

Plädoyer für eine umfassende Entkriminalisierung des Umgangs mit Betäubungsmitteln zum Eigenkonsum

Stefan Harrendorf

1. Einleitung

In den letzten Jahren ist in die Entkriminalisierungsdebatte, die nach den großen Reformen der 1960er und 1970er Jahre weitgehend zum Erliegen gekommen zu sein schien,¹ wieder etwas Bewegung gekommen. Diese Bewegung allerdings beschränkt sich vor allem auf zwei Bereiche: die einfache Beförderungerschleichung (sog. Schwarzfahren)² und das Betäubungsmittelstrafrecht.

Bezogen auf den letztgenannten Bereich größeres Aufsehen erregt hat zunächst eine vom Schildower Kreis initiierte, 2013 von 122 Strafrechtsprofessor*innen, darunter *Frieder Dünkel*, unterzeichnete Resolution an die Abgeordneten des Deutschen Bundestages, die die strafrechtliche Drogenprohibition als „gescheitert, sozialschädlich und unökonomisch“ bezeichnet.³ Die Fraktionen *Die Linke* und *Bündnis 90 / Die Grünen* haben die Resolution zum Anlass für einen eigenen Antrag genommen, die beabsichtigten und unbeabsichtigten Auswirkungen des Betäubungsmittelrechts zu überprüfen.⁴ Nach

1 Die meisten Stellungnahmen dazu erfolgten in den 1970er und 1980er Jahren, siehe hier nur *Dreher* in: FS *Welzel* (1974), 917 ff.; *Kunz* Bagatellprinzip (1984); *Naucke* Gutachten D für den 51. DJT (1976); *Vogler* ZStW 90 (1978), 132 ff.

2 Siehe z.B. den Gesetzentwurf der Fraktion Die Linke vom 8. März 2018 (BT-Drs. 19/1115), der eine vollständige Entkriminalisierung vorsieht, sowie die Gesetzentwürfe von Bündnis 90/Die Grünen vom 17. April 2018 (BT-Drs. 19/1690) und der Bundesländer Berlin und Thüringen vom 10. September 2019 (BR-Drs. 424/19), die eine Ordnungswidrigkeitenlösung vorschlagen; näher und eine Ordnungswidrigkeitenlösung befürwortend *Harrendorf* in: *GedS Joecks*, 97 ff.; *Harrendorf*, NK 2018, 250 ff.

3 [Http://www.schildower-kreis.de/themen/Resolution_deutscher_Strafrechtsprofessorinnen_und_%E2%80%93professoren_an_die_Abgeordneten_des_Deutschen_Bundestages.php](http://www.schildower-kreis.de/themen/Resolution_deutscher_Strafrechtsprofessorinnen_und_%E2%80%93professoren_an_die_Abgeordneten_des_Deutschen_Bundestages.php).

4 BT-Drs. 18/1613 vom 04.06.2014.

Überweisung empfahl der federführende Ausschuss für Gesundheit allerdings die Ablehnung des Antrags; diese wurde dann in der Sitzung des Deutschen Bundestags a. 30. März 2017 auch beschlossen.⁵ Gleiches ist in derselben Sitzung geschehen mit Bezug auf einen Antrag der Fraktion Die Linke, eine – sich teils an der Regelung in Portugal, auf die hier noch eingegangen wird, orientierende –Entkriminalisierung von Drogenkonsumierenden herbeizuführen.⁶

Außerhalb des Parlaments findet die Forderung nach Entkriminalisierung ebenfalls zunehmend auch dort Unterstützung, wo man sie vielleicht nicht als erstes vermuten würde. So fordert der Bund Deutscher Kriminalbeamter (BDK) zwar keine Legalisierung des Drogenkonsums, aber doch eine weitreichende Entkriminalisierung der Konsument*innen, wobei insbesondere auch mit klaren Worten auf die besonders problematische Lage bei den Opiatabhängigen hingewiesen wird:

„Demnach werden mit den Mitteln der Repression insbesondere im Bereich der Opiatabhängigkeit Individuen verfolgt, die nach dem theoretischen Befund überwiegend psychisch erkrankt sind. Von diesen Personen kann man eine von der Repression geforderte Abstinenz nicht erwarten. Insbesondere kann die Abstinenz dann nicht erwartet werden, wenn die Begleitmaßnahmen nicht eingeleitet werden. Zu den erforderlichen Begleitmaßnahmen gehört z.B. eine belastbare Infrastruktur im Bereich der Substitution mit einhergehender psychosozialer Betreuung.“⁷

Im Ausland ist man mit Blick insbesondere auf eine Entkriminalisierung der Konsument*innenseite teilweise schon weiter. Auf die entsprechenden Erfahrungen wird im Hauptteil Bezug genommen. Nach der Auffassung des *Verfassers* kann vor allem das portugiesische Modell als vorbildhaft gelten.

5 Plenarprotokoll 18/39 der 39. Sitzung des Deutschen Bundestags am 5. Juni 2014, 3442 ff.; BT-Drs. 18/10445 vom 25. November 2016; Plenarprotokoll 18/228 der 228. Sitzung des Deutschen Bundestags am 30. März 2017, 22990 ff.

6 BT-Drs. 18/11610 vom 22. März 2017.

7 Stellungnahme des BDK zum oben, Fn. 4, genannten Antrag; wörtl. Zitat: S. 11.

Auch *Frieder Dünkel* hat sich in der Frühzeit seiner wissenschaftlichen Karriere wiederholt mit der Frage nach dem Umgang mit Drogendelinquenz auseinandergesetzt⁸ und sich dabei grundsätzlich entkriminalisierungsfreundlich geäußert:

„Eine Beschränkung des Strafrechts auf den Bereich des Drogenhandels insbesondere mit sog. harten Drogen würde einmal eine Effizienzsteigerung durch ein vermehrtes Verfolgungsrisiko der entsprechenden Täter ergeben, zum anderen Tendenzen der Überkriminalisierung, die lediglich zu einem Vertrauensschwund in der Bevölkerung führt, entgegenwirken.“⁹

Später finden sich dann zwar keine eigenständigen Veröffentlichungen zum Thema mehr, aber dass ihm die Entkriminalisierung in diesem Bereich weiterhin ein wichtiges Anliegen ist, zeigt sich neben der Unterzeichnung der o.g. Resolution des Schildower Kreises auch in aktuellen Veröffentlichungen:

„Entkriminalisierungen sind angezeigt für das sog. Schwarzfahren, den Besitz von Cannabis-Produkten (Priorität hätte allerdings die völlige Entkriminalisierung von Cannabisprodukten), für geringfügige Eigentums- und Vermögensdelikte [...], lediglich hilfsweise könnte die Entkriminalisierung des Ladendiebstahls eine kriminalpolitische Perspektive sein.“¹⁰

Last but not least ist mir *Frieders* entkriminalisierungsfreundliche Haltung im Bereich der Betäubungsmitteldelinquenz auch in vielen Gesprächen deutlich geworden. Insofern wird dieser Beitrag nicht viel Überzeugungsarbeit bei ihm leisten müssen. Allerdings soll dieser Text durchaus der Versuch sein, nachdrücklich für eine Gleichbehandlung aller Drogen im Rahmen der Entkriminalisierungsdebatte zu werben.

