



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 56 **August 2024**

Notwendigkeit einer Reform des Konsumcannabisgesetzes (KCanG) zur „nicht geringen Menge“

Mitglieder des Strafrechtsausschusses (Strauda)

RAin Dr. Carolin Arnemann
RA Prof. Dr. Jan Bockemühl (Berichterstatter)
RA Prof. Dr. Alfred Dierlamm
RA Prof. Dr. Björn Gercke
RA Dr. Mayeul Hiéramente
RA Thomas C. Knierim
RA Dr. Daniel M. Krause
RAin Theres Kraußlach
RA Prof. Dr. Holger Matt (Vorsitzender)
RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus
RA Prof. Dr. Tido Park
RAin Dr. Hellen Schilling
RA Dr. Jens Schmidt (Berichterstatter)
RAin Dr. Annette von Stetten

Prof. Dr. Matthias Jahn (Berichterstatter)

RAin Leonora Holling, Schatzmeisterin, Bundesrechtsanwaltskammer

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9 Tel. +49.30.28 49 39 - 0
10179 Berlin Fax +49.30.28 49 39 -11
Deutschland Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9 Tel. +32.2.743 86 46
1040 Brüssel Fax +32.2.743 86 56
Belgien Mail brak.bxl@brak.eu

Verteiler: Bundesministerium für Gesundheit
Bundesministerium des Innern und für Heimat
Bundesministerium der Justiz
Justizministerien der Länder
Innenministerien der Länder
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Rechtsanwaltskammern
Der Generalbundesanwalt beim BGH
Bundesgerichtshof
Bundesverband der Freien Berufe
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Deutscher Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer
Institut der Wirtschaftsprüfer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Deutscher Juristinnenbund
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung
Strafverteidigervereinigungen
Deutsche Strafverteidiger e.V.
Neue Richtervereinigung e.V.
Bund Deutscher Kriminalbeamter
Redaktionen der NJW, Beck Verlag, Deubner Verlag, Jurion, Juris, LexisNexis,
Otto Schmidt Verlag, Strafverteidiger, Neue Zeitschrift für Strafrecht, ZAP Verlag,
Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht,
Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht,
wistra - Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Zeitschrift HRR-Strafrecht,
Kriminalpolitische Zeitschrift
FAZ, Süddeutsche Zeitung, Die Welt, Handelsblatt, Tagesspiegel, LTO, Der Spiegel,
Focus, Die ZEIT

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten¹ gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Stellungnahme

I.

Nach der Teillegalisierung von Cannabis durch das Konsumcannabisgesetz vom 27. März 2024, BGBl. I. Nr. 109, S. 2 (KCanG), wurde auch die Strafbarkeit neu geregelt, insbesondere wurden die Strafraumen erheblich herabgesetzt.

Tatbestandsmerkmale, die zuvor im Betäubungsmittelgesetz (BtmG) verankert waren, wurden größtenteils übernommen, u.a. auch das Merkmal der „nicht geringen Menge“. Gemäß § 34 Abs. 3 Nr. 4 KCanG liegt ein besonders schwerer Fall in der Regel dann vor, wenn der Täter „eine Straftat nach Absatz 1 begeht und sich die Handlung auf eine *nicht geringe Menge* bezieht.“. Gemäß § 34 Abs. 4 Nr. 3 bzw. Nr. 4 KCanG ist auf Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren, in minder schweren Fällen auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren, zu erkennen, wenn der Täter „eine in Absatz 1 Nummer 2 bis 5 oder Nummer 13 genannte Handlung begeht, die sich auf eine *nicht geringe Menge* bezieht, und dabei als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat,“ oder „eine in Absatz 1 Nummer 4, 5 oder Nummer 11 genannte Handlung begeht, die sich auf eine *nicht geringe Menge* bezieht und dabei eine Schusswaffe oder einen sonstigen Gegenstand mit sich führt, der seiner Art nach zur Verletzung von Personen geeignet und bestimmt ist.“

