit Drogen nicht erlauben dürfen. Zudem müssen sie alle erdenklichen Formen eines solchen Umgangs mit Drogen – mit Ausnahme des eigentlichen unmittelbaren Drogenkonsums in einem engen Sinne – unter Strafe stellen und also kriminalisieren.

³³ Eingehend dazu u. VII.B.

2. Cannabis als Droge im Sinne des Einheits-Übereinkommens

Konkretisiert werden diese Regelungen durch die gleichfalls im Einheits-Übereinkommen enthaltenen Definitionen des Begriffs der „Drogen“. Zu diesen Drogen zählt das Einheits-Übereinkommen in einer Vielzahl von Detailregelungen und in den einschlägigen definitorischen Anhängen ausdrücklich alle wirkstoffrelevanten Teile der Cannabispflanze und der aus ihr gewonnenen psychotropen Bestandteile und Produkte.³⁴

Dabei bezeichnet das SC 1961 in Art. 1 Abs. 1 b) als „Cannabis“ die „Blüten- oder Fruchtstände der Cannabispflanze, denen das Harz nicht entzogen worden ist“. Cannabis und Cannabis-Harz werden in Art. 1 Abs. 1 j) iVm Anhang I SC 1961 als „Suchtstoff“, in der englischen Fassung als „Drug“, definiert. Cannabis unterfiel ursprünglich den Anhängen I und IV SC 1961 und damit dem striktesten Verbotssystem des Einheitsübereinkommens. Das Einheits-Übereinkommen differenzierte dabei ausdrücklich und absichtlich nicht zwischen einer „weichen“ Droge Cannabis und anderen „härteren“ Drogen.³⁵ Zusätzlich zu den allgemeinen Verbotssanforderungen galten deshalb auch für Cannabis die besonderen Restriktionen des Art. 2 Abs. 5 iVm Anhang IV SC 1961. Grund für die Einbeziehung von Cannabis in den Kreis dieser besonders streng reglementierten Drogen war sein schon seinerzeit weit verbreiteter Gebrauch, der den Vertragsstaaten als besonders gefährlich erschien.³⁶

Hinzuweisen ist an dieser Stelle aber auf den im Einheits-Übereinkommen selbst enthaltenen Mechanismus zur Neubewertung von Drogen. Nach Art. 3 SC 1961 kann die Suchtstoff-Kommission (Commission on Narcotic Drugs – im folgenden CND) des UN-

³⁴ Hinsichtlich dieser Tatsache besteht Einigkeit in der Literatur: *van Kempen/Fedorova*, International Law and Cannabis I: Regulation of Cannabis Cultivation for Recreational Use under the UN Narcotic Drugs Conventions and the EU Legal Instruments in Anti-Drugs Policy, 2019, <https://www.cambridge.org/core/books/international-law-and-cannabis-i/F0D2A2A07FC311DAB48499DA9DCC8125>, S. 16 ff.; *Lutzhöft/Hendel*, Legalisierung impossible? EU- und völkerrechtskonforme Optionen für eine Legalisierung von Cannabis zu Genusszwecken in Deutschland, 2022, <https://www.twobirds.com/de/insights/2022/germany/legalisierung-impossible-eu-und-voelkerrechtskonforme-optionen-fuer-eine-legalisierung-von-cannabis>.

³⁵ *van Kempen/Fedorova*, International Law and Cannabis I: Regulation of Cannabis Cultivation for Recreational Use under the UN Narcotic Drugs Conventions and the EU Legal Instruments in Anti-Drugs Policy, 2019, S. 17, <https://www.cambridge.org/core/books/international-law-and-cannabis-i/F0D2A2A07FC311DAB48499DA9DCC8125>.

³⁶ *van Kempen/Fedorova*, International Law and Cannabis I: Regulation of Cannabis Cultivation for Recreational Use under the UN Narcotic Drugs Conventions and the EU Legal Instruments in Anti-Drugs Policy, 2019, S. 17, <https://www.cambridge.org/core/books/international-law-and-cannabis-i/F0D2A2A07FC311DAB48499DA9DCC8125>.

Wirtschafts- und Sozialrates (UN-ECOSOC) im Anschluss an eine entsprechende Empfehlung der Weltgesundheitsorganisation WHO mit Mehrheit diesem Rat eine Neueinstufung oder Streichung einer bestimmten Droge empfehlen.

Im Rahmen dieses Neubewertungsprozesses sind Cannabis und Cannabisharz Ende 2020 auf Vorschlag der WHO mit Rücksicht auf ihr geringeres Gefahrenpotential aus dem Anhang IV gestrichen worden. Zugleich entschied man sich wegen der weiterhin weiten Verbreitung von Cannabis und der damit verbundenen Gesundheitsprobleme gegen eine weitergehende Herabstufung.³⁷ Für Cannabis als „Suchtstoff“/Droge gelten deshalb gemäß Art. 2 Abs. 1 SC 1961 nurmehr alle allgemeinen Kontrollmaßnahmen, die das Einheits-Übereinkommen den Vertragsstaaten zum Zwecke der Drogenbekämpfung vorschreibt.

So darf etwa – neben anderen für Deutschland nicht einschlägigen Mengenbestimmungen und abgesehen von Bestandsverrechnungsgrößen – nach Art. 21 Abs. 1 a) SC 1961 die „von einem Staat oder Hoheitsgebiet während eines Jahres hergestellte und eingeführte Gesamtmenge“ Cannabis die Menge nicht überschreiten, „die im Rahmen der diesbezüglichen Schätzung für medizinische und wissenschaftliche Zwecke verbraucht wird“. Intention der Bestimmung ist es, den Anbau von Cannabis möglichst strikt und eng auf die vom Einheits-Übereinkommen für zulässig erachteten medizinischen und wissenschaftlichen Zwecke zu begrenzen.

Art. 22 SC 1961 trifft Regelungen, nach denen in Staaten, in denen eine Begrenzung der Verwendung angebaute Cannabispflanzen auf die vom Einheits-Übereinkommen erlaubten medizinischen und wissenschaftlichen Zwecke nicht gewährleistet werden kann, der Anbau insgesamt zu verbieten ist. In diesen Staaten müssen die illegal angebauten Cannabispflanzen beschlagnahmt und vernichtet werden.

Keine Anwendung findet das Einheits-Übereinkommen nach Art. 28 Abs. 2 SC 1961 lediglich auf den „Anbau der Cannabispflanze zu ausschließlich gärtnerischen und gewerblichen Zwecken“.

Nach Art. 30 SC 1961 sind die Vertragsstaaten verpflichtet, „für die Lieferung oder Abgabe von Suchtstoffen an Einzelpersonen ärztliche Verordnungen vorzuschreiben“. Die

³⁷ Decision 63/17; vgl. https://www.unodc.org/unodc/en/commissions/CND/Mandate_Functions/Mandate-and-Functions_Scheduling.html; vgl. zur Motivation: https://www.unodc.org/documents/commissions/CND/CND_Sessions/CND_62Reconvened/ECN72020_CRP19_V2006823.pdf.

Vorschrift bringt erneut zum Ausdruck, dass Suchtstoffe, also auch Cannabis, nur zu medizinischen Zwecken an Einzelpersonen abgegeben werden dürfen.

Nach Art. 33 SC 1961 gestatten die Vertragsparteien „keinen Besitz von Suchtstoffen ohne gesetzliche Ermächtigung“.

Hinzuweisen ist schließlich auf die in Art. 49 SC 1961 enthaltene Möglichkeit eines Vorbehalts gegenüber dem Cannabisverbot. Einen solchen – ohnehin nur zeitlich beschränkt zulässigen – Vorbehalt hat Deutschland anlässlich der Vertragsunterzeichnung nicht erklärt.³⁸ Die Vorschrift ist im Hinblick auf die von der Bundesregierung angestrebte Cannabis-Legalisierung auch deshalb von Bedeutung, weil sie nochmals ausdrücklich deutlich macht, dass nationale Rechtsordnungen Cannabis unter den Maßgaben des Einheits-Übereinkommens nicht legalisieren dürfen. Im Gegenteil verlangt die Vorschrift selbst von solchen Vertragsstaaten, die 1961 noch einen legalen Cannabis-Markt kannten, diese traditionelle Legalität innerhalb eines höchstens 25-jährigen Übergangszeitraums auslaufen zu lassen. Ziel und Maßgabe des Einheits-Übereinkommens ist es somit ausdrücklich, jede ehemals noch bestehende Cannabis-Legalität zu beenden.

B. UN-Übereinkommen über psychotrope Stoffe

Ergänzend zum Einheitsabkommen von 1961 wurde 1971 das Wiener UN-Übereinkommen über psychotrope Stoffe (Convention on Psychotropic Substances, im Folgenden „PS 1971“) verabschiedet.

Das PS 1971 enthält in Art. 7 eine zu Art. 4 SC 1961 weitgehend inhaltsgleiche Verbotsnorm, die die Vertragsstaaten verpflichtet, in Bezug auf die in Anhang I des Übereinkommens aufgeführten Stoffe unter anderem „jede Verwendung [zu] verbieten, außer für wissenschaftliche und – in sehr beschränktem Umfang – für medizinische Zwecke durch ordnungsgemäß ermächtigte Personen in medizinischen oder wissenschaftlichen Einrichtungen, die unmittelbar der Aufsicht der jeweiligen Regierung unterstehen oder von dieser ausdrücklich zugelassen sind“.

Zu den in Anhang I enthaltenen Stoffen zählt auch der in Cannabis enthaltene Wirkstoff THC in seinen verschiedenen Formen.

³⁸ Vgl. Patzak/Volkmer/Fabricius, Betäubungsmittelgesetz, ¹⁰2022, Stoffe, Rn. 63. Ein entsprechender Vorbehalt schob die Geltung des Verbotsregimes ohnehin nur für längstens 25 Jahre auf. Ein entsprechender Vorbehalt wäre nach Art. 49 Abs. 2a SC 1961 zudem nur zulässig gewesen, soweit der Cannabiskonsum und -handel in Deutschland 1961 „herkömmlich“ und „erlaubt“ gewesen wäre.

Dennoch wird das PS 1971 von der herrschenden Ansicht in der völkerrechtlichen Literatur für die Frage der Cannabis-Legalisierung für irrelevant oder wenigstens für von untergeordneter Bedeutung angesehen.

Eigentlicher Grund hierfür ist weniger der Wortlaut der Bestimmungen des PS 1971. Zwar bezieht sich dieser Wortlaut vor allem auf die eigentlichen Wirkstoffe als solche und nicht auf die Cannabis-Pflanze und die aus ihr gewonnenen Produkte.³⁹ Da aber auch das PS 1971 von „Zubereitung“ (Art. 1 f), „Herstellung“ (Art. 1 i) oder „Umwandlung“ (Art. 1 i) spricht, läge an sich seine Erstreckung auch auf alle THC-haltigen Cannabis-Produkte nahe.

Die Nichtanwendung des PS 1971 auf die Frage der Cannabis-Legalisierung dürfte deshalb vor allem mit der besonderen Intention dieses Abkommens zu erklären sein. Das PS 1971 soll nämlich gerade der Bekämpfung derjenigen Drogenwirkstoffe dienen, die noch keine völkervertragliche Verbotsregelung erfahren haben. Den Vertragsparteien ging es – auch wenn dies im Wortlaut des PS 1971 nur sehr unvollkommen zum Ausdruck kommt – gerade nicht um ein erneutes, die Regelungen der SC 1961 wiederholendes und paralleles Verbotssystem. Das PS 1971 sollte vielmehr der Bekämpfung weiterer psychotroper Stoffe dienen, die von dem bereits bestehenden SC 1961 nicht erfasst wurden. In Ansätzen deutlich wird diese beschränkte Regelungsabsicht der Vertragsparteien vor allem in Art. 2 Abs. 1 PS 1971 wonach nur „noch nicht unter internationaler Kontrolle stehende[...] Stoff[e]“ Aufnahme in die Verbotsliste des Anhangs I PS 1971 finden sollen.⁴⁰ Da Cannabis und die gängigen Cannabis-Produkte sämtlich bereits vom SC 1961 erfasst wurden und werden, erübrigte sich ein erneutes Verbot. Die dazu wenigstens auf den ersten Blick im Widerspruch stehende Aufnahme des Wirkstoffes THC in den Anhang I PS 1971 kann vor diesem Hintergrund als Regelung verstanden werden, die lediglich neue, vom SC 1961 noch nicht ausdrücklich erfasste und bis heute keine substantielle

³⁹ Aus diesem Grund verneinen *van Kempen/Fedorova*, *International Law and Cannabis I: Regulation of Cannabis Cultivation for Recreational Use under the UN Narcotic Drugs Conventions and the EU Legal Instruments in Anti-Drugs Policy*, 2019, S. 11f., <https://www.cambridge.org/core/books/international-law-and-cannabis-i/F0D2A2A07FC311DAB48499DA9DCC8125>, die Relevanz des PS 1971 für die Frage der Cannabis-Legalisierung.

⁴⁰ Vor allem auf diese einschränkende Formulierung verweist auch der UN-Commentary on the Convention on Psychotropic Substances, 21.2.1971, S. 39 Nr. 14 ff. Auch hier bleibt aber die genaue Bedeutung der Einschränkung im Ergebnis unklar, wenn es (in Nr. 16) heißt: „the definitions in the two treaties of the properties warranting international control are overlapping“.

Rolle spielende Verwendungen des Wirkstoffes als solche bereits vorsorglich einem weiteren völkervertraglichen Verbotssystem zu unterwerfen.

Für die Zwecke dieses Gutachtens wird deshalb mit der herrschenden völkerrechtlichen Interpretation auf eine besondere Prüfung der Cannabis-Legalisierung am Maßstab des PS 1971 verzichtet. Dabei sei allerdings darauf hingewiesen, dass auch das PS 1971 mit seiner ausdrücklichen Aufnahme von THC in seinen Verbotsanhang I die seinerzeitige Absicht der Vertragsparteien zu einer möglichst umfassenden Regulierung von Cannabis erneut deutlich machte.