Im Folgenden werden die Voraussetzungen einer Entkriminalisierung der Betäubungsmitteldelikte zum Eigenkonsum einer wissenschaftlichen Überprüfung unter Berücksichtigung kriminologischer, medizinischer, straf- und ver-

8 Ausweislich seines umfangreichen Publikationsverzeichnisses findet sich der erste dem Thema gewidmete Beitrag 1981, der letzte 1993. Siehe hier nur, statt vieler, *Dünkel* in: Völger/v. Welck (Hrsg.), *Rausch und Realität* (1982), 1179 ff.; *Dünkel* *Bulletin de Criminologie* 17 (1991), 47 ff.

9 *Dünkel* in: Völger/v. Welck (Hrsg.), *Rausch und Realität* (1982), 1179, 1199.

10 *Dünkel* in: Strafverteidigervereinigungen Organisationsbüro (Hrsg.), *Räume der Unfreiheit* (2018), 77, 119.

fassungsrechtlicher Erkenntnisse unterzogen. Dabei wird von einem bestimmten Vorverständnis bezüglich der Grenzen des Strafrechts im Bagatellbereich ausgegangen, das hier¹¹ nicht näher ausgeführt werden, sondern nur in geeigneter Form zusammengefasst werden kann:

2. Kurze Überlegungen zur Strafrechtsbegrenzung im Bagatellbereich

Eine Bagatelltat wird geprägt durch einen nur geringfügigen Verstoß gegen eine Verhaltensnorm.¹² Als Bagatelldelinquenz kann man dabei solches Verhalten ansehen, das im unteren Grenzbereich des strafrechtlich Relevanten im Übergang zum lediglich Sozialschädlichen angesiedelt ist. Dementsprechend gibt es sowohl Bagatellen, die innerhalb des Strafrechts anzusiedeln (*relative* Bagatellen) sind, als auch solche, die außerhalb des Strafrechts ihren Platz haben (*absolute* Bagatellen).¹³

Die *Geringfügigkeit* des Verhaltensnormverstoßes bezieht sich auf die Geringfügigkeit der Strafzumessungsschuld,¹⁴ also das (geringe) Ausmaß des verschuldeten Unrechts. Hier wird eine primär generalpräventive Strafbegründung zugrunde gelegt, innerhalb derer eine deontologisch verstandene Schuld die Strafe nach oben begrenzt und positiv-spezialpräventive Aspekte (Resozialisierung, Vermeidung von Entsozialisierung und Stigmatisierung) ebenfalls nicht strafschärfend, sondern nur sanktionsausgestaltend und -begrenzend wirken.¹⁵ Dann aber sind für die Geringfügigkeitsbeurteilung primär das Handlungs- und Erfolgsunrecht der Tat relevant, daneben zudem die Strafbegründungsschuld, die aber von der Regelform der Vollschaft ausgehend nur

11 Ähnlich, gedrängte Darstellung wie hier unter 2. auch in Harrendorf, NK 2018, 250, 252 ff. Näher Harrendorf in: GedS Joecks, 97 ff.; sehr ausführlich Harrendorf Absolute und relative Bagatellen (im Erscheinen für 2020).

12 Vgl. Dreher in: FS Welzel (1974), 917; Krümpelmann Bagatelldelikte (1966), 38 ff.; Kunz Bagatellprinzip (1984), 124 ff.

13 So auch Köhler Strafrecht AT (1997), 611 f.

14 Dreher in: FS Welzel (1974), 917; Nügel Ladendiebstahl und Bagatellprinzip (2004), 165; ausführliche Herleitung bei Harrendorf Absolute und relative Bagatellen (im Erscheinen für 2020).

15 Aus Platzgründen kann das hier nur behauptet werden. Ausführliche Diskussion und Begründung in Harrendorf Absolute und relative Bagatellen (im Erscheinen für 2020); im-merhin kurze Begründung zudem in Harrendorf in: GedS Joecks, 97 ff.

strafmildernd berücksichtigt werden kann. Schuld erhöhende Gesinnungswerte sind abzulehnen.¹⁶ Im Unrecht kann man dabei eine normative Antizipation des typischerweise durch eine Tat zu erwartenden Normgeltungsschadens erblicken.¹⁷

Für die Geringfügigkeitsbeurteilung ist daher das Ausmaß der Verwirklichung einzelner, graduierbarer Tatbestandsmerkmale (z.B. der Grad der Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens bei der Körperverletzung gem. § 223 StGB), zudem das Ausmaß anderer graduierbarer, aber nicht im Tatbestand verankerter Unrechtselemente (z.B. der Wert der Sache bei § 303 StGB oder § 242 StGB) von Bedeutung.¹⁸ All diese einzelnen Merkmalsausprägungen beeinflussen die Bewertung des Erfolgs- oder des Handlungsunrechts. Weiterhin sind schuld mindernde Ausprägungen anderer Merkmale (z.B. Handeln aus wirtschaftlicher Not) in Rechnung zu stellen. Ob eine Tat geringfügig ist, ergibt sich nun aus dem Zusammenwirken all dieser unrechts- und schuld bewertenden Gesichtspunkte. Dabei findet eine gewisse wechselseitige Kompensation stärkerer und schwächerer Ausprägungen der verschiedenen Verbrechenselemente statt. Dasselbe gilt für das Zusammenspiel der einzelnen das Erfolgsunrecht, das Handlungsunrecht und die Strafbegründungsschuld ausmachenden Teilelemente. Wie sich damit zeigt, handelt es sich bei der Geringfügigkeit um einen (komplexen, mehrstufigen) Typusbegriff.¹⁹

Geht man von einer Graduierbarkeit des Unrechts und der Strafbegründungsschuld aus, so ist auch der Bereich der Geringfügigkeit selbst graduierbar: „Die Grenze zur absoluten Bagatelle sollte der Untergrenze der Tatbestandsmäßigkeit entsprechen, unterhalb derer sich nur noch Merkmalsgrade anfinden, die zu geringfügig sind, um dem Tatbestand zu unterfallen. Insofern umschreibt der Begriff der absoluten Bagatelle abgrenzend die nach abstrakten

16 Wie hier *Frisch* ZStW 99 (1987), 349, 384; *Greco* Feuerbachs Straftheorie (2009), 497; *Hörnle* Tatproportionale Strafzumessung (1999), 151; a.A. *Gallas* ZStW 67 (1955), 1, 45 f.; *Sch/Sch/Eisele*, 30. Aufl. (2019), Vor § 13 Rn. 119.

17 Zum Normgeltungsschaden bereits *Welcker* Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe (1813), insbes. 265 f.; zudem *Jakobs* Staatliche Strafe (2004), 31 ff.; *Kaspar* Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht (2014), 641 f.; *Otto* ZStW 87 (1975), 539, 586 f. Die hier vertretene Auffassung steht einer Deutung des Unrechts als Rechtsfriedensstörung (*Kern* ZStW 64 (1952), 255, 277; *Lampe* Das personale Unrecht (1967), 227) oder Sozialschaden (*Otto* ZStW 87 (1975), 539, 562; *Schünemann* in: *Frisch* et. al. (Hrsg.), Tatproportionalität (2003), 185, 194) nahe.