Ab welchem Gewicht vom Vorliegen einer *nicht geringen Menge* auszugehen ist, hat der Gesetzgeber bewusst nicht geregelt. Wörtlich heißt es hierzu in der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 20/8704, S. 132 bzw. 148/149):

„Der konkrete Wert einer nicht geringen Menge wird abhängig vom jeweiligen THC-Gehalt des Cannabis von der Rechtsprechung aufgrund der geänderten Risikobewertung zu entwickeln sein. Im Lichte der legalisierten Mengen wird man an der bisherigen Definition der nicht geringen Menge nicht mehr festhalten können und wird der Grenzwert deutlich höher liegen müssen als in der Vergangenheit.“

Trotz dieser Zielvorgabe des Gesetzgebers, besser gesagt: gegen den artikulierten Willen des Gesetzgebers zu einem von ihm erwünschten Ergebnis, sieht der Bundesgerichtshof in mittlerweile verstetigter Rechtsprechung jedoch keinen Anlass, von der bisherigen Rechtsprechung zum Grenzwert bei Cannabis nach dem zuvor geltenden BtmG abzuweichen. Der 1. Strafsenat – und diesem folgend mittlerweile auch die anderen Strafsenate² – entschied bereits am 18. April 2024 (1 StR 106/24, NJW 2024, 1968 = StV 2024, 456, Rn. 21):

¹ Im Interesse einer besseren Lesbarkeit wird nicht ausdrücklich in geschlechtsspezifischen Personenbezeichnungen differenziert. Die im Folgenden gewählte männliche Form schließt alle Geschlechter gleichberechtigt ein.

² Vgl. dazu auch BR-Drs. 275/1/24 v. 7. Juni 2024, S. 5.

„Soweit von einer ‚geänderten Risikobewertung‘ (vgl. BT-Drs. 20/8704, S. 132) die Rede ist, sind der – nicht bindenden – Gesetzesbegründung keine tatsachenbasierten Informationen zu entnehmen, auf welche weitergehende Rückschlüsse oder gar eine Berechnung gestützt werden könnten. Es wird schon nicht klar, worauf genau sich diese geänderte Risikobewertung beziehen soll (kurzfristige Wirkweise, Nebenwirkungen, Langfristschäden, Konsumententwicklung, Vergleich zu Nachbarstaaten, gesellschaftliche Auswirkungen, Kriminalitätsentwicklung). Konkrete, allgemein anerkannte und wissenschaftlich belegte oder belegbare Prämissen benennt der Gesetzgeber nicht. Insbesondere lässt sich weder aus Gesetz noch Begründung ableiten, welche Konsum- oder Wirkstoffmenge medizinisch-toxikologisch (noch) unbedenklich sein soll. Auch den Widerspruch, der sich aus dem Regelungszweck des Gesundheitsschutzes und den ihm dienenden Vorschriften einerseits und der ‚geänderten Risikobewertung‘ andererseits ergibt, löst die Gesetzesbegründung nicht auf. Wenngleich die Absenkung der in § 34 KCanG vorgesehenen Strafrahmen gegenüber den vormals geltenden Straftatbeständen des Betäubungsmittelgesetzes zeigt, dass der Gesetzgeber die unter Strafe gestellten Handlungen nunmehr für weniger strafwürdig hält als zuvor, ergeben sich daraus keine Folgerungen für die Frage, ab welcher Mengengrenze der Handel mit Cannabis der gegenüber dem Grundtatbestand verschärfte Strafandrohung des § 34 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 KCanG unterliegen soll ...“

Diese evident widersprüchliche Situation – Teillegalisierung von Cannabis und Vorgabe des Gesetzgebers zum „deutlich höheren“ Grenzwert zur *nicht geringen Menge* versus unveränderte Beibehaltung des Grenzwerts von 7,5 g THC als nicht geringe Menge aus den (nicht mehr anwendbaren) Strafnormen des BtmG – führt in der Praxis schon jetzt zu großer Verunsicherung. Er wirft zudem drängende verfassungsrechtliche Fragen auf.³

II.

Die Bundesrechtsanwaltskammer fordert den Gesetzgeber zum Handeln auf, um den offen zu Tage getretenen Wertungswidersprüchen entgegenzutreten. In der Zwischenzeit bedarf es einer verfassungskonformen Auslegung der in Streit stehenden Normen.

