

✉ Prof. Dr. L. Böllinger - **FB 06** Uni Bremen · Postfach 33 04 40 · 28334 Bremen

**Prof. i.R. Dr. jur.
Lorenz Böllinger**

Professur f. Strafrecht u. Kriminologie
Bremer Institut f. Kriminalpolitik - BRIK
Fachbereich 06 -Rechtswissenschaft

Universitätsallee
GW 1, Haus B 2141
28359 Bremen

Telefon (0421) 218 - 3068
Fax (0421) 218 - 9316
eMail boe@uni-bremen.de
www www.brik.uni-bremen.de

Ihr Zeichen:

Ihre Nachricht vom:

Unser Zeichen:

Datum:
28.04.10

Kurzgutachten zur Rechtsfrage, ob für die Genehmigung des Anbaus von Cannabis für medizinischen Eigenbedarf eine „Stelle“ gem. Art. 23 ÜK 1961 errichtet werden muss.

Unstreitig ist, dass das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) gemäß § 3 Abs.2 S.1 BtMG eine Erlaubnis für die in Anlage I zu § 1 BtMG bezeichneten nicht verkehrsfähigen BtM, hier also Cannabis, ausnahmsweise zu wissenschaftlichen oder anderen im öffentlichen Interesse liegenden Zwecken erteilen kann. Kraft medizinischer Indikation ist im vorliegenden Fall das öffentliche Interesse durch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts anerkannt worden.

Fraglich ist jedoch angesichts § 5 Abs.2 BtMG, ob das BfArM die Erlaubnis ablehnen darf, weil eine solche „der Durchführung der internationalen Suchtstoffübereinkommen entgegensteht“. Als Hindernis kommt Art. 28 Abs.1 i.V.m. Art. 23 des Einheits-Übereinkommens von 1961 über Suchtstoffe (ÜK 1961) in Betracht. Ob dafür die Voraussetzungen vorliegen, soll im folgenden geprüft werden.

1. Verfahrensvoraussetzungen

Es ist gesetzlich geregelt, dass eine Erlaubnis gem. § 3 Abs. 2 BtMG sich auch auf den in Abs.1 ausdrücklich genannten Anbau beziehen kann. Das Verfahren der Erteilung von Erlaubnissen zum Verkehr mit BtM ist in allgemeiner Form in §§ 4 – 10a BtMG geregelt. Es fehlt an einer spezifischen Verfahrensregelung für Ausnahmegenehmigungen gem. § 3

Abs. 2 BtMG. Dementsprechend sind allgemeine rechtswissenschaftliche Prinzipien für die sachgerechte, den Normzweck erfassende Auslegung der Norm zugrunde zu legen. An Kasuistik zum Zwecke der Normkonkretisierung fehlt es bislang.

§ 3 Abs. 2 BtMG ist eine Kann-Vorschrift, das BfArM entscheidet somit nach pflichtgemäßem Ermessen und hat für die Entscheidung keinen Beurteilungsspielraum. Das bedeutet, dass das Institut die Erlaubnis nicht ohne triftigen Grund verweigern darf. Es darf andererseits durch pauschale Erlaubniserteilungen den Gesetzeszweck nicht unterlaufen, sondern muss Einzelfallentscheidungen treffen (Körner § 5 Rn.23). Das schließt aber nicht aus, dass für jede der hier in Frage kommenden Fallkonstellationen spezifische Kriterien entwickelt und begründet werden, welche sachgerecht sind und zugleich die Maßgaben des BtMG einhalten.

Nach dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung muss das BfArM bei der Erteilung von Ausnahmeerlaubnissen sowohl den Gesetzeszweck des BtMG berücksichtigen, wie er sich insbesondere aus § 5 Abs.1 Nr. 5 u. 6 BtMG (auch § 20 Abs.1 u. § 26 BtMG) ergibt, als auch allgemeine Verfassungsprinzipien beachten. Die Ausnahmeerlaubnismöglichkeit ist auf Zwecke begrenzt, die das gesetzliche Verbot und den Schutzzweck des Gesetzes nicht im Kern berühren (Körner § 3 Rz 44).