C. UN-Übereinkommen gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen

Die Vertragsverhandlungen über das UN-Übereinkommen gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen von 1988 (UN Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, im Folgenden „IT 1988“) waren Schauplatz einer weltweiten Auseinandersetzung der Verfechter und Gegner einer Legalisierung von Cannabis. Die Legalisierungsbefürworter „lost the battle“⁴¹: Art. 3 und 14 IT 1988 statuieren bis heute eine eher strikte Verbotspolitik, die sich ausdrücklich und in Übernahme der Definitionen des Einheits-Übereinkommens von 1961 auch auf Cannabis erstreckt.⁴²

Die zentrale Verbotsnorm des IT 1988 ist dessen umfangreicher Art. 3, der die Vertragsparteien zur Schaffung eines umfassenden Straf- und Sanktionenregimes verpflichtet. Zu pönalisieren sind danach alle erdenklichen Taten, die Teil des illegalen Verkehrs mit Suchtmitteln sind. So sind nach Art. 3 Abs. 1a i) IT 1988 in enger Anlehnung an die entsprechenden Bestimmungen der SC 1961 „das Gewinnen, Herstellen, Ausziehen, Zubereiten, Anbieten, Feilhalten, Verteilen, Verkaufen, Liefern – gleichviel zu welchen Be-

⁴¹ *Fijnaut*, Legalisation of Cannabis in some American States, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 22 (2014) 207 ff.

⁴² *van Kempen/Fedorova*, *International Law and Cannabis I: Regulation of Cannabis Cultivation for Recreational Use under the UN Narcotic Drugs Conventions and the EU Legal Instruments in Anti-Drugs Policy*, 2019, S. 51 f., <https://www.cambridge.org/core/books/international-law-and-cannabis-i/F0D2A2A07FC311DAB48499DA9DCC8125>. Zu den einzelnen Bestimmungen des Abkommens auch: *UN*, *Commentary on the United Nations Convention against illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances*, 1988, 20.12.1988, https://www.unodc.org/documents/commissions/CND/Int_Drug_Control_Conventions/Commentaries-OfficialRecords/1988Convention/1988_COMMENTARY_en.pdf.

dingungen –, Vermitteln, Versenden – auch im Transit –, Befördern, Einführen oder Ausführen eines Suchtstoffes oder psychotropen Stoffes entgegen dem Übereinkommen von 1961“ unter Strafe zu stellen.

Bemerkenswert ist, dass die Vertragsparteien nach Art. 3 Abs. 1a iii) IT 1988 das bloße Besitzen oder Kaufen eines Suchtstoffes oder psychotropen Stoffes nur dann und insoweit unter Strafe stellen müssen, als der Besitz oder Kauf „zum Zweck einer der unter Ziffer i aufgeführten Tätigkeiten“ erfolgt. Die hier normierte ausdrückliche Kriminalisierungsverpflichtung gilt demnach nur für den auf Handelstätigkeiten gerichteten Besitz oder Kauf von Drogen, nicht aber für den Besitz oder Kauf zum ausschließlichen Eigengebrauch.

Im scheinbaren Gegensatz dazu trifft nach Art. 3 Abs. 2 IT 1988 jede Vertragspartei „vorbehaltlich ihrer Verfassungsgrundsätze und der Grundzüge ihrer Rechtsordnung die notwendigen Maßnahmen, um nach ihrem innerstaatlichen Recht den Besitz, den Kauf oder den Anbau von Suchtstoffen oder psychotropen Stoffen für den persönlichen Verbrauch entgegen dem Übereinkommen von 1961, dem Übereinkommen von 1961 in seiner geänderten Fassung oder dem Übereinkommen von 1971, wenn vorsätzlich begangen, als Straftat zu umschreiben.“ Eine Beschränkung auf Handelstätigkeiten ist in dieser Bestimmung nicht enthalten.

Diese scheinbar gegensätzlichen Maßgaben erklären sich vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Relativierungen der in den jeweiligen Bestimmungen enthaltenen Kriminalisierungsverpflichtungen. Während sich die Vertragsparteien zur Begrenzung der Strafbarkeit des Besitzes, Kaufs oder Anbaus von Drogen für den persönlichen Verbrauch auf Schranken ihres Verfassungsrechts bzw. der Grundzüge ihrer Rechtsordnungen berufen können, soll dies jenseits dieses persönlichen Verbrauchs gerade nicht möglich sein. Nur der Besitz, Kauf oder Anbau zum Eigenkonsum muss daher von den Vertragsparteien nicht unter allen verfassungsrechtlichen Umständen zwingend pönalisiert werden. Dagegen gilt für alle auf den kommerziellen Anbau und den Handel mit Drogen gerichteten Tätigkeiten kein Verfassungsvorbehalt. Diese Tätigkeiten sind daher unter allen Umständen zu kriminalisieren.

D. Rechtsauffassung der UN-Organen

Bei der Beurteilung der völkervertraglichen Grenzen der Cannabis-Legalisierung muss schließlich auch die völkerrechtliche Praxis, insbesondere die Entscheidungspraxis und

die in ihr zum Ausdruck kommende Rechtsauffassung der von den Vereinten Nationen selbst geschaffenen Organe zur Überwachung der Einhaltung des Rechts der internationalen Drogenbekämpfung Beachtung finden.

1. Die UN-Organen

Zur besseren internationalen Durchsetzung des Einheits-Übereinkommens haben die Vereinten Nationen zwei Kontrollorgane geschaffen.

Dazu zählt erstens die Suchtstoffkommission (Commission on Narcotic Drugs – CND), deren Aufgabe im Wesentlichen darin besteht, im Zusammenwirken mit den Vertragsparteien und der Weltgesundheitsorganisation die Entwicklungen im Bereich des Drogenmissbrauchs und der Drogenentwicklung zu beobachten und auf die sich daraus ergebenden Änderungen in den Listen der vom Einheits-Übereinkommen erfassten Stoffe hinzuwirken.

Das zweite der Kontrollorgane ist das 1968 geschaffene Suchtstoffamt (International Narcotics Control Board – INCB), das eine überwachende Funktion wahrnimmt. Das INCB überwacht insbesondere die Drogenproduktion in den Vertragsstaaten und kontrolliert die von diesen übermittelten Angaben. Stellt das INCB Fehlentwicklungen in einem Vertragsstaat fest, so kann es diesem Konsultation, Inspektionen, Unterstützungs- und Abhilfemaßnahmen vorschlagen. Das INCB kann außerdem die Organe der Vereinten Nationen, die CND und die anderen Vertragsparteien auf die beobachteten Missstände aufmerksam machen. Schließlich steht es dem INCB zu, regelmäßig Berichte über die von ihm geleisteten Überwachungstätigkeiten zu veröffentlichen. Das INCB versteht sich selbst als „independent and quasi-judicial monitoring body for the implementation of the United Nations international drug control conventions“.⁴³

2. Rechtsauffassung zur Cannabis-Legalisierung

Das INCB hat sich in der Vergangenheit schon vielfach zu Fragen der Cannabis-Legalisierung in verschiedenen Vertragsstaaten geäußert. Es hat dabei eine nicht strikt auf wissenschaftliche oder medizinische Anwendungsfälle beschränkte Legalisierung durchweg

⁴³ Vgl. die Website des INCB: <https://www.incb.org/>.

und unter allen Umständen als unvereinbar mit den Vorgaben des Einheits-Übereinkommens und damit als völkerrechtswidrig bezeichnet.⁴⁴

Das INCB hält auch den privaten Anbau von Cannabis selbst für medizinische Zwecke für unvereinbar mit dem Einheits-Übereinkommen, weil das damit einhergehende Fehlen einer staatlichen Überwachung die Gefahr des illegalen Gebrauchs fördere.⁴⁵

Allerdings hat das INCB in seinen Jahresberichten auch den in den Rechtsordnungen einer Reihe von Vertragsstaaten zu beobachtenden Trend zur Legalisierung des privaten Cannabiskonsums zur Kenntnis nehmen müssen. Dennoch hat das INCB auch in seinem jüngsten Bericht durchgängig – und auch etwa gegenüber der Rechtsentwicklung in verschiedenen Bundestaaten der USA – an seiner Rechtsauffassung festgehalten, dass eine Cannabis-Legalisierung für den Freizeitgebrauch mit den rechtlichen Vorgaben des Einheits-Übereinkommens unvereinbar ist.⁴⁶ Das INCB hat in den Konsultationen mit den entsprechenden Vertragsstaaten versucht, auf eine möglichst restriktive Legalisierungspolitik und insbesondere auf eine fortgesetzte rechtliche und faktische Begrenzung des Cannabis-Handels hinzuwirken.⁴⁷

⁴⁴ Vgl. etwa: *INCB*, Uruguay is breaking the International Conventions on Drug Control with the Cannabis Legislation approved by its Congress, incb.org, 11.12.2013, https://incb.org/documents/Publications/PressRelease/PR2013/press_release_111213.pdf; *INCB*, INCB holds consultations with Uruguay on cannabis legalization for non-medical purposes, incb.org, 4.1.2021, <https://www.incb.org/incb/en/news/press-releases/2021/incb-holds-consultations-with-uruguay-on-cannabis-legalization-for-non-medical-purposes.html>; *INCB*, Statement by the International Narcotics Control Board on the entry into force of Bill C-45 legalising cannabis for non-medical purposes in Canada, incb.org, 17.10.2018, <https://www.incb.org/incb/en/news/press-releases/2018/statement-by-the-international-narcotics-control-board-on-the-entry-into-force-of-bill-c-45-legalising-cannabis-for-non-medical-purposes-in-canada.html>.

⁴⁵ Vgl. INCB-Jahresbericht 2021, Rn. 611, https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2021/Annual_Report/E_INCB_2021_1_eng.pdf, wo sich das INCB gegen eine entsprechende Rechtsänderung in Peru ausspricht.

⁴⁶ Vgl. INCB-Jahresbericht 2021, Rn. 224 f., https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2021/Annual_Report/E_INCB_2021_1_eng.pdf. Das INCB hat dabei zugleich auf den zunehmenden Cannabiskonsum in den USA und auf die von der bundesstaatlichen Legalisierung ausgehende Gefahr einer Bagatellisierung der damit einhergehenden Gefahren hingewiesen. Vgl. auch die entsprechende Kritik an den Legalisierungsabsichten der Luxemburgischen Regierung (Rn. 256), an der Rechtslage in den Niederlanden (Rn. 266), in Uruguay (Rn. 636) sowie in verschiedenen europäischen Staaten (Rn. 819).

⁴⁷ Vgl. INCB-Jahresbericht 2021, Rn. 197 ff., 545, https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2021/Annual_Report/E_INCB_2021_1_eng.pdf, mit Hinweisen zur entsprechenden Situation u.a. in Mexiko nach der Entscheidung des Mexikanischen Supreme Courts zum verfassungsrechtlichen Anspruch auf privaten Cannabiskonsum.

VI. Europarechtliche Grenzen einer Cannabis-Legalisierung

Auch das Europarecht kennt Regeln über die Drogenbekämpfung. Diese Regeln resultieren zum einen aus der Notwendigkeit eines gemeinsamen Vorgehens gegen den illegalen Drogenhandel und die organisierte grenzüberschreitende Kriminalität in einem von physischen Binnengrenzen weitgehend befreiten Raum. Zum anderen dienen sie ihrerseits der gemeinsamen Umsetzung des UN-Drogenbekämpfungsrechts. Die Notwendigkeit dazu ergibt sich schon aus dem Umstand, dass nicht nur sämtliche Mitgliedstaaten Vertragsparteien aller einschlägigen UN-Übereinkommen sind. Auch die Europäische Union als solche ist Vertragspartei des UN-Übereinkommens gegen den illegalen Drogenhandel von 1988.⁴⁸

Europarechtliche Grenzen der geplanten Cannabis-Legalisierung ergeben sich deshalb zum einen aus dem Schengener Durchführungsübereinkommen von 1990⁴⁹ [Anmerkung: In einer früheren Fassung des Gutachtens wurde die Jahreszahl des Übereinkommens irrtümlicherweise mit 1985 angegeben.] und zum anderen aus dem Rahmenbeschluss 2004/757/JI des Rates von 2004.⁵⁰

A. Das Schengener Durchführungsübereinkommen

Das Schengener Durchführungsübereinkommen von 1990 (im Folgenden „SDÜ 1990“) dient der Bekämpfung von Gefahren, die sich aus dem Wegfall der Grenzkontrollen zwischen den Vertragsstaaten des Schengener Übereinkommens ergeben. Zu den Vertragsstaaten zählen neben anderen Deutschland und alle seine Nachbarstaaten.

Titel III Kapitel 6 SDÜ 1990 enthält eine ganze Reihe von Regelungen zum Umgang mit Drogen.

⁴⁸ Die Vertragsunterzeichnung wurde schon seinerzeit begleitet von intensiven Diskussionen um die Frage der Cannabis-Legalisierung. Namentlich das Europäische Parlament setzte hierzu im zeitlichen Umfeld der Vertragsunterzeichnung zwei Untersuchungsausschüsse ein, die auch mit Blick auf Cannabis mehrheitlich eine prohibitive europäische Kontrollpolitik befürworteten, vgl. European Parliament, Report drawn up on behalf of the committee of enquiry into the drugs problem in the Member States of the Community, 1986–1987, pe 106.715/B/fin.corr. (Berichterstatter: *J. Stewart-Clark*); European Parliament, Report drawn up by the committee of enquiry into the spread of organized crime linked to drugs trafficking in the Member States of the European Community, 1991–1992, pe 152.380/fin. (Berichterstatter: *P. Cooney*).

⁴⁹ Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen v. 14.6.1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen, Abl. EU L 239 v. 22.9.2000, 19 ff.

⁵⁰ Rahmenbeschluss 2004/757/JI des Rates v. 25.10.2004 zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels, ABl. 2004, L 335/8.