18 *Harrendorf*, NK 2018, 250, 253.

19 Ausführlich dazu *Duttge* Jahrbuch für Recht und Ethik 11 (2003), 103 ff.; *Puppe* GedS Armin Kaufmann (1989), 15 ff.

Kriterien vorab angebbaren Teilmengen entkriminalisierbarer Geringfügigkeit.“²⁰ Demnach enthält die Bezeichnung eines bestimmten Verhaltens als absolute Bagatelle zugleich die Feststellung, dass für dieses Verhalten eine materielle Entkriminalisierung geboten ist.²¹

Zu klären ist aber noch kurz, wie zu beurteilen ist, *ob* in einem bestimmten Verhaltensnormverstoß generell eine absolute Bagatelle im genannten Sinne liegt. *Frisch* hat zur Konturierung des strafrechtlichen Grenzbereichs den Begriff der Strafäquivalenz vorgeschlagen, der hier als Dachprinzip verwendet wird.²²

Unterhalb des Dachs der Strafäquivalenz werden hier drei unterschiedlich ausgerichtete, sich ergänzende Begrenzungsprinzipien berücksichtigt.²³ Dabei ist als erstes zu klären, ob ein bestimmtes Verhalten jemals Unrecht sein kann.²⁴ Zu verneinen ist dies jedenfalls dann, dieses in den nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung fällt, der jeglicher staatlicher Kontrolle entzogen und unantastbar ist und auch im materiellen Strafrecht zu beachten ist.²⁵

Als deontologische Schranke ist dann an das mit Verfassungsrang versehene²⁶ Schuldprinzip zu denken. Dieses begrenzt die strafrechtliche Haftung auf das *verschuldete* Ausmaß des Unrechts. Wenn man separat schuldsteigernde Gesinnungsunwerte ablehnt (s.o.), geht es um eine Ankopplung an die von der persönlichen Verantwortlichkeit getragene Tatschwere. Damit resultiert aus der Wahrung des Schuldprinzips eine Bindung an die Tatproportionalität²⁷ als Obergrenze der Strafzumessung. Doch auch bei der Aufstellung strafbewehrter Verhaltensnormen führt die so ausgestaltete Schuldbindung dazu, dass Strafnormen Strafraumen vorsehen müssen, die den Bereich des Schuldangemessenen nicht von vornherein verlassen.²⁸ Absolute Bagatellen sind danach

20 *Harrendorf*, NK 2018, 250, 254.

21 Näher *Harrendorf* Absolute und relative Bagatellen (im Erscheinen für 2020).

22 *Frisch* in: FS Stree/Wessels (1993), 69, 80 f.; näher *Harrendorf* Absolute und relative Bagatellen (im Erscheinen für 2020).

23 Zur Herleitung und zu möglichen Alternativen ausführlich *Harrendorf* Absolute und relative Bagatellen (im Erscheinen für 2020).

24 Vgl. *Frisch* in: FS Stree/Wessels (1993), 69, 82; *Kudlich* JA 2007, 90 (91).

25 BVerfGE 6, 389, 433; 39, 1, 42; 90, 145, 171.

26 BVerfGE 123, 267, 413; 90, 145, 173.

27 Grundlegend *Hörnle* Tatproportionale Strafzumessung (1999); *Hirsch/Jareborg* Strafmaß und Strafgerechtigkeit (1991).

28 *Kaspar* Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht (2014), 268; *Stree* Deliktsfolgen und Grundgesetz (1960), 9.

Taten, bei denen Kriminalstrafe generell (also in jedem denkbaren Einzelfall) nicht tatproportional wäre.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist hingegen Ausgangspunkt für alle konsequentialistischen Begrenzungsüberlegungen. Dabei wird hier – entgegen der h.M.²⁹ – nicht davon ausgegangen, dass Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Schuldprinzip im Strafrecht partiell deckungsgleich seien. Das Schuldprinzip bewertet als Tatproportionalitätsprinzip die Anlass-Folge-Relation zwischen Tat und Strafe auf ihre Angemessenheit, während der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz die Zweck-Mittel-Relation zwischen Strafe und präventivem Ertrag, also dem Gewinn an Rechtsgüterschutz, bewertet. Strafandrohung und Strafe müssen daher sowohl tatproportional als auch verhältnismäßig sein (Prinzip der Meistbegünstigung).³⁰

3. Kernbereich privater Lebensgestaltung

In seiner Entscheidung zur Strafbarkeit des unerlaubten Umgangs mit Cannabisprodukten prüft das BVerfG einen Verstoß gegen den Kernbereich privater Lebensgestaltung zumindest kurz an, lehnt diesen allerdings mit einem kurzen Verweis auf die „vielfältigen sozialen Aus- und Wechselwirkungen“ des Sichberauschens ab.³¹ Es gibt jedoch kein oder jedenfalls kaum ein Verhalten, das nicht zumindest mittelbar in die Gesellschaft hineinwirken würde,³² weshalb dieser knappe Hinweis nicht genügt, um eine Verletzung des Kernbereichs abzulehnen.

Der unantastbare Kernbereich der Handlungsfreiheit kann nur darin liegen, innerhalb der Privat- und insbesondere Intimsphäre über die Vornahme oder Nichtvornahme von Handlungen autonom entscheiden zu können. Diese Sphäre ist dabei erst verlassen, wenn ein Verhalten nicht nur mittelbar oder möglicherweise, sondern ganz konkret und unmittelbar Sozialbezug aufweist.

Weitere Voraussetzung für ein Unterfallen unter den Kernbereich privater Lebensgestaltung ist Universalisierbarkeit: Absolut geschützt kann nur eine Handlung sein, die nicht ein bloßes Sonderrecht Einzelner darstellt, die zudem

29 BVerfGE 95, 96, 140; 86, 288, 313; *Appel* Verfassung und Strafe (1998), 524 ff.; *Lagodny* Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte (1996), 384 f.

30 Zutreffend *Vormbaum* ZStW 123 (2011), 660, 687.

31 BVerfGE 90, 145, 171.

32 *Comes* Der rechtsfreie Raum (1976), 41–44; *Greco* ZIS 2008, 234, 238; *Noltenius* ZJS 2009, 15, 16.

nicht mit der Autonomie anderer kollidiert und deren Ausübung sich mit dem Respekt vor der Autonomie anderer verträgt, wozu auch zählt, die Autonomie Schwächerer nicht auszubeuten.³³