Folgende explizite Gesetzeszwecke sind zu berücksichtigen:

- Sicherheit oder Kontrolle des BtM-Verkehrs oder der Herstellung ausgenommener Zubereitungen (Nr.5);
- Sicherstellung der notwendigen medizinischen Versorgung der Bevölkerung;
- Ausschluss des Missbrauchs von BtM oder der missbräuchlichen Herstellung ausgenommener Zubereitungen sowie des Entstehens oder Erhaltens einer BtM-Abhängigkeit, und zwar „soweit wie möglich“ (Nr.6).

Außerdem hat das BfArM bei der Erlaubniserteilung gem. § 3 bestimmte Formalien einzuhalten (§ 5 Abs.1 Nr. 1 – 4).

Schließlich kann die Erlaubnis versagt werden, wenn sie internationalen Abkommen widerspricht (§ 5 Abs.2).

Nur auf diesen letzten Punkt ist hier einzugehen. Wie bereits erwähnt könnte nämlich eine Kollision mit Art. 28 Abs.1 i.V.m. Art. 23 des Einheits-Übereinkommens von 1961 über Suchtstoffe (ÜK 1961) vorliegen.

2. Normative Ausgangslage:

Die Entscheidung gem. § 5 Abs.2 BtMG steht, wie gesagt, im Ermessen der Behörde (Körner § 5 Rn.23). Zur Ablehnung genügt nicht die formale und pauschale Begründung, das beantragte Projekt verstoße gegen das ÜK 1961. Höchststrichterlich ist – insbesondere für den hier zu implementierenden Fall – festgestellt, dass die internationalen Suchtstoff-Übereinkommen gerade nicht den therapeutischen Einsatz von Suchtstoffen verbieten (BVerwG v. 19.05.2005 – NJW 2005, 3300). Im Wege pflichtgemäßen Ermessensgebrauchs muss die Behörde inhaltlich prüfen, welche Auslegung der Rechtsnormen hier zu Grunde zu legen ist. Bei entsprechender Gesetzeslage reduziert sich das Ermessen auf Null.

Unstreitig ist, dass das ÜK 1961 trotz des grundsätzlichen Verbots jeglichen Umgangs mit aufgelisteten Substanzen nationalrechtliche Ausnahmeregelungen zulässt. Zwar verpflichtet sich jede Vertragspartei gem. Art.2 Abs.5 ÜB 61, den Drogenbesitz zu verbieten. In Art.2 Abs.5 lit. b ÜK 1961 ist jedoch eine ‚selbständige Ausnahme‘ enthalten. Diese räumt den Unterzeichnerstaaten nach dem ‚*bona fides*‘-Grundsatz (‚Treu und Glauben‘) einen Handlungsspielraum bezüglich der Wahl des „im Hinblick auf die in ihrem Staat herrschenden Verhältnisse „geeignetste Mittel“, also Art (Strafrecht oder Verwaltungs- bzw. Ordnungsrecht) und Schwelle (insbesondere Substanzmengen) entsprechender Intervention ein. Gleiches gilt für die Verwendung zu medizinischen und wissenschaftlichen Zwecken (Art. 4 lit. c ÜK 1961). Sogar hinsichtlich des hier nicht einschlägigen Problems des unerlaubten Verkehrs mit BtM im Sinne Art. 35 ÜK 1961 stellt der folgende Art. 36 in Abs.1 und 2 klar, dass die Maßnahmen unter Vorbehalt des nationalen Verfassungsrechts stehen und Alternativen sowie Ausnahmen möglich sind und im Hinblick auf nationalstaatliche Souveränität auch sein müssen.