Im Einzelnen gilt folgendes:

1. Die derzeit geltenden Normen genügen dem verfassungsrechtlich verankerten Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG) nicht.

Art. 103 Abs. 2 GG soll sicherstellen, dass „der Gesetzgeber und nicht erst die Gerichte über die Strafbarkeit oder Ahndbarkeit entscheiden“ (BVerfGE 87, 399, 411). Dieses Postulat nimmt, wie *Claus Roxin* (in: Hilgendorf [Hrsg.], Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, 2013, S. 113) mit Blick auf die systematische Stellung des gleichlautenden § 1 StGB attestiert hat, „in der Normenhierarchie des deutschen Strafrechts den höchsten Rang ein“. Die Bundesrechtsanwaltskammer verkennt nicht, dass der Gesetzgeber auch normative Tatbestandsmerkmale verwenden darf, um der Vieltätigkeit möglicher Fallgestaltungen Rechnung tragen zu können. Unschärfen sind hinzunehmen, sofern das Risiko einer Bestrafung erkennbar ist *und* eine Nachkonturierung durch die Rechtsprechung möglich ist (vgl. BVerfGE 126, 170, 196).

³ Aufgrund entsprechender Anfragen aus der Praxis hat sich der Strafrechtausschuss der BRAK (Strauda) auf seiner 249. Tagung mit der Thematik befasst.

In der vorliegenden Konstellation ist indes zu beachten, dass sich die obergerichtliche Rechtsprechung außer Stande sieht, dem Auftrag des Gesetzgebers folgend die geforderte Ausfüllung des Rechtsbegriffes der *nicht geringen Menge* vorzunehmen. Die dadurch geschaffene Lage ist, im Lichte des strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes besehen, prekär und unter Gewaltenteilungsaspekten dauerhaft nicht hinnehmbar. Denn den Gesetzgeber trifft im Bereich der Strafrechtspflege im staatlichen Innenbereich der Gewalten ein *Delegationsverbot* (vgl. *Schmahl*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke [Hrsg.], GG, Art. 103 Rn. 32; *Jahn*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius [Hrsg.], Handbuch des Strafrechts, Band IX, 2023, § 62 Rn. 76). *Nur* der Gesetzgeber hat zu entscheiden, was strafbar ist und was nicht. Überlässt er die Entscheidung über die Strafbarkeit eines Verhaltens allein der rechtsprechenden Gewalt, so ist dies unvereinbar mit dem rechtsstaatlich-demokratischen Basisprinzip, dass die Entscheidung über die Beschränkung von Grundrechten dem Gesetzgeber und nicht den anderen staatlichen Gewalten obliegt (Wesentlichkeitstheorie; zum Verhältnis der beiden aus dem Vorbehalt des Gesetzes erwachsenden Garantien umfassend *Brodowski*, Die Evolution des Strafrechts, 2023, S. 611 ff.). Dem genügt der Strafgesetzgeber nur dann, wenn seine Gesetze auch die Anforderungen an die Strafbarkeit so präzise umschreiben, dass sie dem Richter tatsächlich valide Bindungen auferlegen. Wegen der Pflicht zu einer inhaltlich aussagekräftigen Entscheidung handelt es sich also zugleich um ein *Dezisionsgebot*. »Entscheidung« in diesem Sinne kann aufgrund der verfassungsrechtlichen Zieldefinition in Art. 103 Abs. 2 GG nur einen Willensakt meinen, der dazu führt, dass der Normunterworfenen *und* der Normanwender die Grenzen des Straftrisikos *innerhalb der konkreten Norm* vorhersehen können (vgl. *Jahn*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius aaO.).