Ausgangspunkt der Überlegungen, ob Besitz, Erwerb, aber auch Anbau, Herstellung, sonstiges Sich-Verschaffen, Einfuhr, Ausfuhr und Durchfuhr von Betäubungsmitteln zum Eigenkonsum in den Kernbereich privater Lebensgestaltung fallen, muss der eigentliche Drogenkonsum sein, der nach deutschem Recht als solcher gar nicht strafbar ist.³⁴ Wollte man diesen Konsum verbieten, wäre dies wohl am ehesten auf der Basis moralistischer oder harter paternalistischer Argumente möglich. Moralistische Argumente sind aber von vornherein unzulässig, da nach hier vertretener Auffassung zum Kernbereich privater Lebensgestaltung gerade auch gehört, *eigene* Vorstellungen eines guten Lebens ohne diesbezügliche Bevormundung umzusetzen.³⁵ Insbesondere kommt es einem Moralismus durch die Hintertür gleich, wenn man Rauschmittelkonsum deswegen bestrafen will, weil er einen den herrschenden Wertvorstellungen der Gesellschaft zuwiderlaufenden Lebensstil symbolisiert.³⁶ Solange ein Lebensstil über die gesellschaftliche Empörung oder entsprechende Belästigungsgefühle hinaus keine manifest schädigenden oder gefährdenden Auswirkungen hat, lässt sich eine solche Norm nicht legitimieren.³⁷

Auch direkter harter Paternalismus verbietet sich mit Blick auf das Autonomieprinzip, weil Einzelne nicht nur das Recht haben, selbst darüber zu entscheiden, was für sie gut ist, sondern auch, sich eigenverantwortlich selbst zu schädigen.³⁸ Da zudem eine Universalisierbarkeit des Drogenkonsum verantwortlicher sich selbst schädigender Personen gegeben wäre,³⁹ könnte allenfalls deswegen ein Zuordnung zum Kernbereich noch versagt werden, weil

33 *Greco* in: Hefendehl (Hrsg.), Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts? (2010), 73, 82 ff.

34 Darauf weisen zu Recht auch *Duttge/Steuer* ZRP 2014, 181, hin.

35 Zutreffend *Duttge* in: *Duttge/Tinnefeld* (Hrsg.), Gärten, Parkanlagen und Kommunikation (2006), 113, 124; *Greco* ZIS 2008, 234, 237.

36 So aber tendenziell *Wohlers* Deliktstypen des Präventionsstrafrechts (2000), 200 f.

37 Zutreffend *Hörnle* Grob anstößiges Verhalten (2005), 82.

38 Vgl. *Ambos* MschrKrim 78 (1995), 47, 50; *Frisch* in: FS Stree/Wessels (1993), 69, 94; *Nestler* in: IfK Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts (1995), 65, 74; *Wohlers* Deliktstypen des Präventionsstrafrechts (2000), 192; a.A. unter Verweis auf den Schutz der „Volksgesundheit“ z.B. *Beulke/Schröder* NSiZ 1991, 393, 394; *Rudolphi* JZ 1991, 572, 573 f.

39 So jedenfalls für Cannabiskonsum auch *Greco* in: Hefendehl (Hrsg.), Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts? (2010), 73, 86 f.; *Roxin* GA 2013, 433, 452 f.

das Verhalten nicht nur möglicherweise und mittelbar, sondern ganz konkret in die Sozialsphäre wirkt.

Als Auswirkungen in der Sozialsphäre wäre insbesondere daran zu denken, die sozialen Folgekosten einer auf den Drogenkonsum ggf. folgenden, exzessiven Drogenkarriere zu vermeiden.⁴⁰ Abgesehen davon, dass es volkswirtschaftlich gar nicht so einfach ist, die konkreten Kosten eines bestimmten Lebensstils zu kalkulieren und insbesondere solche Lebensstile, die einen frühen Tod zur Folge haben, unter Umständen sogar besonders geringe Folgekosten haben,⁴¹ wobei natürlich teure Therapieversuche etc. gegenzurechnen wäre, handelt es sich bei diesen Kosten (zumah mit Blick auf die frei verantwortliche erste Entscheidung zum Drogenkonsum) um lediglich mittelbare Folgen,⁴² die nicht genügen, um ein Verhalten aus dem Kernbereich zu expedieren. Zudem müsste im Sinne von Konsistenzüberlegungen in den Blick genommen werden, dass auch andere selbstschädigende oder –gefährdende Verhaltensweisen unabhängig von den damit verbundenen, teils erheblichen sozialen Folgekosten zugelassen sind.⁴³ Dies beginnt schon bei einem von zu wenig Bewegung und zu viel Essen geprägten Lebensstil vieler. Zu denken ist auch an den Konsum von Zigaretten und (zu viel) Alkohol sowie an verschiedenste gefährliche Sportarten.

Auch die Konsequenzen, die aus dem Drogenkonsum für die Sicherheit im Straßenverkehr, am Arbeitsplatz und in anderen Situationen folgen, sind lediglich mittelbare Auswirkungen dieses Konsums, weil z.B. die Teilnahme am Straßenverkehr unter Drogeneinfluss eine separate Entscheidung und Handlung erfordert, an der ein strafrechtliches Verbot (z.B. § 316 StGB) anknüpfen kann.⁴⁴

Zu denken wäre weiterhin an die Eindämmung der organisierten Kriminalität durch Austrocknung der Nachfrage.⁴⁵ Indessen ist auch die Stützung der organisierten Kriminalität nur eine mittelbare Auswirkung des Eigenkonsums auf die Sozialsphäre. Abgesehen schafft erst die umfassende Pönalisierung

40 *Nehm* Strafloſe Straftaten? (1999), 13.

41 *Schünemann* in: v. Hirsch et al. (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht* (2010), 239.

42 Vgl. *Haffke* ZStW 107 (1995), 761, 780.

43 *Greco* in: *Hefendehl* (Hrsg.), *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?* (2010), 73, 85 f.; *Frisch* in: FS Stree/Wessels (1993), 69, 95; *Wohlers* Deliktstypen des Präventionsstrafrechts (2000), 199.

44 *Kaspar* Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht (2014), 506.

45 So BVerfGE 90, 145, 187 f.; *Nehm* Strafloſe Straftaten? (1999), 14;.

jeglichen Umgangs mit Betäubungsmitteln den illegalen Drogenmarkt. Organisierte Drogenkriminalität ist also eine *Folge* der Drogenprohibition; ihre Bekämpfung kann die Prohibition daher nicht rechtfertigen.⁴⁶

Soweit schließlich als Schutzzweck auf die sog. „Volksgesundheit“ abgestellt wird,⁴⁷ handelt es sich dabei lediglich um ein Scheinrechtsgut, da es nur um die Gesundheit einzelner Menschen gehen kann.⁴⁸ Ein Schutz sich eigenverantwortlich selbstgefährdender Konsument*innen wäre dabei als harter Paternalismus abzulehnen. Danach ist auch kein hinreichender (unmittelbarer) Sozialbezug des Drogenkonsums erkennbar. Der Drogenkonsum sich eigenverantwortlich selbst gefährdender Personen gehört zum unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung.⁴⁹

Geht es, zweitens, um solche Konsument*innen, die sich unfrei selbst gefährden, ist insofern insbesondere an Minderjährige einerseits und bereits Drogenabhängige andererseits zu denken.⁵⁰ Zudem sind all die Personen hier zu verorten, deren Entschluss zum Drogenkonsum nicht auf einer informierten eigenverantwortlichen Entscheidung basiert, die also insbesondere die Risiken des Drogenkonsums (gravierend) unzutreffend einschätzen.⁵¹ Solche unfreie Selbstgefährdung sollte im Sinne einer weichen paternalistischen Strategie unterbunden werden, allerdings bietet sich gerade wegen der Defizite bei der kognitiven Risikoeinschätzung und/oder der Selbststeuerung hier kein sinnvoller Ansatzpunkt für Strafe.⁵²

Allerdings ist ja nicht der Drogenkonsum, sondern der Erwerb, Besitz, etc. von Drogen strafbar, und zwar, wie sich aus §§ 29 Abs. 5, 31a BtMG ergibt, im Grundsatz auch dann, wenn es sich um geringe Mengen zum Eigenkonsum handelt. Kann man diesen Fall auch als Kernbereichsfall einstufen?