Art. 2 Abs. 6 ÜK 1961 bestimmt, dass für Cannabis „zusätzlich zu den auf alle Suchstoffe des Anhangs I anzuwendenden Kontrollmaßnahmen“ die Vorschrift des Art. 28 Anwendung finden soll. Dieser verweist wiederum auf Art. 23 ÜK 1961. Aus dieser Rechtsfolgenverweisung ergibt sich folgendes: Bei „zur Gewinnung von Cannabis oder Cannabisharz“ kraft nationaler Ausnahme gestattetem Anbau soll analog der in Art. 23 ÜK 1961 enthaltene Regelung für Opium – eine „Stelle“ oder Agentur zur „Wahrnehmung der in diesem Artikel vorgesehenen Aufgaben“ errichtet werden. Die entsprechenden Aufgaben ergeben sich betreffend Opium im Einzelnen aus § 23 Abs. 2 ÜK 1961 und sind dementsprechend gleichfalls analog und sinngemäß auf den Cannabis-Anbau anzuwenden.

Entgegen der in einem Schriftsatz geäußerten Ansicht des BfArM verweist Art. 28 ÜK 1961 nur auf Art. 23 und gerade nicht auf Art. 25. Die dem auf Opium bezogenen Art. 25 entsprechende Norm für Cannabis findet sich in Art. 28 Abs.3 ÜK 1961. Danach treffen die Vertragsparteien „die erforderlichen Maßnahmen, um den Missbrauch der Blätter der Cannabispflanze und den unerlaubten Verkehr damit zu verhindern. Aus Art. 28 i.V.m. Art. 23 ÜK 1961 ergibt sich nicht eindeutig, ob diese Normen auch auf die Erlaubnis des Substanzanbaus in einem aus medizinischen Gründen verwaltungsrechtlich genehmigten Einzelfall anzuwenden sind. Die zur Anwendung kommenden Normen müssen deshalb mit denselben Methoden ausgelegt werden, welche für nationales Gesetzesrecht gelten.

2.1 Normauslegung

Die **Wortlautauslegung** macht deutlich, dass die Norm des § 23 Abs. 2 ÜK 1961 auf die Erteilung einer Einzelerlaubnis zum Anbau nicht anwendbar ist, weil sie in allen Unterpunkten (lit. a bis e) ersichtlich nur den agri- bzw. hortikulturellen („Ernte“ etc.) oder größerflächigen wissenschaftsbezogenen Anbau betrifft. Dies ergibt sich auch aus der Formulierung der Kommentierung Nr.5 zu Art. 22 (Commentary 1961).

Die **systematische Auslegung** ergibt, dass die das strenge Kontrollregime gewährleistende Vorschrift im Kontext von Vorschriften steht, welche sämtlich die spezifische Gefährlichkeit der Substanzen für das gesellschaftliche Kollektiv, nämlich für die Volksgesundheit und das öffentliche Wohl betreffen. In der vorliegenden Fallkategorie geht es jedoch gerade nicht um diesbezüglich relevante Suchtgefahren, sondern umgekehrt um die

Verwirklichung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 GG: Schutz der körperlichen Unversehrtheit von Individuen mittels medizinisch indizierter Medikation mit Cannabis.

Die **historische Auslegung**, d.h. der subjektive, vom Normgeber gemeinte Sinn und Zweck des Art. 23 ergibt sich aus dem Commentary 1961. Daraus erhellt folgendes: die Agenturen gem. Art. 23 sollen dazu dienen, sowohl importierte als auch im Inland produzierte, jedenfalls für den Verkehr bestimmte Substanzmengen erfassen und in ihrem Verlauf verfolgen zu können (so Allg. Kommentierung Nr.1 zu Art. 23). Allg. Kommentierung Nr.2 macht zusätzlich deutlich, dass die Errichtung solcher Agenturen ausschließlich dem Zweck dient, die von Farmern hergestellten Ernten zu erfassen und zu kontrollieren. Wegen der Gefahr illegaler Weitergabe durch Groß- und Einzelhändler wollte man diese Funktion einer staatlichen Behörde zuweisen.