So verpflichten sich die Vertragsparteien nach Art. 71 Abs. 1 SDÜ 1990,

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

Zugleich verpflichten sich die Vertragsparteien in Art. 71 Abs. 2 SDÜ 1990,

„die unerlaubte Ausfuhr von Betäubungsmitteln aller Art einschließlich Cannabis-Produkten sowie den Verkauf, die Verschaffung und die Abgabe dieser Mittel mit verwaltungsrechtlichen und strafrechtlichen Mitteln zu unterbinden.“

Während die eben genannten Bestimmungen die Unterbindung des Cannabis-Angebots fordern, enthält Art. 71 Abs. 5 SDÜ 1990 Regelungen zur Nachfrage: Zur „Eindämmung der unerlaubten Nachfrage nach Suchtstoffen und psychotropen Stoffen aller Art einschließlich Cannabis“ verpflichten sich die Vertragsparteien ihr Möglichstes zu tun, um „den negativen Folgen dieser unerlaubten Nachfrage vorzubeugen und entgegenzuwirken. Die Maßnahmen dazu liegen im Verantwortungsbereich der einzelnen Vertragsparteien.“

Das SDÜ 1990 zielt damit gemäß seiner zentralen Zielsetzung der Bekämpfung von Gefahren des grenzüberschreitenden Drogenverkehrs vor allem auf die Unterbindung des Angebots und des Handels mit Drogen. Dagegen fallen die entsprechenden Regelungen zur Nachfrage und damit zur Frage des Drogenkonsums insoweit weniger deutlich und stringent aus, als diese Maßnahmen dem Verantwortungsbereich der einzelnen Vertragsparteien zugewiesen werden. Diesen soll damit ersichtlich ein gewisser Regulierungsspielraum hinsichtlich der Frage der Bekämpfung der Drogensucht und des Drogenkonsums eingeräumt werden.

B. Rahmenbeschluss zum Drogenhandel

Ausdrückliche europarechtliche Grenzen einer Cannabis-Legalisierung setzt schließlich auch der Rahmenbeschluss 2004/757/JI des Rates von 2004 zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels (im Folgenden „RB 2004“).

Schon ausweislich seines Titels zielt der Rahmenbeschluss ausdrücklich auf die Schaffung eines Mindeststrafbarkeitsrahmens für den Bereich des Drogenhandels ab. Der Rahmenbeschluss enthält dementsprechend Mindestvorgaben für die notwendige Kriminalisierung des Drogenhandels durch die Mitgliedstaaten.

Nach Art. 2 Abs. 1 RB 2004 trifft jeder EU-Mitgliedstaat

„die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass folgende vorsätzliche Handlungen unter Strafe gestellt werden, wenn sie ohne entsprechende Berechtigung vorgenommen wurden:

- a) das Gewinnen, Herstellen, Ausziehen, Zubereiten, Anbieten, Feilhalten, Verteilen, Verkaufen, Liefern — gleichviel zu welchen Bedingungen —, Vermitteln, Versenden — auch im Transit —, Befördern, Einführen oder Ausführen von Drogen;
- b) das Anbauen des Opiummohns, des Kokastrauchs oder der Cannabispflanze;
- c) das Besitzen oder Kaufen von Drogen mit dem Ziel, eine der unter Buchstabe a) aufgeführten Handlungen vorzunehmen; [...].“

Diese Formulierungen bringen einerseits klare Kriminalisierungspflichten der Mitgliedstaaten zum Ausdruck. Die Mitgliedstaaten sind danach gerade nicht frei darin, sich für oder gegen eine mit den Mitteln des Strafrechts operierende Drogenbekämpfungspolitik zu entscheiden. So müssen insbesondere der Drogenanbau, die Drogenproduktion und der Drogenhandel in allen ihren verschiedenen Erscheinungsformen unter Strafe gestellt werden.

Andererseits wird die Verpflichtung zur Kriminalisierung schon an dieser Stelle insoweit beschränkt, als der bloße Besitz und das Kaufen von Drogen nur dann unter Strafe gestellt werden muss, als er seinerseits mit dem Ziel des Drogenanbaus, der Drogenproduktion oder des Drogenhandels erfolgt. Ein Besitz und Kauf von Drogen, der diese Ziele nicht verfolgt, sondern allein legalen Zielen oder dem privaten Konsum dient, ist demnach von der Verpflichtung zur Kriminalisierung ausgenommen.

Noch weitergehend fallen nach Art. 2 Abs. 2 RB 2004 Handlungen nach Absatz 1

„nicht in den Anwendungsbereich dieses Rahmenbeschlusses, wenn die Täter sie ausschließlich für ihren persönlichen Konsum im Sinne des nationalen Rechts begangen haben.“

Nach dieser Vorschrift müssen die Mitgliedstaaten auch Handlungen des Drogenanbaus, der Drogenproduktion und des Drogenhandels dann nicht kriminalisieren, wenn diese Handlungen ausschließlich für den „persönlichen Konsum“ der „Täter“ erfolgen.

Diese letztgenannte Ausnahme von der grundsätzlich strengen Kriminalisierungspflicht bildet die unionsrechtliche Grundlage für die Entkriminalisierung des privaten Cannabiskonsums und teilweise und in engen Grenzen auch des privaten Cannabisanbaus in einer Reihe von Mitgliedstaaten der Union. Sie ist nach der allgemeinen Auslegungspraxis, insbesondere des Europäischen Gerichtshofs,⁵¹ als Ausnahme von der Regel in allen ihren Elementen eng auszulegen.⁵²

⁵¹ Beispielhaft: EuGH, Rs. C-546/11, Urt. v. 26.9.2013 – Dansk Jurist- og Økonomforbund, Rn. 41; EuGH, Rs. C-212/13, Urt. v. 11.12.2014 – Ryneš, Rn. 29; EuGH, Rs. C-289/16, Urt. v. 12.10.2017 – Kamin und Grill Shop, Rn. 20, st. Rspr. Vgl. auch GA *Jääskinen*, Schlußantr. v. 10.7.2014, Rs. C-212/13 – Ryneš, Rn. 48; GA *Sharpston*, Schlußantr. v. 14.11.2013, Rs. C-390/12 – Pfleger, Rn. 45; GA *Colomer*, Schlußantr. v. 25.6.2009, Rs. C-205/08 – Umweltschutz von Kärnten, Rn. 69; GA *Colomer*, Schlußantr. v. 9.12.2004, Rs. C-327, 328/03 – ISIS Multimedia und Firma, Rn. 52; GA *Alber*, Schlußantr. v. 25.4.2002, Rs. C-108/01 – Consorzio del Prosciutto di Parma und Salumificio S. Rita, Rn. 99; GA *Alber*, Schlußantr. v. 25.4.2002, Rs. C-469/00 – Ravil, Rn. 94; GA *Bot*, Schlußantr. v. 20.6.2013, Rs. C-309/12 – Gomes Viana Novo, Rn. 26.

⁵² Vgl. dazu eingehend: *Herberger*, „Ausnahmen sind eng auszulegen“ – Die Ansichten beim Gerichtshof der Europäischen Union, 2017; *Schilling*, *Singularia non sunt extendenda*: die Auslegung der Ausnahme in der Rechtsprechung des EuGH, EuR 1996, 44 ff.; *von Danwitz*, Regel und Ausnahme im Steuerrecht – Gedanken aus der Perspektive des Europarechts und der Praxis des Gerichtshofes der Europäischen Union, HFS 12, 2019, S. 16 ff.

VII. Untaugliche rechtliche Ansätze zu einer umfassenden Cannabis-Legalisierung

Nach der obigen Darstellung verlangen sowohl die einschlägigen völkerrechtlichen Übereinkommen als auch das Recht der Europäischen Union eine staatliche Politik der Kriminalisierung und Unterdrückung des Handels mit und wenigstens teilweise auch des Anbaus und des Konsums von Cannabis.

Allerdings werden in Teilen der Literatur zahlreiche Ansätze zu einer Relativierung dieser Kriminalisierungsvorgaben des internationalen und europäischen Rechts diskutiert. Der rechtlichen Validität bzw. Umsetzbarkeit dieser Relativierungsansätze⁵³ gelten die folgenden Untersuchungen.

A. (Änderungs)-Kündigung der völkerrechtlichen Abkommen

Ein naheliegender und breit diskutierter Weg zur Beseitigung der völkerrechtlichen Verpflichtungen zum Verbot von Cannabis könnte die Kündigung der entsprechenden völkerrechtlichen Übereinkommen zur Drogenbekämpfung sein. Da auch die Bundesregierung das internationale Vertragsregime zur Drogenbekämpfung aber ersichtlich nicht grundsätzlich und umfassend ablehnt, käme insoweit allenfalls der rechtlich anspruchsvolle Versuch einer Änderungskündigung in Betracht.⁵⁴

⁵³ Nicht näher betrachtet wird im Folgenden lediglich der singular gebliebene Ansatz von *Lichtenthäuser/Oğlakcıoğlu/Sobota*, „Wenn die Ampel auf Grün schaltet...“: Neuralgische Punkte einer Cannabisfreigabe, NK 2022, 228 (233 ff.), wonach die von der Bundesregierung geplante Cannabis-Legalisierung insgesamt als wissenschaftliches Experiment zu betrachten und deshalb als wissenschaftlichen Zwecken dienende Cannabis-Bereitstellung völkervertragsrechtlich zulässig sein soll. Die entsprechende These verkennt offensichtlich sowohl die Intentionen der Bundesregierung als auch die Reichweite des entsprechenden Ausnahmetatbestandes des UN-Rechts.

⁵⁴ Der gelegentlich alternativ oder zusätzlich diskutierte Weg einer die Vorgaben des UN-Drogenbekämpfungsregimes verändernden „inter-se“-Vereinbarung zwischen Staaten, die eine Veränderung der Cannabis-Prohibition anstreben, hat zu Recht weniger Beachtung erfahren. Eine solche Vereinbarung setzte nach Art. 41 Abs. 1 b) ii) des Wiener Vertragsübereinkommens (WVK) nämlich unter anderem voraus, dass sich die „inter-se“-Vereinbarung „nicht auf eine Bestimmung bezieht, von der abzuweichen mit der vollen Verwirklichung von Ziel und Zweck des gesamten Vertrages unvereinbar ist.“ Eben eine solche grundsätzliche Abweichung wäre aber das (unzulässige) Ziel einer entsprechenden Vereinbarung. Dies vernachlässigen *van Kempen/Federova*, Die Regulierung von Cannabis unter Anwendung der „ohne entsprechende Berechtigung“-Klausel in Artikel 2 Absatz 1 des EU-Rahmenbeschlusses 2004/757/JI über illegalen Drogenhandel, 2023 (i.E.). Zudem modifizierte eine „inter-se“-Vereinbarung die Verpflichtungen des völkerrechtlichen Vertrages gem. Art. 41 WVK auch nur zwischen den Parteien der „inter-se“-Vereinbarung („ausschließlich im Verhältnis zueinander“), nicht aber im Verhältnis zu den an dieser Vereinbarung nicht teilnehmenden Vertragsstaaten. Dementsprechend verstehen *Boister/Jelsma*, *Inter se Modification of the UN Drug Control Conventions – An Exploration of its Applicability to Legitimise the Legal Regulation of Cannabis Markets*, *International Community Law Review* 20 (2018), 457 ff., „inter-se“-Vereinbarungen auch in erster Linie als rechtspolitisches Instrument.

Schon der oben erwähnte Entwurf der Bundestagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen für ein Cannabiskontrollgesetz,⁵⁵ schlug deshalb vor, dass die Bundesrepublik die entsprechenden völkerrechtlichen Verbotsabkommen kündigen und anschließend mit einem auf Cannabis bezogenen Vorbehalt wieder beitreten sollte.⁵⁶

1. Völkerrechtliche und diplomatische Risiken

Ein solches Vorgehen wäre für Deutschland rechtlich und diplomatisch nicht ohne Risiken. In der Vergangenheit hat Bolivien eine solche „Änderungskündigung“ im Hinblick auf die traditionell in Bolivien konsumierte Coca-Pflanze erfolgreich umgesetzt.⁵⁷ Die erfolgreiche Umsetzung dieses Vorgehens setzt allerdings nach Art. 50 Abs. 3 SC 1961 voraus, dass nicht mehr als ein Drittel der anderen Vertragsstaaten innerhalb von zwölf Monaten widersprechen. Im Fall Boliviens wurde dieses Veto-Quorum nicht erreicht, obwohl sechzehn Staaten – und unter ihnen auch Deutschland – dem bolivianischen Ansinnen entgegentraten.⁵⁸

Der Erfolg eines auf die Relativierung des Cannabis-Verbots gerichteten entsprechenden Vorgehens Deutschlands ist nicht sicher vorherzusagen. Anders als in Bolivien im Fall der Coca-Pflanze kann sich Deutschland kaum auf eine traditionelle Kultur des Cannabis-Konsums berufen. Zudem geht das Legalisierungsvorhaben Deutschlands im internationalen Vergleich besonders weit. Eine hinreichend große Zahl der Staaten, die dem Trend zur Cannabis-Legalisierung skeptisch oder ablehnend gegenüberstehen, könnten einen solchen Versuch der Änderungskündigung zum Anlass nehmen, um ihre Entschiedenheit im Sinne einer repressiven Drogenpolitik deutlich zu machen.

2. Völkerrechtliche Kündigung und Europarecht

Fraglich erscheint darüber hinaus, ob sich Deutschland durch eine Änderungskündigung der völkerrechtlichen Übereinkommen zur Drogenbekämpfung überhaupt wirksam aus seinen entsprechenden Verpflichtungen lösen könnte.

⁵⁵ Entwurf eines Cannabiskontrollgesetzes, BT-Drs. 18/4204 v. 4.3.2015, vgl. zu diesem bereits o. IV.C.

⁵⁶ Entwurf eines Cannabiskontrollgesetzes, BT-Drs. 18/4204 v. 4.3.2015, S. 45 f.