46 *Ambos* MschrKrim 78 (1995), 47, 50; *Nestler* in: IfK Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts (1995), 65, 76 f.; *Wohlens* Deliktstypen des Präventionsstrafrechts (2000), 198; anders *Oğlacioğlu* Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts (2013), 84.

47 Z.B. BGHSt 37, 179, 182; *Beulke/Schröder* NStZ 1991, 393, 394; *Nehm* Straflöse Straftaten? (1999), 14.

48 *Wohlens* Deliktstypen des Präventionsstrafrechts (2000), 191; *Hörnle* Grob anstößiges Verhalten (2005), 88; *Frisch* in: FS Stree/Wessels (1993), 69, 94.

49 Anders *Kaspar* Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht (2014), 508: nur Privatsphäre.

50 So z.B. auch *Wohlens* Deliktstypen des Präventionsstrafrechts (2000), 194.

51 Vgl. *Feinberg* Harm to Self (1986), 132.

52 *Feinberg* Harm to Self (1986), 15.

Dafür spräche zunächst, dass ein Konsum ohne vorangegangenen Besitz schwerlich möglich ist. Insofern würde denn für den reinen straflosen Konsum nur ein recht schmaler Anwendungsbereich übrigbleiben.⁵³ Insbesondere scheiden sowohl Erwerb als auch Besitz aus, wenn die Drogen der konsumierenden Person nur zwecks sofortigen Verbrauchs an Ort und Stelle überlassen werden und auch tatsächlich sofort, insbesondere noch in Gegenwart der überlassenden Person, konsumiert werden.⁵⁴ Schon das ganz kurzfristige Erlangen freier eigener Verfügungsgewalt führt hingegen zur Bejahung der grundsätzlichen Strafbarkeit.⁵⁵ Der einzige eigenständige Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit, der aber in diesem Augenblick hinzukommt, ist die Gefahr einer potentiell beliebigen Weitergabe der Droge an andere.

Während für die meisten Drogen die Gesundheitsgefährlichkeit und das Potential, Missbrauch und Abhängigkeit hervorzurufen, jedenfalls in der öffentlichen Diskussion kaum einmal grundsätzlich in Frage gestellt wird, wird gerade Cannabis häufig als deutlich harmloser beurteilt.⁵⁶ Das BVerfG selbst war in der Cannabis-Entscheidung nicht von einer Ungefährlichkeit von Cannabis, aber doch von einer eher geringen Gefährlichkeit ausgegangen.⁵⁷ Dies ist auch im Kontext des Kernbereichsschutzes nicht irrelevant, weil eine „Gefahr“ der Weitergabe natürlich höchstens dann eine gegenüber dem Konsum andere Bewertung des Erwerbs, Besitzes, etc. geringer Mengen zum Eigenkonsum erlaubt, wenn eine Weitergabe tatsächlich gefährlich ist.

Vergleichende Einschätzungen der Risiken verschiedener legaler und illegaler Drogen durch eine Expert*innengruppe des UK Advisory Council on the Misuse of Drugs stufen Cannabis bezüglich seiner sozialen und gesundheitlichen Risiken insgesamt etwas oberhalb der Mitte des Durchschnittswerts aller Drogen ein.⁵⁸ An oberster Stelle einer solchen Skala, d.h. als am riskantesten bewertet findet sich mit großem Abstand der Alkohol, wobei dessen intensive soziale Auswirkungen auch mit der legalen Verfügbarkeit zusammenhängen.⁵⁹ Betrachtet man daher nur die individuellen (physischen, psychischen und sozialen) Auswirkungen auf Konsumierende, so finden sich der Alkohol-

53 Vgl. auch *Lang* Betäubungsmittelstrafrecht (2011), 81: „Umzingelung des an sich straf freien Konsums mit strafbewehrten Vorschriften“.

54 BGH NSZ 1993, 191; Körner/Patzak/Volkmer/Patzak BtMG, 9. Aufl. (2019), § 29 Teil 10 Rn. 11, Teil 13 Rn. 34.

55 OLG Hamburg NSZ 2008, 287; *Weber* BtMG, 5. Aufl. (2017), § 29 Rn. 1205 f.

56 *Böllinger* Kritische Justiz 1994, 405, 409; siehe auch LG Lübeck StV 1992, 169 ff.

57 BVerfGE 90, 145, 177 ff.

58 *Nutt et al.* The Lancet 376 (2010), 1558, 1561.

59 Vgl. auch *Nutt et al.* The Lancet 376 (2010), 1558, 1564.

und der Tabakkonsum aber dennoch auf höheren Rangplätzen als der Cannabiskonsum:

1. Crack, 2. Heroin, 3. Methamphetamin, 4. Alkohol, 5. Kokain, 6. Amphetamine/Speed, 7. GHB, 8. Tabak, 9. Ketamin, 10. Benzodiazepine, 11. Mephedron, 12. Cannabis, 13. Methadon, 14. Butan, 15. anabole Steroide, 16. Ecstasy, 17. Kath, 18. LSD, 19. Magic mushrooms, 20. Buprenorphin.⁶⁰

Eine niederländische Studie kam auf der Grundlage ebenfalls von Expert*innenbefragungen zu einer ähnlichen, wenn auch teils abweichenden Rangliste:

1. Crack, 2. Heroin, 3. Tabak, 4. Alkohol, 5. Methaphetamin, 6. Kokain, 7. Methadon, 8. Amphetamin, 9. GHB, 10. Bezodiazepine, 11. Buprenorphin, 12. Cannabis, 13. Ketamin, 14. Ecstasy, 15. Methylphenidat, 16. anabole Steroide, 17. Khat, 18. LSD, 19. Magic mushrooms.⁶¹

Danach zeigt sich Cannabis übereinstimmend als insgesamt weniger gefährlich als Alkohol und Tabak, ist aber andererseits bei weitem nicht die ungefährlichste unter den derzeit illegalen Drogen.

Es ist zudem eine differenzierte Einschätzung erforderlich, betrifft diese geringe Gefährlichkeit nämlich zunächst im Wesentlichen ältere und in ihrer Persönlichkeit gefestigte Konsument*innen, die keinen exzessiven Missbrauch betreiben.⁶² Insgesamt ergibt sich aus neueren Studien eine etwas kritischere Einschätzung der Risiken des Konsums als noch in den 1990er Jahren, die auch mit veränderten Konsummustern in Zusammenhang steht.⁶³

Allerdings gilt weiterhin, dass es eine Schrittmachfunktion von Cannabiskonsum in Richtung auf härtere Drogen im engeren Sinne nicht gibt;⁶⁴ insofern erscheint die Droge nicht riskanter als Zigaretten und Alkohol.⁶⁵ Physische Abhängigkeitserscheinungen wurden bisher nicht sicher nachgewiesen, erscheinen aber mittlerweile – anders als früher angenommen – wahrscheinlich; sie betreffen aber nur Dauer- und Intensivkonsument*innen.⁶⁶ Eine psychische Abhängigkeit besteht bei etwa 9 % der Konsument*innen (aber 17 % bei

60 Nutt et al. *The Lancet* 376 (2010), 1558, 1561 f.

61 van Amsterdam et al. *European Addiction Research* 16 (2010), 202, 204.