Die Einhaltung beider rechtsstaatlicher Garantien ist vorliegend zumindest außerordentlich zweifelhaft und es liegt nicht fern, dass Verurteilte die tatsächliche Einhaltung dieser Standards durch das Bundesverfassungsgericht überprüfen lassen könnten. Zum einen war es dem Gesetzgeber schon grundsätzlich versagt, die Ausfüllung des unbestimmten Gesetzesbegriffes der *nicht geringen Menge* trotz seiner eigenen neuen Riskioeinschätzung komplett an die fachgerichtliche Rechtsprechung zu delegieren. Zum anderen moniert der *Bundesgerichtshof* inhaltlich zu Recht, dass die Dezision als gesetzgeberischer Willensakt unvollkommen war – und bislang noch immer ist. Denn die schlichte Beibehaltung der tradierten Grenzwertbestimmung aus dem BtmG führt zu einem offensichtlichen Auseinanderfallen von eindeutiger gesetzgeberischer Zieldefinition und ihrer praktischen Erreichung durch die höchstrichterliche Judikatur. Der Wille des Gesetzgebers ist indes eindeutig. Anders ist die Gesetzesbegründung nicht zu verstehen, wenn es heißt:

„Im Lichte der legalisierten Mengen wird man an der bisherigen Definition der nicht geringen Menge nicht mehr festhalten können und wird der Grenzwert deutlich höher liegen müssen als in der Vergangenheit.“

Ist – wie der *Bundesgerichtshof* meint – die Ausfüllung des Rechtsbegriffes „unmöglich“, hat dies somit denkbare Unbestimmtheit zur Folge, d.h. das Merkmal der „nicht geringen Menge“ wird dem Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG nicht mehr gerecht.

2. Bis zur Neureglung der Normen ist – aus den zu I.1. dargelegten Gründen verfassungsrechtlich bedingt – eine restriktive Auslegung der genannten Vorschriften geboten.
 - a) § 34 Abs. 3 Nr. 4 KCanG ist in Form eines sog. Regelbeispiels normiert. Der Gesetzestechnik folgend stellen Regelbeispiele eine widerlegbare Vermutung dafür auf, dass ein besonders schwerer Fall vorliegt, sofern die genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Es bedarf nur dann einer zusätzlichen Prüfung, ob die Anwendung des erhöhten Strafrahmens geboten ist, wenn

konkrete Anhaltspunkte vorliegen (vgl. *Fischer*, StGB, 71. Aufl. 2024, § 46 Rn. 91 m.w.N.). Dem folgend wird aufgrund der derzeit geltenden Rechtslage – im Wege einer restriktiven Auslegung – *stets* vom Vorliegen eines Ausnahmefalles auszugehen sein, der eine Einzelfallprüfung erfordert, ob der erhöhte Strafraumen zur Anwendung kommt.

- b) § 34 Abs. 4 Nr. 3 und Nr. 4 KCanG stellen demgegenüber Qualifikationstatbestände dar, so dass die vorgenannte restriktive Auslegung nicht geeignet ist, den bestehenden Wertungswiderspruch aufzulösen. Hier hat die notwendige Korrektur über den minderschweren Fall zu erfolgen. Liegen keine weiteren strafzumessungsrechtlich erheblichen Umstände vor, die die Annahme des erhöhten Strafraumens rechtfertigen, kann die „(nicht geringe) Menge“ für sich allein genommen nicht den erhöhten Strafraumen rechtfertigen, d.h. es wird von einem minderschweren Fall auszugehen sein.

III.

Es wäre, wie dargelegt (I.1.), die ureigene Aufgabe des Gesetzgebers im Zuge der Teillegalisierung von Cannabis gewesen, die *nicht geringe Menge* (neu) zu definieren, ggf. spätestens in den Anhörungen der Ausschüsse naturwissenschaftlich-sachverständig beraten. Wenn der Gesetzgeber sich diesbezüglich weiterhin – rechtspolitisch – außer Stande sieht, gibt es nur eine alternative Lösung, nachdem die Rechtsprechung des *BGH* nicht bereit war, sich an die Vorgabe des Gesetzgebers („*wird der Grenzwert deutlich höher liegen müssen als in der Vergangenheit*“) zu halten: der vollständige Verzicht auf das Merkmal der *nicht geringen Menge*, verbunden mit einer Anpassung der Strafraumen.