⁵⁷ Vgl. dazu kritisch: *INCB*, Jahresbericht 2011, S. 4.

⁵⁸ Vgl. dazu *Jelsma*, German cannabis regulation on thin ice – The government’s risky approach to international legal obstacles puts the entire project in jeopardy, 2022, <https://www.tni.org/en/article/german-cannabis-regulation-on-thin-ice>. Ursprünglich erhoben siebzehn Staaten Einwände. Mexiko hat seinen Einwand aber zwischenzeitlich förmlich zurückgezogen, vgl. *Walsh*, Analysis of the trend to legalize the non-medical use of drugs with an emphasis on cannabis, wola.org, 25.5.2022, <https://www.wola.org/analysis/incb-hearing-legalization-trend-of-non-medical-use-drugs/>.

Dem könnte insbesondere die bereits oben skizzierte⁵⁹ eigenständige Verpflichtung der Europäischen Union zum Cannabis-Verbot entgegenstehen. Wie bereits aufgezeigt, ist auch die Europäische Union als solche Vertragspartei des UN-Übereinkommens gegen den illegalen Drogenhandel. Weil sowohl sämtliche EU-Mitgliedstaaten als auch die Union als solche Vertragspartei sind, handelt es sich um ein sog. „Gemischtes Abkommen“.⁶⁰

Nach Art. 216 Abs. 2 AEUV sind die von der Union abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge aber nicht nur für die Organe der Union, sondern auch für die Mitgliedstaaten verbindlich. Eine isolierte Änderungskündigung Deutschlands würde dessen rechtliche Lage deshalb nicht grundsätzlich ändern. Vielmehr muss Deutschland als Mitgliedstaat der Union die von der Union eingegangenen Verpflichtungen auch als eigene europarechtliche Verpflichtung weiter erfüllen.

Die völkerrechtlichen Verpflichtungen zum Cannabis-Verbot bekommen durch die Ratifizierung des Übereinkommens gegen den illegalen Drogenhandel durch die Europäische Union aus nationaler Perspektive sogar noch besonderes Gewicht. Sie werden so nämlich zugleich zu unionsrechtlichen Verpflichtungen und partizipieren so am Vorrang des Unionsrechts. Zudem können die EU-Kommission sowie andere Mitgliedstaaten eine Verletzung dieser völkerrechtlichen Verpflichtungen der Union durch Deutschland im Wege des Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 258, 259 AEUV vor dem EuGH rügen.⁶¹ Dies gilt jedenfalls für diejenigen Elemente der von der Union übernommenen völkerrechtlichen Verpflichtungen, die nach der internen Zuständigkeitsverteilung in die Kompetenz der EU fallen. Eine solche Kompetenz besteht ohne weiteres hinsichtlich der Fragen des grenzüberschreitenden Drogenhandels. Die Europäische Union hat darüber hinaus ihre Zuständigkeiten zu einem weitgehenden Cannabis-Verbot mit dem SDÜ 1990 und dem RB 2004 auch bereits ausgeübt.

Eine rechtlich belastbare Änderungskündigung der völkerrechtlichen Übereinkommen zur Drogenbekämpfung setzte demnach eine gleichzeitige Änderungskündigung jedenfalls auch des UN-Übereinkommens gegen den illegalen Drogenhandel durch die Europäische Union und damit zugleich ein mit den anderen EU-Mitgliedstaaten abgestimmtes

⁵⁹ Vgl. o. VI.

⁶⁰ Näher zu den Rechtswirkungen gemischter Übereinkommen: *Schmalenbach*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, ⁶2022, Art. 216, Rn. 42 ff.

⁶¹ Allgemeine Meinung, vgl. nur *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, ⁶2022, Art. 258, Rn. 34.

gemeinsames Vorgehen voraus. In der Folge könnten – und müssten – dann auch die unionsrechtlichen Rechtsakte zur Drogenbekämpfung entsprechend angepasst werden. Ein isoliertes völkerrechtliches Vorgehen Deutschlands verspricht insoweit also keinen Erfolg.

B. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung?

Nicht zuletzt wegen der erheblichen – und lange unterschätzten – Schwierigkeiten einer völkervertragsrechtlichen Änderungskündigung bemühen sich Teile der legalisierungsfreundlichen Literatur schon seit längerem um die Entwicklung interpretatorischer Ansätze zur Relativierung der völkervertragsrechtlichen und europarechtlichen Cannabis-Kriminalisierungsverpflichtungen. Diese sollen eine Cannabis-Legalisierung auch ohne Kündigung der völkerrechtlichen Verträge zur Drogenbekämpfung und im Einklang mit den unionsrechtlichen Drogen-Kriminalisierungsvorgaben erlauben.⁶²

1. Textliche Anknüpfung

Als Hauptansatz zur Relativierung des völker- und europarechtlichen Cannabis-Verbots wird von Teilen der Literatur dabei der bereits oben angesprochene⁶³ „Verfassungsvorbehalt“ angesehen.⁶⁴ Dabei geht es zunächst um die Relativierung der besonders stringenten Verbotspflichten des internationalen Rechts. Nach Art. 3 Abs. 2 des UN-Übereinkommens gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen von 1988 steht die Verpflichtung der Vertragsstaaten zur strafrechtlichen Pönalisierung des Besitzes, des Kaufs und des Anbaus von Suchtstoffen oder psychotropen Stoffen für den persönlichen Verbrauch unter einem Vorbehalt („vorbehaltlich ihrer Verfassungsgrundsätze und der Grundzüge ihrer Rechtsordnung“ / „subject to its constitutional principles and the basic concepts of its legal system“). Auch in Art. 36 Abs. 1 SC 1961 lässt sich – wie oben bereits aufgezeigt⁶⁵ – ein entsprechender Vorbehalt finden.

⁶² Eingehend dazu auch *van Kempen/Fedorova*, International Law and Cannabis II: Regulation of Cannabis Cultivation and Trade for Recreational Use: Positive Human Rights Obligations versus UN Narcotic Drugs Conventions, 2019, <https://www.cambridge.org/core/books/international-law-and-cannabis-ii/A856A0CE847E8ADAAEA19F760191FDBE>.

⁶³ Vgl. dazu o. V.A.1.

⁶⁴ Weitgehend: *Ambos*, Zur völkerrechtlichen Zulässigkeit der Cannabis-Entkriminalisierung, VerfBlog, 20.5.2022, <https://verfassungsblog.de/zur-volkerrechtlichen-zulassigkeit-der-cannabis-entkriminalisierung>. Ausdrücklich beschränkt auf eine verfassungsrechtlich gebotene Entkriminalisierung des privaten Cannabis-Konsums kleiner Mengen durch Erwachsene: *Sommer*, Sondervotum zu BVerfG, Beschluss v. 9.3.1994, 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR 2031/92, Cannabis, Rn. 248 ff.

⁶⁵ Vgl. dazu o. V.A.1.

Die Bundesregierung hat anlässlich der Ratifikation des IT 1988 folgende Interpretationserklärung⁶⁶ abgegeben: “It is the understanding of the Federal Republic of Germany that the basic concepts of the legal system referred to in article 3, paragraph 2 of the Convention may be subject to change”. Damit sollte zum Ausdruck gebracht werden, dass das IT 1988 aus deutscher Sicht einer eventuellen späteren Entkriminalisierung nicht entgegensteht.⁶⁷

2. Potentielle Entkriminalisierung nur des persönlichen Verbrauchs

Bevor die potentielle Geltendmachung dieses Verfassungsvorbehalts näher untersucht werden kann, ist zunächst einschränkend darauf hinzuweisen, dass der Vorbehalt ausweislich des klaren Wortlauts und der Systematik des bereits oben dargestellten⁶⁸ Art. 3 IT 1988 allein eine Entkriminalisierung des Besitzes, Kaufs oder Anbaus von Cannabis „für den persönlichen Verbrauch“ rechtfertigen kann. Für alle nicht dem unmittelbaren persönlichen Verbrauch dienende Handlungen des Anbaus, der Produktion, des Transports, des Handels und des Angebots von Cannabis kennt Art. 3 Abs. 1a IT 1988 gerade keinen Verfassungsvorbehalt.

Das UN-Übereinkommen gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen von 1988 differenziert damit – die Bestimmungen des Einheitsübereinkommen von 1961 insoweit noch verschärfend – ausdrücklich zwischen einem überindividuellen Drogenhandel, der von den Vertragsstaaten jedenfalls und ausnahmslos zu kriminalisieren ist (Art. 3 Abs. 1a IT 1988), und dem individuellen Besitz, Kauf und Anbau für den persönlichen Verbrauch, der zwar grundsätzlich auch kriminalisiert werden soll, gegenüber dessen Kriminalisierung aber gegebenenfalls ein Verfassungsvorhalt geltend gemacht werden kann (Art. 3 Abs. 2 IT 1988).

⁶⁶ Zur Unterscheidung von völkerrechtlichen Interpretationserklärungen und Vorbehalten nach Art. 2 Abs. 1 lit. d WVRK: v. *Arnauld*, *Völkerrecht*, 42019, Rn. 214.

⁶⁷ In der Bewertung wie hier: Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Cannabis-Legalisierung im Lichte des Völkerrechts, WD 2-3000-057/22, S. 5, unter Hinweis auf Kurzprotokoll der 76. Sitzung des Rechtsausschusses des 12. Deutschen Bundestages am 12.5.1993, S. 45-47, in dem die damalige Bundesjustizministerin *Leutheuser-Schnarrenberger* darauf hingewiesen hat (S. 47), dass die Erklärung ermöglicht, „dass zu gegebener späterer Zeit auch möglicherweise einmal über das „Ob“ der Bestrafung im unteren Deliktsbereich nachgedacht werde.“

⁶⁸ Vgl. o. V.C.

Diese Differenzierung zwischen dem überindividuellen Drogenhandel und dem individuellen Handeln zum persönlichen Verbrauch findet sich auch in den bereits oben dargestellten Bestimmungen des Unionsrechts, die ihrerseits der Umsetzung insbesondere des IT 1988 dienen.

Trotz dieser eindeutigen Differenzierung wird in der Literatur vereinzelt der Versuch unternommen, auch die von der Bundesregierung geplante Zulassung einer nationalen Produktion und eines allgemeinen Handels mit Cannabis als notwendiges Korrelat eines privaten Konsums völker- und europarechtlich über den Verfassungsvorbehalt zu rechtfertigen. Die entsprechenden Argumentationen bleiben allerdings bemerkenswert vage und erscheinen bei näherer Betrachtung als kaum mehr denn zirkuläre rechtspolitische Postulate. Der Verfassungsvorbehalt soll sich entgegen dem Wortlaut der Bestimmungen auch auf ein staatliches oder staatlich kontrolliertes System der Cannabis-Produktion und des Cannabis-Handels erstrecken, weil man nur so „einen durchgängig legalen (staatlich kontrollierten) Cannabismarkt erreichen“ und „niederländische Verhältnisse – Entstehung krimineller Strukturen zur illegalen Produktion/Lieferung der dann legal abgegebenen Drogen („Hintertürproblematik“)" – vermeiden könne.⁶⁹ In eine ähnliche Richtung gehen Argumentationen, wonach vor dem Hintergrund der Option zur Entkriminalisierung des privaten Konsums „das verfassungsrechtlich verbürgte Prinzip der Konsistenz des Rechts“ auch eine legale staatlich organisierte Versorgung erwachsener Konsumenten mit Cannabis gebiete.⁷⁰

Unabhängig von der rechtspolitischen Bewertung einer Cannabis-Legalisierung vermögen diese Argumentationen rechtlich jedenfalls nicht zu überzeugen. Der völkervertragsrechtliche Verfassungsvorbehalt dient ebenso wie der europarechtliche Vorbehalt zugunsten des persönlichen Verbrauchs nach dem klaren Wortlaut und nach der klar erkennbaren Intention der jeweiligen Normsetzer allein der Ermöglichung einer Entkriminalisierung des individuellen Verhaltens der Drogenkonsumenten. Nur insoweit wird den Vertragsparteien der UN-Abkommen bzw. den EU-Mitgliedstaaten eine Entkriminalisierungsoption eingeräumt. Aus völkervertragsrechtlicher Sicht ist dies ein Zugeständnis an

⁶⁹ Ambos, Zur völkerrechtlichen Zulässigkeit der Cannabis-Entkriminalisierung, VerfBlog, 20.5.2022, <https://verfassungsblog.de/zur-voelkerrechtlichen-zulaessigkeit-der-cannabis-entkriminalisierung>.