Darüber hinaus zeigt sich in den folgenden Kommentierungen zu Art. 23 Abs.1 und 2, dass der Normgeber von der Voraussetzung ausgegangen ist, dass die Substanz von einem quasi-industriellen, jedenfalls agri- oder hortkulturellen Anbau ausgegangen ist, welcher staatlich zu kontrollieren sei. Der „klassische“ Fall dafür ist Opium, welches für die Produktion von Medikamenten benötigt wird. Der umgekehrte Fall, dass eine illegale Substanz im Einzelfall als indizierte Medikation Verwendung finden soll, ist damit ersichtlich nicht gemeint. In Art. 23 Abs. 2 ist insbesondere geregelt, wie die agri- oder hortkulturellen Anbaugelände der jeweiligen Substanz gestaltet sein sollen. Auf den beabsichtigten Anbau einzelner Pflanzen in privaten Räumlichkeiten kann dies keine Anwendung finden. Die gleiche Auffassung von Sinn und Zweck der Norm ergibt sich aus der Kommentierung zu Art. 28, insbesondere aus Nr.5.

Erst recht ergibt die **teleologische Auslegung**, die Analyse der Norm unter Aspekten von Sinn und Zweck, dass eine Anwendung des Art. 28 i.V.m. Art. 23 ÜK 1961 auf Fälle der vorliegenden Art ausgeschlossen ist. Sinn und Zweck des gesamten Regelwerkes ergeben sich zum einen aus der Preamble: Die „medizinische Verwendung von Suchtstoffen zur Linderung von Schmerzen und Leiden“ wird dort als unerlässlich angesehen, weshalb „Vorsorge getroffen werden muss, damit Suchtstoffe für diesen Zweck zur Verfügung stehen“. Zum anderen wird in Art. 2 Abs. 5 lit. b ÜK 1961 hervorgehoben, dass Verbote und

Kontrollmaßnahmen nur dann anzuwenden sind, wenn die Vertragspartei „dies im Hinblick auf die in ihrem Staat herrschenden Verhältnisse für das geeignete Mittel hält, die Volksgesundheit und das öffentliche Wohl zu schützen“. Das Verbot individueller Medikation mit Cannabis ist nicht geeignet, die Volksgesundheit zu schützen, sondern schädigt in diesem Fall die Gesundheit einzelner betroffener Bürger. Von der Kontrolle gem. ÜK 1961 ausgenommen werden müssen danach „die Mengen, welche lediglich für die medizinische und wissenschaftliche Forschung einschließlich klinischer Versuche benötigt werden“. Da jegliche medizinische Behandlung mit neuartigen Substanzen immer zugleich auch Forschungszwecke erfüllt, ist die Genehmigung schon allein deshalb ohne die Erfüllung der widersinnigen Auflage des Art. 23 zu erteilen.

Darüber hinaus sind bei der teleologischen Auslegung auch gesellschaftliche und wissenschaftliche Veränderungen zu berücksichtigen. Zum einen sind die Annahmen über die Gefährlichkeit von Cannabis durch die Forschung relativiert worden und seinerzeit aufgestellte Postulate betreffend die Ansteckungs- und Einstiegswirkungen des Cannabisgebrauchs widerlegt. Zum anderen, und das wiegt wesentlich schwerer, gibt es gerade im letzten Jahrzehnt eine große Anzahl neuer Belege für die medizinische Indikation von natürlichem Cannabis. Das Spektrum der Indikationen hat sich zudem immer mehr ausgeweitet. All dies war von den Vertragsparteien von 1961 nicht absehbar und muss sich im Sinne einer sachgerechten und restriktiven Auslegung der Normen auswirken.

2.2 Verfassungsrechtliche Aspekte

An verschiedenen Stellen verweist das ÜK 1961 (z.B. Art. 23 Abs.3 u. Art. 36 Abs. 1) wie auch die späteren UNO-Abkommen auf den Vorrang der nationalen Verfassungsordnungen. Auch ohne diese deklaratorischen Verweise ist in jedem Fall aus Gründen nationaler Souveränität zu ermitteln, ob die Anwendung internationalen Rechts nicht nationaler Verfassungsordnung widerspricht (vgl. Seidel-Hohenveldern/Stein, S.212; neuestens: BVerfG „Lissabon“-Urteil v. 30.6.2009 – JZ 2009, 890ff.).