Die Bundesrechtsanwaltskammer spricht sich deshalb für eine Neufassung von § 34 KCanG wie folgt aus:

§ 34 KCanG

....

(3) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

1. *in den Fällen des Absatzes 1 Nummer 2 bis 10 oder Nummer 13, 15 oder Nummer 16 gewerbsmäßig handelt,*
2. *durch eine in Absatz 1 Nummer 2 bis 5, 7 bis 10 oder Nummer 13 bis 16 bezeichnete Handlung die Gesundheit mehrerer Menschen gefährdet,*
3. *als Person über 21 Jahre*
 - a) *eine in Absatz 1 Nummer 7 bis 9 genannte Handlung begeht und dabei Cannabis an ein Kind oder einen Jugendlichen ab- oder weitergibt, zum unmittelbaren Verbrauch überlässt oder verabreicht oder*
 - b) *ein Kind oder einen Jugendlichen bestimmt, eine in Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe a, Nummer 11, 12 oder Nummer 15 genannte Handlung zu begehen oder zu fördern, oder*

(4) Mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr wird in der Regel bestraft, wer

- 1. im Fall des Absatzes 3 Satz 2 Nummer 3 Buchstabe a gewerbsmäßig handelt,*
- 2. als Person über 21 Jahre eine Person unter 18 Jahren bestimmt, eine in Absatz 1 Nummer 4, 5, 7 oder Nummer 10 genannte Handlung zu begehen oder eine solche Handlung zu fördern,*
- 3. eine in Absatz 1 Nummer 2 bis 5 oder Nummer 13 genannte Handlung begeht und dabei als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, oder*
- 4. eine in Absatz 1 Nummer 4, 5 oder Nummer 11 genannte Handlung begeht und dabei eine Schusswaffe oder einen sonstigen Gegenstand mit sich führt, der seiner Art nach zur Verletzung von Personen geeignet und bestimmt ist.*

(...)

Im Einzelnen:

1. § 34 Abs. 3 Nr. 4 KCanG ist ersatzlos zu streichen.

Eine Regelungsnotwendigkeit der „nicht geringen Mengen“ besteht nicht, da die Regelbeispielstechnik auch die Annahme eines „unbenannten besonders schweren Falles“ zulässt, d.h. bei außergewöhnlich großen Mengen ein unbenannter besonders schwerer Fall angenommen und dem erhöhten Ahndungsbedürfnis hierdurch Rechnung getragen werden kann. Im Ergebnis findet eine Verlagerung von der Tatbestandsseite in den Bereich der Strafzumessung statt, wo das Problem dem Willen des Gesetzgebers nach ohnehin besser verortet wäre.

2. § 34 Abs. 4 KCanG würde nicht als Qualifikationstatbestand, sondern ebenfalls als Regelbeispiel formuliert werden, wodurch die Strafzumessung flexibler gestaltet würde. Gleichwohl würde dem Ahnungsinteresse des Gesetzgebers folgend die Mindeststrafe erhöht, wobei keine Höchststrafe vorgesehen wäre, d.h. der Strafraum bis 15 Jahre reichen würde. Durch Verzicht auf das Merkmal der „nicht geringen Menge“ würden künftig auch weniger schwerwiegende Fälle erfasst, so z.B. der Handel geringer Mengen unter Mitführung eines Taschenmessers. Vor diesem Hintergrund erscheint die Herabsetzung der Mindeststrafe von 2 Jahren auf ein Jahr geboten, verbunden mit der Umgestaltung des Qualifikationstatbestands in ein Regelbeispiel. So wäre nämlich, um beim genannten Beispiel zu bleiben, dem Richter beim Mitführen eines Taschenmessers gleichwohl die Möglichkeit eröffnet, den einfachen Strafraum – ohne Annahme des besonders schweren Falles – anzuwenden (vgl. oben). Umgekehrt bleibe die Möglichkeit erhalten den Strafraum (voll) auszuschöpfen, wenn besonders schwerwiegende Verstöße gegeben wären, so z.B. der bewaffnete Bandenhandel, unter Verwendung gefährlicher Schusswaffen, im Tonnenbereich.