⁷⁰ Lutzhöft/Hendel, Legalisierung impossible? EU- und völkerrechtskonforme Optionen für eine Legalisierung von Cannabis zu Genusszwecken in Deutschland, 2022, <https://www.twobirds.com/de/insights/2022/germany/legalisierung-impossible-eu-und-voelkerrechtskonforme-optionen-fuer-eine-legalisierung-von-cannabis>.

mögliche verfassungsrechtliche Schranken einer Kriminalisierung allein der Konsumenten und damit eine klar umgrenzte Ausnahme im ansonsten umfassend angelegten Drogen-Prohibitionssystem der UN. Aus dieser Ausnahme kann nicht die Zulässigkeit eines den Prohibitionsansatz konterkarierenden Modells staatlich organisierten oder lizenzierten Drogenanbaus und Drogenhandels geschlossen werden. Jede gegenteilige Annahme steht in einem rechtlich letztlich nicht zu überwindenden Widerspruch zu den zahlreichen Bestimmungen, insbesondere der UN-Übereinkommen, die explizit auf eine ausnahmslose Unterdrückung insbesondere des Drogenangebots abzielen.⁷¹ Dabei ist auch darauf hinzuweisen, dass entgegen der oben angeführten rechtspolitischen Thesen eine grundsätzliche Prohibitionsstrategie durch einen Verzicht auf eine strafrechtliche Verfolgung allein der Konsumenten ihrerseits nur relativiert, aber nicht grundsätzlich entwertet wird. Sowohl das UN-Drogenbekämpfungsrecht als auch die entsprechenden Bestimmungen des EU-Rechts haben sich bewusst und ausdrücklich allein für eine solche vertragsstaatliche Option zur Teilrelativierung der Prohibitionsvorgaben, aber zugleich gegen eine Möglichkeit zu ihrer vollständigen Negierung entschieden.⁷²

⁷¹ In Argumentation und Ergebnis grundsätzlich wie hier: *Bewley-Taylor/Jelsma*, The UN drug control conventions – The Limits of Latitude, tni.org, 2012, <https://www.tni.org/files/download/dlr18.pdf>; *Fijnaut/De Ruyver*, The Third Way – A Plea for a Balanced Cannabis Policy, 2015, 205; *Hofmann*, Das Cannabis-Dilemma – Rechtliche Hürden der Cannabis-Legalisierung in Deutschland und Europa, VerfBlog, 23.11.2021, <https://verfassungsblog.de/das-cannabis-dilemma/>; *ders.*, Welche Probleme das Cannabiskontrollgesetz lösen muss - Deutschlands Cannabis-Dilemma Teil 2, VerfBlog, 15.7.2022, <https://verfassungsblog.de/cannabis-2/>; *ders.*, Cannabis Legalization in Germany – The Final Blow to European Drug Prohibition?, European Law Blog, 11.1.2022, <https://europeanlawblog.eu/2022/01/11/cannabis-legalization-ingermany-the-final-blow-to-european-drug-prohibition/>; *ders.*, Deutschlands Cannabis-Dilemma, ZIS 2022, S. 191 ff.; *Jelsma*, German cannabis regulation on thin ice – The government’s risky approach to international legal obstacles puts the entire project in jeopardy, 2022, <https://www.tni.org/en/article/german-cannabis-regulation-on-thin-ice>; *van Kempen/Fedorova*, International Law and Cannabis I, Cambridge 2019, <https://www.cambridge.org/core/books/international-law-and-cannabis-i/F0D2A2A07FC311DAB48499DA9DCC8125>; *Scheerer*, Cannabis als Genussmittel?, ZRP 1996, 187 ff.; *Walsh*, Can Cannabis be regulated in accord with International Law?, Washington Office on Latin America (WOLA), online analysis, 14.11.2018, <https://www.wola.org/analysis/cannabis-regulated-accord-international-law/>.

⁷² Diese klare Rechtslage dürfte im Übrigen auch der Grund dafür sein, dass die oben angeführten Verfechter der gegenteiligen Position die Belastbarkeit der eigenen Thesen selbst als gering einschätzen. So ist insoweit etwa davon die Rede, dass „sich die Friktionen [...] mit dem geltenden völkerrechtlichen Drogenkontrollregime nicht vollständig normativ weginterpretieren“ ließen (*Ambos*, Zur völkerrechtlichen Zulässigkeit der Cannabis-Entkriminalisierung, VerfBlog, 20.5.2022, <https://verfassungsblog.de/zur-volkerrechtlichen-zulassigkeit-der-cannabis-entkriminalisierung>). Und andere empfehlen mit Blick auf die auch von ihnen eingeräumten rechtlichen Unsicherheiten am Ende nurmehr einen „pragmatischen Ansatz einer ‚Legalisierung light‘“, die sich darauf beschränken soll, „den Zugang erwachsener Verbraucher zu Cannabis innerhalb des bestehenden medizinischen Regimes zu vereinfachen“, *Lutzhöft/Hendel*, Legalisierung impossible? EU- und völkerrechtskonforme Optionen für eine Legalisierung von Cannabis zu Genusszwecken in Deutschland, 2022, <https://www.twobirds.com/de/insights/2022/germany/legalisierung-impossible-eu-und-voelkerrechtskonforme-optionen-fuer-eine-legalisierung-von-cannabis>.

Der Verfassungsvorbehalt kann daher allenfalls eine ausnahmsweise Entkriminalisierung des persönlichen Verbrauchs und seiner individuellen persönlichen und unmittelbaren Vorbereitungshandlungen, nicht aber ein staatliches oder staatlich angeleitetes System der Drogenproduktion und des Drogenhandels rechtfertigen.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung nach dem Grundgesetz?

Eine Berufung auf den Verfassungsvorbehalt setzte im Übrigen weiterhin voraus, dass die Entkriminalisierung des Cannabiskonsums in Deutschland verfassungsrechtlich geboten wäre. Anknüpfungspunkt dafür könnte insbesondere die Allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG sein. Diese könnte entweder als „Recht auf Rausch“ oder zumindest als verfassungsrechtliche Grenze der Cannabis-Kriminalisierung verstanden werden. Grenzen der bei Drogendelikten angedrohten Gefängnisstrafen könnten sich darüber hinaus aus dem Freiheitsrecht des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG ergeben. Als verfassungsrechtlich problematisch könnte sich auch die an Art. 3 Abs. 1 GG zu messende Ungleichbehandlung von Cannabis und legalen Drogen wie Alkohol oder Nikotin erweisen.⁷³

a) *Der Cannabis-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts*

Allerdings stand und steht das deutsche Verfassungsrecht jedenfalls nach herrschender Meinung einer Cannabis-Kriminalisierung gerade nicht entgegen. Verfassungsbeschwerden und Normenkontrollverfahren, die eine vermeintliche Verfassungswidrigkeit gerade der Cannabis-Kriminalisierung explizit behaupteten, hatten vor dem Bundesverfassungsgericht keinen Erfolg. Im Gegenteil hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Cannabis-Beschluss von 1994 ausdrücklich festgestellt, dass die Verfassung weder ein „Recht auf Rausch“ vermittele, noch einer grundsätzlichen Cannabis-Kriminalisierung im Wege stehe.⁷⁴ Das Bundesverfassungsgericht hat insoweit vor allem auf den Entscheidungs- und Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers abgestellt, der vom Gericht nur in begrenztem Umfang überprüft werden könne.⁷⁵ Dabei hat das Bundesverfassungsgericht seinerseits auch ausdrücklich die internationalrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands zur

⁷³ So im verfassungsrechtlichen Prüfungsansatz auch schon BVerfG, Beschluss v. 9.3.1994, 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR 2031/92, Cannabis, Rn. 116.

⁷⁴ BVerfG, Beschluss v. 9.3.1994, 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR 2031/92, Cannabis, Rn. 116 ff.

⁷⁵ BVerfG, Beschluss v. 9.3.1994, 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR 2031/92, Cannabis, Rn. 122, 124, 151.

Cannabis-Kriminalisierung hervorgehoben und diese Verpflichtungen ihrerseits als ergänzendes Argument für die Verfassungskonformität der Cannabis-Kriminalisierung gewertet.⁷⁶

Nach diesen verfassungsrechtlichen Maßgaben hat das Bundesverfassungsgericht nicht nur das strafbewehrte Verbot des „Handeltreibens“ mit Cannabis für verfassungsrechtlich unbedenklich erklärt,⁷⁷ sondern auch die grundsätzliche Strafbewehrung des Erwerbs und Besitzes kleiner Cannabismengen für den gelegentlichen Eigenverbrauch.⁷⁸ Allerdings hat das Gericht hinsichtlich des letzteren dessen regelmäßig geringen Unrechts- und Schuldgehalt hervorgehoben und die einschlägigen Strafvorschriften nur deshalb als verfassungskonform beurteilt, „weil der Gesetzgeber es den Strafverfolgungsorganen ermöglicht habe, durch das Absehen von Strafe [...] oder Strafverfolgung [...] einem geringen individuellen Unrechts- und Schuldgehalt der Tat Rechnung zu tragen.“ In diesen Fällen müssten „die Strafverfolgungsorgane nach dem Übermaßverbot von der Verfolgung der in § 31a BtMG bezeichneten Straftaten grundsätzlich ab[...]sehen“.⁷⁹

b) Verfassungsrechtliche Neubewertung?

Um den völkervertragsrechtlichen Verfassungsvorbehalt überhaupt geltend machen zu können, müsste Deutschland demnach eine gegenüber der Vergangenheit und insbesondere gegenüber dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts von 1994 veränderte Verfassungsrechtslage behaupten.

Eine solche Veränderung der Verfassungsrechtslage erscheint nicht prinzipiell ausgeschlossen.⁸⁰ Wie bereits erwähnt, hat die Bundesregierung schon im Zuge der Ratifizierung des Übereinkommens gegen den unerlaubten Drogenhandel auf eine solche Möglichkeit hingewiesen.⁸¹ Auch war die verfassungsrechtliche Bewertung der umfassenden Cannabis-Kriminalisierung schon 1994 im Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts nicht unumstritten. Die Entscheidung wurde von zwei Sondervoten begleitet, in denen einerseits die Richterin *Graßhof* eine auch weitergehende Cannabis-Kriminalisierung für

⁷⁶ BVerfG, Beschluss v. 9.3.1994, 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR 2031/92, Cannabis, Rn. 127, 151.

⁷⁷ BVerfG, Beschluss v. 9.3.1994, 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR 2031/92, Cannabis, Rn. 157 ff.

⁷⁸ BVerfG, Beschluss v. 9.3.1994, 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR 2031/92, Cannabis, Rn. 160 ff.

⁷⁹ BVerfG, Beschluss v. 9.3.1994, 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR 2031/92, Cannabis, Leitsatz 3.

⁸⁰ Zur entsprechenden Entwicklung der Rechtsprechung des Mexikanischen Supreme Courts: INCB-Jahresbericht 2021, Rn. 197 ff., https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2021/Annual_Report/E_INCB_2021_1_eng.pdf.

⁸¹ Vgl. dazu o. VII.B.1.

verfassungskonform⁸² und andererseits der Richter *Sommer* die Kriminalisierung des privaten Cannabiskonsums kleiner Mengen durch Erwachsene für verfassungswidrig ansehen.⁸³ Gegenwärtig liegen dem Bundesverfassungsgericht erneut vier Aussetzungs- und Vorlagebeschlüsse von drei Amtsgerichten vor, die Strafvorschriften des Betäubungsmittelgesetzes für verfassungswidrig halten, soweit sie sich auf Cannabis-Produkte beziehen. Die Gerichte machen erneut geltend, das strafbewehrte Cannabisverbot greife unverhältnismäßig in die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit ein. Außerdem lasse sich die Strafbarkeit des Umgangs mit dem Rauschmittel Cannabis vor dem Hintergrund der Legalität des Rauschmittels Alkohol nicht rechtfertigen und verstoße daher gegen Art. 3 Abs. 1 GG.⁸⁴ Entgegen dieser Rechtsauffassungen hat allerdings erst unlängst der Bundesgerichtshof die Verfassungskonformität des Cannabis-Verbots bekräftigt und auf eine entsprechende Vorlage zum Bundesverfassungsgericht ausdrücklich verzichtet.⁸⁵

Wie eine aktuelle verfassungsgerichtliche Bewertung der Cannabis-Kriminalisierung ausfallen dürfte, ist deshalb nicht ohne weiteres vorherzusagen. Eine einschlägige Entscheidung des Bundesverfassungsgericht könnte noch im Jahr 2023 erfolgen.⁸⁶ Einflüsse auf die Bewertung dürfte neben der grundsätzlich veränderten Einschätzung der Bundesregierung auch die teilweise veränderte rechtspolitische Bewertung in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union und in den USA haben. Gegenüber den Beschlussgrundlagen von 1994 dürfte sich allerdings in gegenteiliger Richtung auch die medizinische Grundeinschätzung verändert haben. 1994 ging das Bundesverfassungsgericht in seiner verfassungsrechtlichen Bewertung des Verbots nämlich noch von einer weitgehenden gesundheitlichen Unbedenklichkeit des Cannabiskonsums aus. Gegenüber der derzeitigen Lage dürften sich zum einen die tatsächlichen Umstände, insbesondere der stark gestiegene Wirkstoffgehalt der angebotenen Cannabis-Produkte, als auch die medizinischen Erkenntnisse zum Zusammenhang zwischen Cannabiskonsum und psychotischen Erkrankungen verändert haben. Erstere wurden in dem Beschluss von 1994 nur auf einem deutlich geringeren Niveau und letztere noch gar nicht thematisiert.

⁸² BVerfG, Beschluss v. 9.3.1994, 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR 2031/92, Cannabis, Rn. 191 ff.

⁸³ BVerfG, Beschluss v. 9.3.1994, 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR 2031/92, Cannabis, Rn. 222 ff.

⁸⁴ Anhängige Verfahren 2 BvL 3/20, 2 BvL 14/20, 2 BvL 5/21, 2 BvL 7/21.

⁸⁵ BGH, Beschl. v. 23.6.2022 – 5 StR 490/21, Rn. 18.

⁸⁶ *Suliak*, Cannabis-Legalisierung vor dem BVerfG – Sorgt Karlsruhe für die Entkriminalisierung?, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/cannabis-legalisierung-bverfg-entkriminalisierung-ampel-karl-lauterbach-btmg-richtervorlage/>.

Auch wenn deshalb eine Vorhersage hinsichtlich einer möglichen verfassungsgerichtlichen Neubewertung der Cannabis-Kriminalisierung im Detail mit Unsicherheiten belastet ist, so erscheint es doch schon mit Blick auf den vom Bundesverfassungsgericht zu beachtenden Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers hoch unwahrscheinlich, dass das Gericht dem Grundgesetz eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Entkriminalisierung nicht nur des privaten Konsums und ggfs. auch des privaten Anbaus, sondern weitergehend eine Pflicht zur Entkriminalisierung auch der kommerziellen Cannabisproduktion und des Cannabishandels entnehmen wird. Die von der Bundesregierung geplante Legalisierung eben dieser Produktion und dieses Handels wird sich also aller Voraussicht nach auch zukünftig nicht auf eine entsprechende Verfassungsrechtslage stützen können.