Aus Art. 28 Abs.3 ÜK 1961 ergibt sich, wie bereits erwähnt, die Pflicht, „den Missbrauch der Blätter der Cannabispflanze und den unerlaubten Verkehr damit zu verhindern“. Dieser

Pflicht wird das BfArM im Sinne des Verfassungsprinzips „Gesetzmäßigkeit der Verwaltung“ allein schon aus folgenden Gründen gerecht:

1. Es erteilt eine Erlaubnis in Umsetzung der Verwaltungsgerichtlichen Entscheidung nur unter der Voraussetzung medizinischer Indikation, wodurch der Missbrauch soweit als möglich ausgeschlossen ist.

2. Es erteilt eine Erlaubnis nur mit der Maßgabe der in der medizinischen Indikation enthaltenden Dosierungsvorgabe, wodurch die Weitergabe und das in-den-Verkehr-Bringen ausgeschlossen sind.

Bedenken gem. § 5 Abs. 2 BtMG hinsichtlich eines Verstoßes gegen internationale Bestimmungen bestehen im Übrigen nicht, weil dort die therapeutische Verwendung angenommen ist (Körner § 5 Rz 28).

Die Verweigerung der Erlaubnis gem § 3 Abs. 2 BtMG stünde aber nicht nur im Widerspruch zum Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Sie würde darüber hinaus auch die Verletzung deutschen Verfassungsrechts bedeuten (Vgl. zu den verfassungsrechtlichen Aspekten im Einzelnen mit gemeinsamem Tenor: Böllinger 1991; Schneider 1992; Kuckelsberg 1994; Keller 1996; Albrecht 1998, 651ff.; Nestler 1998, 697ff.; Klinger 1999; Krumdiek 2006 186ff).

Zum einen verletzt die faktische Verweigerung bzw. Vorenthaltung einer indizierten Behandlung das *nihil-nocere*-Prinzip aus Art. 2 Abs. 2 GG: Der Staat darf seine Bürger keinesfalls schädigen. Zum anderen wird das Verhältnismäßigkeitsprinzip als allgemeinstes und oberstes Verfassungsprinzip verletzt: Staatliche Maßnahmen, welche in Freiheitsrechte eingreifen, müssen erforderlich, geeignet und dem Anlass proportional sein. Ohne dass hier eine ausführliche verfassungsrechtliche Exegese vorgenommen werden kann ist zu schlussfolgern: Die einem einzelnen Gebraucher von Cannabis-Medikation ausgehende „Gefahr“ der Weitergabe – zentraler Strafgrund des BtMG – ist gleich Null, weil die betreffende Person die Substanz selbst benötigt. Von vornherein etwas anderes zu unterstellen und damit eine Situation des Verdachts zu schaffen, wäre allein schon menschenrechtswidrig. Damit ist die Einrichtung einer Überwachungsagentur nicht erforderlich und zur Erreichung des Zwecks auch nicht geeignet. Im Übrigen wäre die Einrichtung einer ganzen

Behörde zur Überwachung eines einzelnen oder auch mehrerer einzelner Patienten überschießend und absurd.

Sollte das International Narcotics Control Board, wie vom BfArM eingewandt, tatsächlich im Jahre 2005 darauf hingewiesen haben, dass bei Vorliegen einer Anbauerlaubnis für wissenschaftliche Zwecke auch ohne Handel und Distribution die Errichtung einer Cannabis-Stelle notwendig sei, so ist dazu folgendes zu bemerken: Das INCB kann nur den Fall gemeint haben, dass größere Feldversuche mit illegalen Substanzen veranstaltet werden sollen. Selbst dann erschiene aber angesichts der Überschaubarkeit der Vorgänge die Errichtung einer Agentur unverhältnismäßig. Auch wenn man jeden einzelnen Fall medizinischer Behandlung außerhalb der Schulmedizin als wissenschaftliche Forschung einordnet, wäre eine Kontrollbehörde überflüssig.