62 *Geschwinde Rauschdrogen*, 8. Aufl. (2018), Rn. 443.

63 *Geschwinde Rauschdrogen*, 8. Aufl. (2018), Rn. 444.

64 *Geschwinde Rauschdrogen*, 8. Aufl. (2018), Rn. 479.

65 *Geschwinde Rauschdrogen*, 8. Aufl. (2018), Rn. 481.

66 *Geschwinde Rauschdrogen*, 8. Aufl. (2018), Rn. 451.

Konsumbeginn in der Adoleszenz), wofür indessen ebenfalls starker gewohnheitsmäßiger Konsum verantwortlich ist.⁶⁷

Größere Risiken bestehen beim Konsum durch Kinder und Jugendliche, auch weil die Droge Gehirnfunktionen und -strukturen in der Wachstumsphase beeinflussen und dadurch bleibende Schäden herbeiführen kann.⁶⁸ Zudem besteht generell das Risiko der Auslösung einer – latent bereits angelegten – psychotischen Erkrankung durch den Drogenkonsum (zwei- bis sechsfache Risikoerhöhung gegenüber einer Normalpopulation), abhängig vom Einstiegsalter und der Konsumintensität.⁶⁹ Genaue Einschätzungen zu den Langzeitfolgen eines intensiveren Cannabismissbrauchs liegen bisher nicht vor;⁷⁰ auch insofern sind jedoch gewisse gesundheitsschädigende Konsequenzen bereits nachweisbar. So werden Herz-Kreislauf-Störungen, Leberschäden, eine Senkung des Testosteron-Spiegels, aber auch Atemwegserkrankungen und Schädigungen des Immunsystems mit länger andauerndem Konsum in Verbindung gebracht.⁷¹

Von einer „Ungefährlichkeit“ von Cannabis wird man danach nicht ausgehen können;⁷² die Gefährlichkeit ist aber – insbesondere im Vergleich zu einigen anderen illegalen Drogen, aber auch zu Alkohol und Tabak – insgesamt eher gering ausgeprägt. Es gibt aber durchaus auch ungefährlichere illegale Drogen.⁷³ Festzustellen ist zudem, dass gerade diejenigen Gruppen, bei denen von fehlender Eigenverantwortlichkeit auszugehen ist (Kinder, Jugendliche und Abhängige) auch den größten Gesundheitsgefahren ausgesetzt zu sein scheinen.

Nun wird teils behauptet, auch die Gefahr der Weitergabe sei ungeachtet etwa daraus resultierender Gesundheitsgefahren schon im Ausgangspunkt kein zulässiger Anknüpfungspunkt, weil insofern davon auszugehen sei, dass auch die potentiellen Empfänger*innen sich eigenverantwortlich selbst gefährdeten, so dass auch aus dem Drogenbesitz, ja selbst aus dem Drogenhandel, keine Fremdgefährdung resultiere.⁷⁴ (Strafrechtlich) verbotbar werde selbst

67 *Geschwinde Rauschdrogen*, 8. Aufl. (2018), Rn. 456.

68 *Geschwinde Rauschdrogen*, 8. Aufl. (2018), Rn. 465.

69 *Geschwinde Rauschdrogen*, 8. Aufl. (2018), Rn. 496.

70 *Geschwinde Rauschdrogen*, 8. Aufl. (2018), Rn. 484 f.

71 *Geschwinde Rauschdrogen*, 8. Aufl. (2018), Rn. 486 ff.

72 Insofern zutreffend *Dutge/Steuer ZRP* 2014, 181, 182 f.

73 Zutreffend *Lang Betäubungsmittelstrafrecht* (2011), 112.

74 So *Wohlers Deliktstypen des Präventionsstrafrechts* (2000), 194 f.; *Lang Betäubungsmittelstrafrecht* (2011), 81, 90 f.

die Weitergabe von Drogen erst dort, wo sie an sich nicht frei verantwortlich gefährdende Personen, namentlich an Minderjährige und Drogensüchtige, erfolge;⁷⁵ eine *generelle* Drogenprohibition sei bereits deshalb unzulässig. Zu nennen wäre ergänzend die Weitergabe an Personen, die das Risiko des Drogenkonsums eklatant falsch einschätzen, da auch bei diesen der Staat dazu berechtigt ist, sie vor der Fehleinschätzung zu schützen.⁷⁶

Problematisch ist aber insbesondere, dass für Weitergebende gar nicht ohne weiteres deutlich wird, ob jemand das Risiko voll erkennt, ja nicht einmal, ob eine Person drogensüchtig oder minderjährig ist.⁷⁷ Insofern also sind Besitz zur Weitergabe und erst Recht die Weitergabe selbst mit dem Respekt vor der Autonomie anderer nicht vereinbar, weil sie eine potentielle Ausbeutung Schwächerer zur Folge haben.⁷⁸ Das heißt nicht, dass jede Weitergabe von Drogen konkret die Autonomie anderer verletzt, aber es bedeutet, dass ein autonomieverletzendes Potential, also eine diesbezügliche abstrakte Gefahr, grundsätzlich besteht. Dann begründet aber auch der Besitz von Drogen zur Weitergabe eine entsprechende, wenn auch weiter vorgelagerte Gefahr. Gegen ein staatliches Verbot spricht dann aber jedenfalls *insofern* nicht schon der Kernbereichsgedanke. Dies ist mit Blick auf die dargestellten Ergebnisse zu den Folgewirkungen und dem Abhängigkeitspotential von Cannabis im Grundsatz bereits bei dieser verhältnismäßig harmlosen Droge der Fall.

Doch von hier (der grundsätzlichen Vereinbarkeit eines Verbots des Besitzes zur Weitergabe mit dem Kernbereichsschutz) ist es nur ein kleiner Schritt bis zu der Feststellung, dass auch ein Verbot des Besitzes zum Eigenkonsum den Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht verletzt: Die Abgrenzung zwischen Besitz zum Eigenkonsum und Besitz zur Weitergabe ist nur eine subjektive, allenfalls indiziell angereichert durch die Größe der besessenen Menge. Die innere Willensrichtung kann sich aber während des Besitzes jederzeit von der einen in die andere Richtung ändern.⁷⁹ Insofern begründet also der Besitz jeglicher überhaupt schon einen Rauschzustand bewirkenden Dosis die grundsätzliche Gefahr einer unkontrollierten Weitergabe⁸⁰ und kann *daher*

75 So wiederum *Wohlers* Deliktstypen des Präventionsstrafrechts (2000), 194.

76 *Feinberg* Harm to Self (1986), 132.