4. Verfassungsvorbehalt und Europarecht

Schließlich ist auf das rechtlich komplexe Verhältnis der Verfassungsvorbehaltsargumentation zum Europarecht hinzuweisen.

Der Verfassungsvorbehalt ergibt sich aus den entsprechenden Bestimmungen des Völkervertragsrechts. Demgegenüber enthalten die einschlägigen Bestimmungen des Unionsrechts keine entsprechenden Vorbehalte. Solche Vorbehalte finden sich weder im Schengener Durchführungsübereinkommen noch im EU-Rahmenbeschluss von 2004.

Ungeachtet dessen findet sich in der Literatur die These, die Verfassungsvorbehalte des Völkervertragsrechts entfaltetten potentielle Wirkung auch gegenüber den entsprechenden Cannabis-Verbotsvorgaben des Unionsrechts.⁸⁷ Die nicht immer ganz deutliche Argumentation hebt vor allem darauf ab, die europarechtlichen Bestimmungen zur Drogenbekämpfung vollzögen „die völkerrechtlichen Vorgaben im Wesentlichen“ lediglich nach.⁸⁸ Dieser nachvollziehende Charakter der europarechtlichen Bestimmungen soll es rechtfertigen, den in den europarechtlichen Bestimmungen ausdrücklich nicht enthaltenen Verfassungsvorbehalt als implizite Schranke auch dieser Bestimmungen zu verstehen. Der dem Völkervertragsrecht zu entnehmende Verfassungsvorbehalt wäre nach dieser Lesart in die europarechtlichen Bestimmungen zur Drogenbekämpfung zu transferieren oder

⁸⁷ Ambos, Nochmals: Cannabis-Entkriminalisierung und Europarecht, VerfBlog, 25.7.2022, <https://verfassungsblog.de/nochmals-cannabis-entkriminalisierung-und-europarecht/>.

⁸⁸ Ambos, Nochmals: Cannabis-Entkriminalisierung und Europarecht, VerfBlog, 25.7.2022, <https://verfassungsblog.de/nochmals-cannabis-entkriminalisierung-und-europarecht/>; zuvor schon ders., Zur völkerrechtlichen Zulässigkeit der Cannabis-Entkriminalisierung, VerfBlog, 20.5.2022, <https://verfassungsblog.de/zur-volkerrechtlichen-zulassigkeit-der-cannabis-entkriminalisierung>.

hineinzulesen. In der Konsequenz dieser Lesart könne das Europarecht über die völkerrechtlichen Vorgaben nicht hinausgehen und dürfe „deshalb auch zurecht weniger Beachtung“ finden.⁸⁹

Diese juristisch mindestens anspruchsvolle These vermag bei näherer Analyse kaum zu überzeugen. Zwar dienen die europarechtlichen Bestimmungen zumindest auch der Umsetzung völkerrechtlicher Vorgaben zur Drogenbekämpfung. So verpflichtet etwa Art. 71 Abs. 1 SDÜ 1990 die Vertragsparteien hinsichtlich der Abgabe von Cannabis „unter Berücksichtigung der bestehenden Abkommen der Vereinten Nationen“ alle notwendigen Maßnahmen zur Unterbindung des unerlaubten Handels zu treffen. Schon Art. 71 Abs. 2 SDÜ 1990, der zur Unterbindung der Ausfuhr, des Verkaufs, der Verschaffung und der Abgabe von Cannabis verpflichtet, verzichtet aber auf eine Inbezugnahme des Völkerrechts. Gleiches gilt für die nachfolgenden Absätze des Art. 71 SDÜ 1990. Der für die Frage der Cannabis-Kriminalisierung wichtigere EU-Rahmenbeschluss zum Drogenhandel von 2004 verzichtet jenseits der Drogendefinitionen ganz auf eine Inbezugnahme der völkervertragsrechtlichen Bestimmungen. Schon der Textbefund spricht demnach klar gegen die These eines impliziten allgemeinen Vorbehalts zugunsten der nationalen Verfassungsordnungen in den europarechtlichen Bestimmungen zur Drogenbekämpfung.

Gegen die Annahme eines allgemeinen, von den EU-Mitgliedstaaten selbst geltend zu machenden Verfassungsvorbehalts in den europarechtlichen Bestimmungen zur Drogenbekämpfung sprechen aber auch ganz grundlegende, prinzipielle europarechtliche Gründe. Anders als das Völkerrecht begründet das Europarecht nämlich seinerseits eine eigene Verfassungsrechtsordnung, die ihrerseits mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union einen eigenen Grundrechtsraum und mit dem Europäischen Gerichtshof eine eigene oberste Grundrechtsschutzinstanz etabliert. Weil und soweit die Europäische Union ihrerseits selbst Vertragspartei des UN-Übereinkommens gegen den illegalen Drogenhandel ist, könnte deshalb allein die Union als solche sich auf einen potentiellen Verfassungsvorbehalt gegenüber den von ihr eingegangenen völkerrechtlichen Drogenbekämpfungspflichten berufen. Völlig zu Recht ist deshalb in der Literatur darauf hingewiesen worden, dass sich ein europarechtlich relevanter Verfassungseinwand gegenüber den völkerrechtlichen Drogenbekämpfungspflichten allein aus einer entsprechenden

⁸⁹ *Ambos*, Nochmals: Cannabis-Entkriminalisierung und Europarecht, VerfBlog, 25.7.2022, <https://verfassungsblog.de/nochmals-cannabis-entkriminalisierung-und-europarecht/>, a.E.

Grundrechtsjudikatur des EuGH ergeben könne.⁹⁰ Mit anderen Worten: weil und soweit die europäische Union völkerrechtliche Verpflichtungen zur Drogenbekämpfung übernommen hat, obliegt es allein der Union und damit letztlich dem EuGH, über die Verfassungs- und Grundrechtskonformität dieser Verpflichtungen abschließend zu entscheiden. Auch die Frage nach dem völkerrechtlichen „Verfassungsvorbehalt“ ist insoweit europäisiert.

Nur diese letztgenannte Lesart entspricht – darauf hat im hier interessierenden Zusammenhang *Thym* aufmerksam gemacht⁹¹ – der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH zur Geltendmachung völkerrechtlicher Vorbehalte in „gemischten“, also sowohl von der Europäischen Union wie auch von ihren Mitgliedstaaten unterzeichneten, völkerrechtlichen Abkommen. So hat der EuGH erst unlängst einen Versuch Irlands, einen völkerrechtlichen Vorbehalt im Bereich des internationalen Urheberrechts im nationalen Alleingang geltend zu machen, als europarechtswidrig zurückgewiesen. Weil und soweit auch die Union Vertragspartei des entsprechenden völkerrechtlichen Abkommens sei, sei es allein Sache der EU, über die Geltendmachung solcher Vorbehalte gegenüber Drittstaaten zu entscheiden.⁹²

Die Europäisierung der Drogenbekämpfung erlaubt demnach – soweit sie inhaltlich reicht⁹³ – zugleich keine isolierte Geltendmachung nationaler Verfassungsvorbehalte. Nur ein solches Verständnis entspricht schließlich dem Sinn und Zweck der gemeinsamen und vorrangigen europarechtlichen Bestimmungen zur Drogenbekämpfung. Diese sollen eine gemeinsame und jedenfalls weitgehend einheitliche Drogenbekämpfungspolitik verbürgen um damit den übergeordneten Zielen eines von Grenzkontrollen freien Raums und des gemeinsamen Binnenmarktes zu dienen.

Bezüglich der Frage nach der potentiellen Entwicklung und Geltendmachung eines gemeinsamen europäischen Verfassungsvorhalts gegenüber den völkerrechtlichen Drogenbekämpfungspflichten der Union käme es deshalb allein auf mögliche künftige Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs an. Deren Entwicklung ist noch weniger sicher prognostizierbar, als die künftige Entwicklung der einschlägigen Rechtsprechung des

⁹⁰ *Thym*, Ein Weg zur Cannabis-Legalisierung führt über Luxemburg, VerfBlog, 29.8.2022, <https://verfassungsblog.de/ein-weg-zur-cannabis-legalisierung-fuehrt-uber-luxemburg/>.

⁹¹ *Thym*, Ein Weg zur Cannabis-Legalisierung führt über Luxemburg, VerfBlog, 29.8.2022, <https://verfassungsblog.de/ein-weg-zur-cannabis-legalisierung-fuehrt-uber-luxemburg/>.

⁹² EuGH, Rs. C-265/19, Urt. v. 8.9.2020, Recorded Artists, Rn. 87 ff.

⁹³ Näher zu den Grenzen der europarechtlichen Pflicht zur Cannabis-Kriminalisierung o. VI.

Bundesverfassungsgerichts.⁹⁴ Einschlägige Entscheidungen des EuGH zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Cannabis-Kriminalisierung fehlen bislang weitgehend. Hinzuweisen ist insoweit allerdings auf die Entscheidung Josemans gegen Burgemeester van Maastricht von 2010, in der der EuGH Cannabis unter Hinweis auf die entsprechenden völker- und europarechtlichen Bestimmungen als illegale Ware eingestuft hat, ohne dabei diese Illegalität unter Hinweis auf vermeintlich entgegenstehende Grundrechte in Frage zu stellen.⁹⁵

Hinzuweisen ist auch auf die jüngere EuGH-Entscheidung zum freien Warenverkehr mit rechtmäßig hergestelltem Cannabidiol (CBD).⁹⁶ Mit diesem Urteil hat der Gerichtshof ein französisches Verbot der Vermarktung von CBD als unvereinbar mit der Warenverkehrsfreiheit bezeichnet.

Der Gerichtshof hat dabei im Ausgangspunkt seine eben referierte „Josemans“-Rechtsprechung bestätigt, wonach die Warenverkehrsfreiheit auf illegale Drogen wie Cannabis keine Anwendung finde. Die „Schädlichkeit von Suchtstoffen, einschließlich derjenigen auf Hanfbasis,“ sei „allgemein anerkannt“ und ihr Inverkehrbringen in allen Mitgliedstaaten verboten. Lediglich ein streng überwachter Handel, der der Verwendung für medizinische und wissenschaftliche Zwecke diene, sei davon ausgenommen.⁹⁷ Hervorzuheben ist dabei, dass der Gerichtshof zur Begründung des Cannabis-Verbots ausdrücklich auf die entsprechenden Bestimmungen des Unionsrechts und auf die Unterzeichnung des IT 1988 gerade durch die Union abstellt.

CBD sei aber faktisch und rechtlich nicht als „Cannabis“ im Sinne dieser Bestimmungen und damit nicht als illegale Droge zu begreifen. Das Unionsrecht verweise für die Drogendefinition insbesondere auf das UN-Übereinkommen über psychotrope Stoffe und das Einheits-Übereinkommen über Suchtstoffe. CBD werde im erstgenannten Übereinkommen nicht erwähnt, und eine wörtliche Auslegung des Einheits-Übereinkommens könnte zwar dazu führen, es – als Cannabisextrakt – als Suchtstoff einzustufen. Eine solche Auslegung widerspräche jedoch dem Grundgedanken dieses Übereinkommens und seinem

⁹⁴ Vgl. dazu bereits o. VII.B.3.b).

⁹⁵ EuGH, Rs. C-137/09, Urt. v. 16.12.2010 – Josemans gegen Burgemeester van Maastricht; ebenso in der Illegalitätseinstufung bereits: EuGH, Rs. 289/86, Urt. v. 5.7.1988 – Happy Family und EuGH, Rs. 294/82, Urt. v. 28.2.1984 – Einberger II.

⁹⁶ EuGH, Rs. C-663/18, Urt. v. 19.11.2020 – CBD.

⁹⁷ EuGH, Rs. C-663/18, Urt. v. 19.11.2020 – CBD, Rn. 59.

Ziel, „die Gesundheit und das Wohl der Menschheit“ zu schützen.⁹⁸ Nach dem gegenwärtigen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse, der zu berücksichtigen sei, habe das in Rede stehende CBD, anders als Tetrahydrocannabinol (THC), offenbar keine psychotropen Wirkungen oder schädlichen Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit.

Zumindest in seiner bisherigen Rechtsprechung hat der Europäische Gerichtshof demnach keinerlei Zweifel an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des grundsätzlichen Cannabis-Verbots erkennen lassen. Auch wenn ein Wandel dieser Rechtsprechung nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden kann, so dürfte auch hier – wie schon hinsichtlich der parallelen Frage nach einem Wandel in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – mit Rücksicht auf den Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers kaum eine Entwicklung hin zu einer verfassungsrechtlichen Verpflichtung zur Legalisierung nicht nur des privaten Cannabis-Konsums, sondern weitergehend auch eines staatlichen Cannabis-Angebots zu erwarten sein.

C. Europarechtliche Rechtfertigung durch gesetzliche Erlaubnis?

Nicht zielführend erscheint vor diesem Hintergrund auch ein weiterer interpretatorischer Ansatz, der auf eine Relativierung spezifisch der europarechtlichen Verpflichtungen zur Kriminalisierung des Cannabis-Angebots abzielt.