3. Ergebnis.

Die rechtswissenschaftliche Analyse kommt zu dem Ergebnis, dass die Errichtung einer Agentur gem. Art. 28 i.V.m. Art. 23 ÜK 1961 im Falle des Eigenanbaus von Cannabis zur medizinisch indizierten und verordneten Medikation nicht erforderlich und angezeigt ist. Die Ausnahmeerlaubnis nach § 3 Abs. 2 BtMG kann mithin nicht unter Berufung auf § 5 Abs. 2 BtMG versagt werden.



Prof. Dr. jur. Lorenz Böllinger

Literatur:

- Albrecht, Hans-Jörg: Internationales BtM-Recht und internationale BtM-Kontrolle. In: Kreuzer, Arthur (Hg.): Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts. München 1998 (Beck-Verlag), S.651-695.
- Böllinger, Lorenz: Betäubungsmittelstrafrecht, Drogenpolitik und Verfassung. In: Kritische Justiz 24, 1991, S.393-408.
- Böllinger, Lorenz: Internationale Drogenverträge – Welcher Spielraum bleibt der Bundesrepublik. BT-Fraktion Die Grünen, Berlin 19.03.2003. URL: www.cannabislegal.de/politik/gruene-0319.htm#lb.
- Böllinger, Lorenz: Gleicher Rahmen – unterschiedliches Recht. Internationale Verträge und ihre Implikationen. In: Deutsche Hauptstelle für Suchtfragen, Gassmann, Raphael (Hg.): Cannabis. Neue Beiträge zu einer alten Diskussion. Freiburg 2004 (Lambertus Verlag), S. 139-157.
- Böllinger, Lorenz: Rechtsgutachten zur Erlaubnispraxis des BfArM betr. medizinische Verwendung der natürlichen Substanz Cannabis, Unveröff. Rechtsgutachten für das BfArM, 2009 (Unveröff.).
- Secretary General: Commentary on the Single Convention on Narcotic Drugs. Prepared by the in accordance with § 1 e Economic and Council Resolution 914/XXXIV of Aug. 3, 1962. New York 1973. URL: www.unodc.org
- Keller, Arnold: Verhindern völkerrechtliche Verträge eine liberale Drogenpolitik? StV 1996, 55-58.
- Klinger, Stefanie: Die Implementationssicherungsmechanismen der UN-Drogenkonventionen von 1961, 1971 und 1988. Berlin 1999 (Duncker u. Humblot).
- Köhler, Michael: Freiheitliches Rechtsprinzip und Betäubungsmittelstrafrecht. Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften 102, 1992, S.3ff.
- Köhler, Michael: Verbot und Bestrafung des Cannabis-Umgangs nach internationalem Recht. Gutachten f. Min. f. Arbeit etc., Schleswig-Holstein, Mai 1995.
- Körner, Harald Hans: Betäubungsmittelgesetz. 6. Aufl. 2007 (Beck-Verlag).
- Krumdiek, Nicole: Die national- und internationalrechtliche Grundlage der Cannabisproduktion in Deutschland: Eine Untersuchung unter Einbeziehung des aktuellen ... Auswirkungen des Konsums von Cannabis. Münster 2006 (Lit-Verlag).
- Kuckelsberg, Susanne: Die Vereinbarkeit einer Reform des BtMG mit internationalen Übereinkommen. JA 1994, 16-25
- Nestler, Cornelius: Grundlagen und Kritik des BtM-Strafrechts. In: Kreuzer, Arthur (Hg.): Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts. München 1998 (Beck-Verlag), S.697-864.
- Schneider, Hartmut: Zur Entkriminalisierung der Konsumverhaltensweisen des BtM-Strafrechts im Lichte internationalrechtlicher Verpflichtungen. StV 1992, 489-492
- Seidl-Hohenveldern, Ignaz/ Stein, Torsten: Völkerrecht. 10. Aufl. 2000 (Duncke & Humblot).