77 Ähnlich *Wang* Drogenstraftaten und abstrakte Gefährdungsdelikte (2003), 125. Vgl. auch *Feinberg* Harm to Self (1986), 174 f.

78 Vgl. *Greco* in: *Hefendehl* (Hrsg.), Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts? (2010), 73, 87.

79 Kritisch in Bezug auf eine derartige subjektive Unterscheidung auch *Köhler* ZStW 104 (1992), 3, 40.

80 BVerfGE 90, 145, 187.

nicht dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zugerechnet werden.⁸¹ Dies bedeutet indessen nicht bereits, dass eine Strafnorm auch tatproportional und verhältnismäßig wäre; dafür, dass sie dies jedenfalls beim Besitz geringer Mengen an Cannabis zum Eigenkonsum nicht ist, spricht *prima facie* schon die entsprechende Entscheidung des BVerfG. Auch im Übrigen erscheint die sehr weite Vorverlagerung des Schutzes bedenklich.⁸²

4. Tatproportionalität

Spricht danach nicht schon der Kernbereichsschutz für eine Entkriminalisierung von Besitz, Erwerb, etc. von Betäubungsmitteln gem. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 3 BtMG zum Eigenkonsum, geht es in einem zweiten Schritt darum, ob ein mit Kriminalstrafe bewehrtes Verbot in diesem Bereich überhaupt schuldangemessen sein kann. Es geht also um die Frage einer absoluten Geringfügigkeit der entsprechenden Delikte. Dabei ergibt sich aus dem Vorstehenden, dass die Geringfügigkeit des Verhaltens hier primär danach zu beurteilen ist, wie nah die Tathandlung an einen Fall reinen, straflosen Konsums heranreicht. Das Unrecht der Tat ist also insbesondere dort stark gemindert ist, wo (bisher)⁸³ keine Absicht zur Weitergabe besteht, der Erwerb bzw. Besitz also allein zur Ermöglichung des Eigenkonsums dient.

Fraglich ist, ob es daneben für die Geringfügigkeit auch wirklich der geringen Menge bedarf. Diese könnte man einerseits als objektives Indiz dafür werten, dass tatsächlich nur Absicht zum Eigenkonsum besteht. Dann wäre für die geringe Menge darauf abzustellen, was zur Hervorrufung einiger weniger Rauschzustände erforderlich ist. Rechtsprechung und Literatur knüpfen dabei für § 29 Abs. 5 BtMG an drei Konsumeinheiten an,⁸⁴ wobei fast ausnahmslos auf „ungeübte“ Drogenprobierer*innen bzw. Gelegenheitskonsument*innen abgestellt wird.⁸⁵

81 Zutreffend *Kaspar* Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht (2014), 508.

82 Siehe hier nur *Oğlakcioğlu* Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts (2013), 78 f.

83 Generell gegen eine Anknüpfung an „(wandelbare) Gesinnungen“ *Köhler* ZStW 104 (1992), 3, 40.

84 OLG Oldenburg StV 2010, 135; BayObLG NSTZ 1995, 350; Körner/Patzak/Volkmer/Patzak BtMG, 9. Aufl. (2019), § 29 Teil 29 Rn. 29; *Weber* BtMG, 5. Aufl. (2017), § 29 Rn. 2108.

85 So z.B. BayObLG StV 2000, 83; BayObLG NSTZ 1995, 350; Körner/Patzak/Volkmer/Patzak BtMG, 9. Aufl. (2019), § 29 Teil 28 Rn. 29; *Weber* BtMG, 5. Aufl. (2017),

Es fragt sich jedoch, ob dies richtig ist. Insofern ist einerseits zu berücksichtigen, dass aus Tatproportionalitätserwägungen die Eigenschaft, Wiederholungstäter*in zu sein, als solche nicht strafschärfend berücksichtigt werden kann.⁸⁶ Gerade die drogengewöhnnten oder gar –süchtigen Wiederholungstäter*innen sind es aber, die zur Rauscherzeugung bei toleranzbildenden Substanzen einer höheren Dosis bedürfen. Zudem ist in Rechnung zu stellen, dass eine gewöhnungsunabhängige Bestimmung der geringen Menge gerade diejenigen einem größeren Risiko aussetzt, bestraft zu werden, die drogenabhängig sind.⁸⁷

Allerdings steigen andererseits die Gefahr, die von den Drogen ausgeht, sowie das Risiko der Weitergabe grundsätzlich mit der besessenen Menge. Insofern ist die Mengengrenzung keineswegs – was sicherlich problematisch wäre⁸⁸ – nur Indiz für die Eigenkonsumabsicht, sondern betrifft einen davon separierbaren Unrechtsaspekt. Das Handlungsunrecht steigt daher mit der Größe der besessenen Menge. Es ist daher tatsächlich für das Vorliegen geringfügigen Unrechts zu fordern, dass auch nur eine *geringe* Menge an Betäubungsmitteln erworben oder besessen wurde. Damit ist allerdings noch nicht gesagt, dass die konkrete Festsetzung der geringen Menge bei drei Konsumeinheiten für Erstkonsument*innen unter Unrechtsaspekten die „richtige“ Grenze ist.

Bevor dies abschließend beantwortet werden kann, ist zunächst zu klären, ob für die Geringfügigkeitsbeurteilung ergänzend auf die *Gefährlichkeit* des Betäubungsmittels abgestellt werden kann. Zunächst scheint eine solche Differenzierung ohne weiteres auf der Hand zu liegen. Sie liegt auch der gängigen Bagatellisierungspraxis zugrunde, nach der Einstellungen primär bei Erwerb und Besitz von Cannabis erfolgen und eine *generelle* Duldung jeglichen Drogenbesitzes nur in Drogenkonsumräumen gilt (vgl. §§ 31a Abs. 1 S. 2, 10a BtMG). Auch die Entscheidung des BVerfG zu § 29 BtMG forderte nur eine *De-facto*-Entkriminalisierung des Besitzes und Erwerbs von *Cannabis* zum Eigenkonsum. Grund dafür war explizit die Annahme einer eher geringen Gefährlichkeit von Cannabis.⁸⁹

§ 29 Rn. 2114; anders aber noch BayObLG StV 1998, 590, 591 bei Heroin; anders zudem Kreuzer/Hoffmann StV 2000, 84, 85.

86 Harrendorf in: GedS Joecks, 97, 110 f.; ausf. Roberts/Harrendorf in: Ambos et al., Core Concepts in Criminal Law and Justice, 261 ff.