Soweit erkennbar, stammt die entsprechende Überlegung ursprünglich aus der Begründung zu dem bereits erwähnten und vom Bundestag abgelehnten Entwurf für ein Cannabiskontrollgesetz, das auf eine den Eckpunkten der Bundesregierung weitgehend entsprechende Cannabis-Legalisierung abzielte. Zur Relativierung der aus dem Unionsrecht folgenden Kriminalisierungsverpflichtungen verwies dieser Gesetzentwurf insbesondere auf die in Art. 2 RB 2004 enthaltene Formulierung, wonach die Drogenproduktion und der Drogenhandel von den Mitgliedsstaaten dann unter Strafe zu stellen sind, „wenn sie

⁹⁸ Zwischenzeitlich hat allerdings das INCB in seinem jüngsten Jahresbericht darauf hingewiesen, dass die von der WHO angeregte ausdrückliche Ausklammerung von CBD aus der „Cannabis“-Definition in Anhang I SC 1961 auf der 63. CND-Sitzung im Dezember 2020 keine Mehrheit gefunden hat, vgl. INCB-Jahresbericht 2021, Rn. 800, 812, https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2021/Annual_Report/E_INCB_2021_1_eng.pdf. In einem Strafverfahren zum Handel mit CBD-Blüten hat der BGH eine strafrechtliche Verurteilung auch unter Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung für zulässig angesehen, weil im konkreten Fall eine einfache Anreicherung des in den CBD-Blüten enthaltenen THC-Gehalts durch den Endverbraucher möglich und intendiert war, vgl. BGH, Beschl. v. 23.6.2022 – 5 StR 490/21, Rn. 9 ff.

ohne entsprechende Berechtigung [engl.: „without right“, Anm. des Verf.] vorgenommen wurden“.⁹⁹

Nach der Argumentation des Gesetzentwurfs stehen diese Bestimmungen einer umfassenden Drogenlegalisierung durch einen Mitgliedstaat deshalb überhaupt nicht im Wege. Es bedürfe lediglich einer entsprechenden innerstaatlichen Gesetzgebung, die eben diese Berechtigung schaffe. In dieser Logik stünden die europarechtlichen Verpflichtungen zur Drogenprohibition vollständig im regulatorischen Ermessen des jeweiligen mitgliedstaatlichen Gesetzgebers.

Zu Recht hat diese These in der einschlägigen juristischen Literatur zum Thema jedenfalls in ihrer schlichten Entschiedenheit (fast) keine Anhänger gefunden.¹⁰⁰

Sie steht zunächst in einem erkennbaren Spannungsverhältnis zu der von Seiten der Legalisierungsbefürworter mit Blick auf den völkervertragsrechtlichen Verfassungsvorbehalt vertretenen These, das Europarecht sei lediglich um einen Nachvollzug der völkervertragsrechtlichen Vorgaben bemüht und deshalb akzessorisch zu verstehen und auszulegen.¹⁰¹ Gerade wegen des Konnexes zwischen Unions- und UN-Recht¹⁰² ist davon auszugehen, dass die Formulierung „ohne Berechtigung/without right“ sich auf diejenigen Berechtigungen bezieht, die auch nach dem UN-Recht einen Umgang mit Drogen legitimieren können. Zu diesen Berechtigungen zählt das UN-Recht nach den obigen Ausführungen aber allein solche, die von den Vertragsstaaten zu medizinischen und wissenschaftlichen Zwecken erteilt werden können. Dazu ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass – wie oben bereits erwähnt¹⁰³ – auch das Einheits-Übereinkommen in Art. 33 SC 1961 eine Klausel kennt, wonach die Vertragsparteien keinen Besitz von Suchtstoffen „ohne gesetzliche Ermächtigung“ (engl. „except und legal authority“) gestatten. Vor dem

⁹⁹ Entwurf eines Cannabiskontrollgesetzes, BT-Drs. 18/4204 v. 4.3.2015, S. 45. Vgl. zu diesem Entwurf bereits o. IV.C.

¹⁰⁰ Vage in diese Richtung aber die Andeutungen bei *Lutzhöft/Hendel*, Legalisierung impossible? EU- und völkerrechtskonforme Optionen für eine Legalisierung von Cannabis zu Genusszwecken in Deutschland, 2022, <https://www.twobirds.com/de/insights/2022/germany/legalisierung-impossible-eu-und-voelkerrechtskonforme-optionen-fuer-eine-legalisierung-von-cannabis>. Deutlicher: *Lichtenthäler/Oğlakcioğlu/Sobota*, „Wenn die Ampel auf Grün schaltet...“: Neuralgische Punkte einer Cannabisfreigabe, NK 2022, 228 (234 f.), die allerdings selber einräumen, dass „solch eine Auslegung gerade vor dem Hintergrund der Genese des Rahmenbeschlusses nicht jeden überzeugen“ mag.

¹⁰¹ Vgl. dazu bereits o. VII.B.4.

¹⁰² Eingehender zu der erkennbaren Absicht des EU-Normsetzers zu Umsetzung der Vorgaben des UN-Rechts: *van Kempen/Federova*, Die Regulierung von Cannabis unter Anwendung der „ohne entsprechende Berechtigung“-Klausel in Artikel 2 Absatz 1 des EU-Rahmenbeschlusses 2004/757/JI über illegalen Drogenhandel, 2023 (i.E.).

¹⁰³ Vgl. dazu bereits o. V.

Hintergrund der klaren Prohibitionsabsichten und der eindeutigen Kriminalisierungsvorgaben des Völkervertragsrechts ist diese Klausel aber soweit ersichtlich weder von den UN-Drogenkontrollorganen noch von den Vertragsparteien zu irgendeinem Zeitpunkt als eine über die Legalisierung des wissenschaftlichen und/oder medizinischen Gebrauchs hinausgehende Option zur generellen Legalisierung des Drogenkonsums verstanden worden. Auch in der Literatur finden sich hierzu lediglich verneinende Stellungnahmen.¹⁰⁴

Gegen ein Verständnis der „ohne Berechtigung/without right“-Klausel im Sinne einer umfassenden und voraussetzungslosen „Opt-out“-Option der einzelnen EU-Mitgliedstaaten spricht auch der Sinn und Zweck der Regelungen des SDÜ 1990 und des RB 2004. So zielt etwa der RB 2004 schon ausweislich seines Titels auf die „Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels“ ab. Mindestvorschriften würden aber überhaupt nicht mehr bestehen, bliebe die Entscheidung über die Kriminalisierung der Drogenproduktion und des Drogenhandels der willkürlichen Entscheidung der einzelnen Mitgliedstaaten überlassen. Mit der Anerkennung einer pauschalen „Opt-out“-Option würden schließlich die expliziten gesundheits- und kriminalpolitischen Zielsetzungen verfehlt, die der EU-Gesetzgeber mit dem EU-Drogenbekämpfungsrecht verbunden hat.¹⁰⁵

Dass die „ohne Berechtigung/without right“-Klausel nicht als umfassende „Opt-out“-Klausel und mitgliedstaatliche „carte blanche“ verstanden werden kann, zeigt schließlich der Vergleich mit entsprechenden Bestimmungen anderer EU-Rechtsakte. So verpflichtet etwa auch die Richtlinie 2011/93/EU über Kinderpornografie die Mitgliedstaaten, vorsätzliche Handlungen im Zusammenhang mit Kinderpornografie unter Strafe zu stellen, wenn sie „without right“ begangen werden. Auch hier erlaubt aber die „without right“-

¹⁰⁴ Siehe etwa *van Kempen/Federova*, Die Regulierung von Cannabis unter Anwendung der „ohne entsprechende Berechtigung“-Klausel in Artikel 2 Absatz 1 des EU-Rahmenbeschlusses 2004/757/JI über illegalen Drogenhandel, 2023 (i.E.); *dies.*, International Law and Cannabis I: Regulation of Cannabis Cultivation for Recreational Use under the UN Narcotic Drugs Conventions and the EU Legal Instruments in Anti-Drugs Policy, 2019, S. 133 ff., <https://www.cambridge.org/core/books/international-law-and-cannabis-i/F0D2A2A07FC311DAB48499DA9DCC8125>.

¹⁰⁵ Näher zu diesen Zielsetzungen und zur historischen Interpretation der „ohne Berechtigung“-Klausel: *van Kempen/Federova*, Die Regulierung von Cannabis unter Anwendung der „ohne entsprechende Berechtigung“-Klausel in Artikel 2 Absatz 1 des EU-Rahmenbeschlusses 2004/757/JI über illegalen Drogenhandel, 2023 (i.E.).

Klausel den Mitgliedstaaten selbstverständlich keine pauschale Entkriminalisierung der Kinderpornografie durch innerstaatliche gesetzgeberische Entscheidung.¹⁰⁶

Die „ohne Berechtigung/without right“-Klausel kann deshalb nur so verstanden werden, dass sie im Sinne des UN-Rechts den Mitgliedstaaten eine Gestattung des medizinischen und wissenschaftlichen Drogengebrauchs gestattet. Eine weitergehende Bedeutung kommt ihr nicht zu.¹⁰⁷

D. Cannabis-Produktion und -Handel als Element der Drogenbekämpfung?

Noch weiter gehen allerdings die bereits oben referierten¹⁰⁸ Vorstellungen der Bundesregierung, nach denen die staatliche Erlaubnis zur einer Cannabis-Produktion und zu dessen Vermarktung als ein Baustein einer Drogenbekämpfungspolitik zu verstehen und so auch völker- und europarechtlich zu rechtfertigen sei. Die Bundesregierung beabsichtigt ausweislich des von ihr veröffentlichten Eckpunktepapiers insoweit eine entsprechende „Interpretationserklärung“ abzugeben, die die Vereinbarkeit der „Umsetzung des Koalitionsvertrages – unter bestimmten engen Voraussetzungen staatlicher Reglementierung und Verbesserung der Standards in den Bereichen Gesundheits- und Jugendschutz sowie Be-

¹⁰⁶ Im Gegenteil bestimmt Erwägungsgrund 17 Richtlinie 2011/93/EU, dass die Formulierung „without right“ im Zusammenhang mit Kinderpornografie den Mitgliedstaaten lediglich gestattet, „eine Rechtfertigung für Handlungen im Zusammenhang mit ‚pornografischem Material‘ vorzusehen, die beispielsweise einem medizinischen, wissenschaftlichen oder ähnlichen Zweck dienen. Außerdem erlaubt er Handlungen im Rahmen von nationalen rechtlichen Befugnissen, wie den legitimen Besitz von Kinderpornografie durch die Behörden, um Strafverfahren durchzuführen oder Straftaten zu verhindern, aufzudecken oder zu untersuchen. Er schließt außerdem keine Rechtfertigungen oder entsprechende relevante Prinzipien aus, die eine Person unter bestimmten Umständen von der Verantwortung ausnehmen, beispielsweise wenn Telefon- oder Internet-Hotlines aktiv sind, um diese Fälle zu melden.“ Ich verdanke den entsprechenden Hinweis *van Kempen/Federova*, Die Regulierung von Cannabis unter Anwendung der „ohne entsprechende Berechtigung“-Klausel in Artikel 2 Absatz 1 des EU-Rahmenbeschlusses 2004/757/JI über illegalen Drogenhandel, 2023 (i.E.).

¹⁰⁷ Dies ist – trotz erkennbar anderer Auslegungsabsicht – im Ergebnis auch das praktische Ergebnis der eingehenden Untersuchung von *van Kempen/Federova*, Die Regulierung von Cannabis unter Anwendung der „ohne entsprechende Berechtigung“-Klausel in Artikel 2 Absatz 1 des EU-Rahmenbeschlusses 2004/757/JI über illegalen Drogenhandel, 2023 (i.E.). Zwar halten diese Autoren ein weiteres Verständnis der Klausel grundsätzlich für möglich. Dieses setze aber zum einen eine vorherige Auflösung der völkerrechtlichen Bindungen wenigstens des jeweiligen Vertragsstaates und zum anderen eine Sicherstellung der Nichtbeeinträchtigung der grundsätzlich prohibitiven EU-Regelungsziele und der Drogenbekämpfung benachbarter EU-Mitgliedstaaten voraus. Dass diese kumulativen Voraussetzungen im Rahmen der von der Bundesregierung geplanten Cannabis-Legalisierung erreicht werden könnten, erscheint auf absehbare Zeit praktisch ausgeschlossen.

¹⁰⁸ Vgl. dazu o. IV.A und IV.C.

kämpfung des illegalen Drogenhandels – als mit dem Zweck und den rechtlichen Vorgaben der Übereinkommen vereinbar erklärt“.¹⁰⁹ In ihrer Erläuterungen zu diesem Vorgehen rekurriert die Bundesregierung auf die von Deutschland bereits anlässlich der Ratifizierung des IT 1988 abgegebene Interpretationserklärung zu Art. 3 Abs. 2 IT 1988.

Die rechtliche Bedeutung der über Art. 3 Abs. 2 IT 1988 allenfalls erreichbaren Relativierungen der völkerrechtlichen Drogenbekämpfungsverpflichtungen wird mit diesem Rechtfertigungsansatz aber eindeutig überdehnt.¹¹⁰ Dazu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Ausnahmevorschrift des Art. 3 Abs. 2 IT 1988, anders als von der Bundesregierung unterstellt, keine interpretatorische Umkehrung des Drogen-Prohibitionsansatzes des UN-Rechts erlaubt. Die von der Bundesregierung geplante umfassende Legalisierung der kommerziellen Cannabis-Produktion und des Cannabis-Vertriebs kann eben nicht in eine Prohibitionspolitik mit anderen Mitteln umgedeutet werden.

Zu Recht ist insoweit in der Literatur auch auf die Widersprüchlichkeit der gegenteiligen völkerrechtlichen Einschätzung der Bundesregierung hingewiesen worden. Diese geht nämlich ausweislich ihres Eckpunktepapiers selbst davon aus, dass jedenfalls „nach vorläufiger Einschätzung“ ein „internationaler Handel von Cannabis zu Genusszwecken auf Basis bzw. im Einklang mit bestehenden internationalen Rahmenbedingungen nicht möglich“ sei. Das internationale Recht ermögliche „lediglich einen Handel von Drogen zu medizinischen oder wissenschaftlichen Zwecken und dies auch nur unter strengen Voraussetzungen“. Die Bundesregierung hält deshalb selbst einen internationalen Handel und

¹⁰⁹ Eckpunktepapier der Bundesregierung, 2022, S. 3, https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/C/Kabinettvorlage_Eckpunktepapier_Abgabe_Cannabis.pdf. In eine ähnliche Richtung argumentieren für das Unionsrecht *Lutzhöft/Hendel*, Legalisierung impossible? EU- und völkerrechtskonforme Optionen für eine Legalisierung von Cannabis zu Genusszwecken in Deutschland, 2022, <https://www.twobirds.com/de/insights/2022/germany/legalisierung-impossible-eu-und-voelkerrechtskonforme-optionen-fuer-eine-legalisierung-von-cannabis>, wonach die Gemeinsame Erklärung der Vertragsparteien zum Schengener Durchführungsübereinkommen, die Abweichungen von den Cannabis-Verboten auf nationaler Ebene „zur Vorbeugung und Behandlung der Abhängigkeit von Suchtstoffen“ für möglich erkläre, dafür spreche, dass die Einführung eines kontrollierten Cannabis-Marktes zulässig sei, soweit die Maßnahme der staatlichen Drogenkontrollpolitik diene. Auch diese Autoren erklären diesen Ansatz in der Folge aber für rechtlich nicht hinreichend belastbar.

¹¹⁰ Ebenso: *Jelsma*, German cannabis regulation on thin ice – The government’s risky approach to international legal obstacles puts the entire project in jeopardy, 2022, <https://www.tni.org/en/article/german-cannabis-regulation-on-thin-ice>: “can be easily contested and dismissed on legal grounds”.

damit einen Import von Cannabis nach Deutschland für völker- (und unions-)rechtswidrig.¹¹¹ Das UN-Drogenbekämpfungsrecht verlangt aber – anders als hier implizit unterstellt wird – nicht allein eine Kriminalisierung des grenzüberschreitenden Handels, sondern zugleich eine Kriminalisierung jeden nicht wissenschaftlichen oder medizinischen Zwecken im oben beschriebenen engen Sinne dienenden Anbaus und Handels.¹¹²

Wie oben bereits eingehend beschrieben,¹¹³ eröffnet Art. 3 Abs. 2 IT 1988 allein die Möglichkeit einer Relativierung der Kriminalisierungsverpflichtungen hinsichtlich des persönlichen Drogen-Verbrauchs. Die Bestimmungen des UN-Drogenbekämpfungsrechts unterscheiden insoweit – ebenso wie das einschlägige EU-Recht – eindeutig zwischen einer unter bestimmten verfassungsrechtlichen Voraussetzungen möglichen Entkriminalisierung der an sich zu verbietenden Tathandlungen der Drogenkonsumenten einerseits und einer unter allen Umständen unter Strafe zu stellenden überindividuellen und kommerziellen Drogenproduktion und dem Drogenangebot.

Schon die innerstaatliche und europäische verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Entkriminalisierung des individuellen Drogenkonsums erscheint vor diesem völkerrechtlichen Hintergrund nach den obigen Ausführungen¹¹⁴ derzeit nicht gegeben und auch in ihrer Entwicklung überaus anspruchsvoll. Schon sie kann allein durch eine einseitige Interpretationserklärung der deutschen Bundesregierung nicht erreicht werden. Jedenfalls aber ist mit einer solchen Erklärung eine grundsätzliche Abkehr von dem mit dem UN-Recht verfolgten Drogenbekämpfungsansatzes nicht zu rechtfertigen.

¹¹¹ Eckpunktepapier der Bundesregierung, 2022, S. 11, https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/C/Kabinetttvorlage_Eckpunktepapier_Abgabe_Cannabis.pdf.

¹¹² Eingehend kritisch dazu: *Jelsma*, German cannabis regulation on thin ice – The government’s risky approach to international legal obstacles puts the entire project in jeopardy, 2022, <https://www.tni.org/en/article/german-cannabis-regulation-on-thin-ice>: “The treaties, however, impose exactly the same restriction on domestic production and internal trade. International trade is not more prohibited than a closed national market for recreational purposes”.

¹¹³ Vgl. dazu o. V.C und VII.B.2.

¹¹⁴ Vgl. dazu bereits o. VII.B.3 und VII.B.4.

VIII. Rechtsschutzmöglichkeiten der Bayerischen

Landesregierung

Die Möglichkeiten der Bayerischen Landesregierung, Rechtsschutz gegen eine völker- und europarechtswidrige Cannabis-Legalisierung durch Bundesgesetz zu erlangen, sind innerstaatlich begrenzt. Eine höchstrichterliche Klärung lässt sich aber wenigstens mittelbar durch den Europäischen Gerichtshof erreichen.

A. Verfahren der abstrakten Normenkontrolle

Gängiges verfassungsgerichtliches Verfahren zur Klärung von Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Verfassungskonformität von Bundesgesetzen ist das der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG.

Entsprechende Normenkontrollanträge können von einer Landesregierung oder einem Viertel der Mitglieder des Bundestages gestellt werden.

1. Prüfungsmaßstab Europarecht?

Prüfungsmaßstab der abstrakten Normenkontrolle ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts allerdings lediglich die Vereinbarkeit der Bestimmungen des betroffenen Bundesgesetzes mit dem Grundgesetz. Das Bundesverfassungsgericht hat den Begriff des Grundgesetzes dabei in der Vergangenheit ausdrücklich betont eng ausgelegt. Es hat deshalb die Rüge, die Bestimmung eines Bundesgesetzes verstoße gegen Vorschriften des Unionsrechts, für unzulässig angesehen. Prüfungsmaßstab sei allein die Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz, nicht aber die mit dem Recht der Europäischen Union.¹¹⁵

An dieser restriktiven Interpretation soll auch die Berufung auf Art. 23 Abs. 1 GG und damit auf die verfassungsrechtliche Verpflichtung Deutschlands zur Mitwirkung bei der Entwicklung der Europäischen Union nichts ändern. Zwar handele es sich bei Art. 23 Abs. 1 GG um eine Norm des Grundgesetzes, die im Normenkontrollverfahren Prüfungsmaßstab sein könne. Allein aus dem möglichen Verstoß einer bundesrechtlichen Norm gegen unionsrechtliche Vorgaben soll sich eine auch verfassungsprozessual relevante Verletzung des Art. 23 Abs. 1 GG aber noch nicht ergeben können.

Dies folgt nach Ansicht des Gerichts auch daraus, dass ein möglicher Verstoß gegen Unionsrecht die Gültigkeit einer innerstaatlichen Norm für sich genommen nicht in Frage

¹¹⁵ BVerfGG, Beschluss v. 1.4.2014, 2 BvF 1, 3/12 (Gigaliner) Rn. 43.

stelle.¹¹⁶ Dieser Argumentation liegt die der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs entstammende Unterscheidung von Geltungs- und Anwendungsvorrang zugrunde, wonach der Verstoß einer nationalen Norm gegen das Unionsrecht diese Norm nicht ungültig macht, sondern lediglich deren Unanwendbarkeit erzwingt.

Für die Prüfung, ob eine innerstaatliche Norm des einfachen Rechts mit einer Bestimmung des Unionsrechts unvereinbar ist, ist das Bundesverfassungsgericht nach eigener Auffassung daher nicht zuständig.¹¹⁷ Dieser Prüfungsmaßstab werde weder durch Art. 23 Abs. 1 GG und die darin zum Ausdruck gebrachte Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes erweitert¹¹⁸ noch für das Verfahren der abstrakten Normenkontrolle dadurch modifiziert, dass das Bundesverfassungsgericht in diesem Verfahren ohne Zusammenhang mit einem Verfahren vor den Fachgerichten entscheide, in dem eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof gegebenenfalls erfolgen könnte und müsste.¹¹⁹

Ungeachtet dieser noch vergleichsweise jungen und inhaltlich eindeutigen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts erscheint eine Änderung dieser Rechtsprechung zur Unzulässigkeit der Geltendmachung der Europarechtswidrigkeit von Bundesgesetzes im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle allerdings nicht vollkommen ausgeschlossen. Anlass dafür könnte die jüngere Rechtsprechung des Gerichts zur Zulässigkeit der Geltendmachung der Grundrechte der Europäischen Grundrechtecharta in der Verfassungsbeschwerde sein. Mit dieser neuen Rechtsprechungslinie („Recht auf Vergessen I/II“)¹²⁰ hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts die bislang gegenläufige Rechtsprechung des Gerichts aufgegeben; der Zweite Senat ist dem zwischenzeitlich gefolgt. Aufgegeben ist damit vor allem die „Trennungsthese“, nach der die europarechtlichen Zuständigkeiten des Europäischen Gerichtshofs einerseits und die verfassungsrechtlichen Zuständigkeiten des Bundesverfassungsgerichts andererseits klar zu trennen seien. Nach der neuen Rechtsprechungslinie überwacht nunmehr auch das Bundesverfassungsgericht

¹¹⁶ BVerfG, Beschluss v. 1.4.2014, 2 BvF 1, 3/12 (Gigaliner) Rn. 43; unter Hinweis auf BVerfGE 126, 286 (301 f.).

¹¹⁷ BVerfG, Beschluss v. 1.4.2014, 2 BvF 1, 3/12 (Gigaliner) Rn. 43; unter Hinweis auf BVerfGE 31, 145 (174 f.); 82, 159 (191); 110, 141 (155); 114, 196 (220); BVerfG, Urt. v. 28.1.2014, 2 BvR 1561/12 u.a.

¹¹⁸ BVerfG, Beschluss v. 1.4.2014, 2 BvF 1, 3/12 (Gigaliner) Rn. 43; unter Hinweis auf BVerfGE 110, 141 (155); *Kaiser/Schübel-Pfister*, in: Emmenegger/Wiedmann, *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. 2, 2011, S. 545 (568 f.).

¹¹⁹ BVerfG, Beschluss v. 1.4.2014, 2 BvF 1, 3/12 (Gigaliner) Rn. 43; unter Hinweis auf BVerfGE 114, 196 (220).

¹²⁰ BVerfG, Beschlüsse v. 6.11.2019, 1 BvR 16/13 (Recht auf Vergessen I); 1 BvR 276/17 (Recht auf Vergessen II).

die Einhaltung der Unionsgrundrechte in Kooperation mit dem Europäischen Gerichtshof. Damit sind zumindest die Grundrechte der Europäischen Grundrechtecharta ausdrücklich zum Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts im Verfahren der Verfassungsbeschwerde avanciert.

Eine Übertragung dieses Grundansatzes auf das Verfahren der abstrakten Normenkontrolle¹²¹ und auf die Geltendmachung nicht nur der Grundrechte der Grundrechtecharta, sondern auch der sonstigen Bestimmungen des Unionsrechts erscheint immerhin denkbar und läge in der Konsequenz der skizzierten jüngeren Rechtsprechungsentwicklung. Sie setzte damit aber eine gleich zweifache Weiterentwicklung voraus und erscheint deshalb derzeit eher unwahrscheinlich.

2. Prüfungsmaßstab Völkerrecht?

Wenig aussichtsreich erschiene dagegen die isolierte Geltendmachung des in der geplanten Cannabis-Legalisierung liegenden Völkerrechtsverstoßes im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kommt völkerrechtlichen Verträgen nämlich – soweit sie nicht in die in den Art. 23-25 GG genannten Sonderbereiche fallen – innerstaatlich lediglich der Rang eines einfachen Bundesgesetzes zu. Ihnen gegenüber soll der lex-posterior-Grundsatz uneingeschränkt gelten. Weder unter Rückgriff auf den ungeschriebenen Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes noch aus dem Rechtsstaatsprinzip soll sich eine Verfassungswidrigkeit völkerrechtswidriger Gesetze bzw. ein Vorrang des Völkervertragsrechts vor dem Gesetz oder eine Einschränkung des lex-posterior-Grundsatzes ableiten lassen.¹²²

B. Klärung durch den Europäischen Gerichtshof

Mittelbar könnte Bayern allerdings für eine höchstrichterliche Klärung der europa- und völkerrechtlichen Unvereinbarkeit der geplanten Cannabis-Legalisierung durch den Europäischen Gerichtshof sorgen. Zwar fehlt den Bundesländern die Klagebefugnis, um etwa ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258, 259 AEUV anzustrengen.

¹²¹ Ablehnend insoweit: *Klein*, Kompetenzielle Würdigung und verfassungsprozessuale Konsequenzen der „Recht auf Vergessen“-Entscheidungen, DÖV 2020, 341 (346 f.), der eine entsprechende Fortentwicklung aber ausdrücklich nicht für ausgeschlossen hält. Ihm folgend: *Classen*, Über das Ziel hinausgeschossen? Anmerkung zu den zwei Beschlüssen des BVerfG zum Recht auf Vergessen vom 6.11.2019, 1 BvR 16/13, 276/17, EuR 2021, 92 (98).

¹²² BVerfG, Beschluss v. 15.12.2015, 2 BvL 1/12 (Treaty Override).

Weil und soweit eine umfassende Legalisierung auch der kommerziellen Produktion und des Handels mit Cannabis gegen Europarecht verstößt, wären bayerische Staatsbehörden aber mit Rücksicht auf den von ihnen unmittelbar zu beachtenden Vorrang des Unionsrechts verpflichtet, sich der Mitwirkung an dem Aufbau unionsrechtswidriger Strukturen eines solchen Produktions- und Handelssystems zu enthalten. Bayerische Behörden müssten deshalb beispielsweise die in einem künftigen Cannabis-Legalisierungsgesetz des Bundes enthaltenen Vorgaben zur Genehmigung von Produktionsstandorten und von Verkaufsstellen unter Hinweis auf das entgegenstehende vorrangige Recht der Europäischen Union außer Anwendung lassen.

Sollte gegen diese Genehmigungsverweigerungen Klage erhoben werden – wovon mit großer Sicherheit auszugehen ist – so könnten die mit den entsprechenden Klagen befassten deutschen Gerichte die bei ihnen anhängigen Verfahren aussetzen und den Europäischen Gerichtshof im Wege der Vorabbeurteilung nach Art. 267 AEUV um eine Entscheidung zur Vereinbarkeit des kommerziellen Cannabis-Anbaus und Cannabis-Handels mit dem Unionsrecht ersuchen. Eine diese Vereinbarkeit verneinende Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs wäre für alle deutschen Behörden verbindlich.¹²³

¹²³ Zur Wirkung und Verbindlichkeit der Urteile des EuGH in Vorabentscheidungsverfahren: *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 62022, Art. 267, Rn. 49 ff.