87 Kritisch dazu auch Kreuzer/Hoffmann StV 2000, 84, 85.

88 Zu Recht kritisch Köhler ZStW 104 (1992), 3, 40.

89 BVerfGE 90, 145, 177 ff.

Allerdings bedarf es insofern einer differenzierteren Betrachtung (s.o.). Weiterhin ist in Rechnung zu stellen, dass insbesondere eine Differenzierung nach Gefährlichkeit und Suchtpotential der Substanz, z.B. in „harte“ und „weiche“ Drogen, durchaus zu Wertungswidersprüchen führt: So nimmt mit steigender Gefährlichkeit und steigendem Suchtpotential der Droge die Zahl bereits süchtiger Konsument*innen und solcher Personen, die das Risiko der Droge eklatant falsch einschätzen, zu.⁹⁰ Mit anderen Worten finden sich unter den Besitzer*innen geringer Mengen von Heroin zum Eigenkonsum weitaus mehr Abhängige, dafür aber weitaus weniger eigenverantwortlich sich selbst gefährdende Gelegenheitskonsument*innen als beim Besitz geringer Mengen Cannabis zum Eigenkonsum. Die Differenzierung nach der Gefährlichkeit der Droge führt mithin zu einer bevorzugten Bestrafung gerade der hilfsbedürftigen Abhängigen. Die Einrichtung von Drogenkonsumräumen und der weitgehende Verfolgungsverzicht mit Blick auf Drogenbesitz in diesen Räumen kann diesem Risiko schon vom Ausgangspunkt her nur begrenzt entgegenwirken, weil die Abgabe von Drogen in diesen Räumen nicht gestattet ist (§ 10a Abs. 2 Nr. 5 BtMG). Auch Nutzer*innen solcher Räume setzen sich mithin *de lege lata* dem Risiko der Strafverfolgung aus, da sie vor dem Betreten des Raums die Betäubungsmittel erwerben und dann auf dem Weg zum Konsumraum besitzen müssen.⁹¹

Vor dem Hintergrund der gegenwärtigen umfassenden Drogenprohibition auf Abgabeseite auch für Abhängige (mit Ausnahme der vor allem auf Heroinabhängige abzielenden Substitutionstherapie, mittlerweile bei Schwerstabhängigen auch mit Diamorphin,⁹² die aber bei weitem nicht alle Abhängigen erreicht) kann man daher die Gefährlichkeit der Droge nur sehr eingeschränkt als Kriterium für die Geringfügigkeit der Tat heranziehen: Zwar steigert die Gefährlichkeit der Droge als solche das Handlungsunrecht, die häufiger vorhandene Gewöhnung bzw. Abhängigkeit bei harten Drogen wirkt sich aber auch unterhalb der Schwelle der §§ 20, 21 StGB (die nach der Rechtsprechung allein wegen Drogenabhängigkeit kaum einmal in Betracht kommen)⁹³ schuld mindernd aus. Solche Minderungen der Strafbegründungsschuld bei den abhängigen oder drogenmissbrauchenden Täter*innen sind aber bei der Geringfügigkeitsbeurteilung zu berücksichtigen.

90 Vgl. auch *Feinberg Harm to Self* (1986), 133 f.

91 Körner/Patzak/Volkmer/Patzak BtMG, 9. Aufl. (2019), § 31a Rn. 125.

92 Also Heroin („Heroin“ ist der alte Markenname des bis 1931 auf dem Markt erhältlichen, auf dem Wirkstoff basierenden Medikaments von Bayer).

93 Siehe nur BGH NSiZ-RR 2006, 88; NSiZ 2001, 82; NJW 1981, 1221.

In der Praxis und Teilen der Literatur wird hingegen (verfehlt) davon ausgegangen, bei (ggf. drogenabhängigen) Wiederholungstäter*innen komme eine Einstellung nach § 31a BtMG ebenso wie ein Absehen von Strafe nach § 29 Abs. 5 BtMG allenfalls ausnahmsweise in Betracht.⁹⁴ Nachdem schon ganz grundsätzlich eine Behandlung ohne Behandlungsmotivation keinen Sinn ergibt, kann man für eine solche Auffassung nicht pauschal ins Feld führen, die Drohung einer sonst zu vollstreckenden Strafe sei ein adäquates Mittel, um langfristig Erfolge in der Suchtbehandlung zu erzielen.⁹⁵ Schließlich wird übersehen, dass man – wie bereits erörtert – Strafe bei BtMG-Verstößen allein auf eine Fremdgefährdung stützen kann; diese aber steigt bei Wiederholungstäter*innen und Süchtigen je Einzeltat gerade nicht an. Letztlich kann man die Erzwingung von Therapie durch eine andernfalls drohende Strafe, soweit sie allein dazu dient, weitere Delikte des konsumvorbereitenden Erwerbs und Besitzes zu verhindern, nur als (unzulässigen) direkten harten Paternalismus begreifen, wo eigentlich Hilfe nötig wäre.⁹⁶

Es wäre insofern also zunächst denkbar, statt der von der Rechtsprechung angesetzten drei Konsumeinheiten von Erstkonsument*innen von vornherein nur die einzelne Konsumeinheit, die Abhängige benötigen, als Mengengrenze der Geringfügigkeit jedenfalls bei harten Drogen zu berücksichtigen. Eine solche Berechnung führt indessen bei Drogen, bei denen starke Gewöhnungseffekte eintreten, sogar zu erheblich *höheren* Grenzwerten als bei Zugrundelegung von drei Konsumeinheiten drogenungewöhnter Erstkonsument*innen. So liegt die wirksame Mindestdosis beim intravenösen Injizieren von Heroin bei 10 mg Heroinhydrochlorid; diese ruft beim Erstkonsumenten sogar u.U. bereits schwere Vergiftungserscheinungen hervor.⁹⁷ Aufbauend auf diesem Wert legt die Rechtsprechung die geringe Menge bei 30 mg Heroinhydrochlorid fest.⁹⁸ Demgegenüber brauchen konsumgewohnte Heroin-User*innen

94 OLG Hamm NStZ-RR 2010, 24; OLG Oldenburg StV 2010, 135; *Weber* BtMG, 5. Aufl. (2017), § 29 Rn. 2161, § 31a Rn. 35, 46; ähnlich *Körner/Patzak/Volkmer/Patzak* BtMG, 9. Aufl. (2019), § 31a Rn. 36 ff.; kritisch aber *MüKo-StGB/Oğlakcioğlu*, 3. Aufl. (2017), § 29 BtMG Rn. 1751 ff.; zutreffend zudem bereits BR-Drs. 57/90, 10.

95 So aber *Aulinger* Rechtsgleichheit und Rechtswirklichkeit bei der Strafverfolgung von Drogenkonsumenten (1997), 50 f.; *Weber* BtMG, 5. Aufl. (2017), § 31a Rn. 42 ff.; zutreffend *Köhler* ZStW 104 (1992), 3, 9.

96 Vgl. *Köhler* ZStW 104 (1992), 3, 13 f.

97 *Geschwinde* Rauschdrogen, 8. Aufl. (2018), Rn. 2232.

98 BayObLG StV 2000, 83; *Weber* BtMG, 5. Aufl. (2017), § 29 Rn. 2125.

Einzeldosen im Bereich von 30 mg bis 100 mg,⁹⁹ während eine Dosis ab 50 mg bei Erstkonsument*innen bereits eine *dosis letalis* sein kann.¹⁰⁰

Diesem Problem kann nur durch eine Grenzwertregelung Rechnung getragen werden, die dem unterschiedlichen Konsumbedarf (der zudem von der beabsichtigten Art des Konsums abhängt)¹⁰¹ entspricht.¹⁰² Allein so kann auch der eklatante Wertungswiderspruch vermieden werden, zu dem §§ 31a Abs. 1 S. 2, 10a BtMG *de lege lata* führen, indem sie sich an Drogenabhängige richten, diesen aber nur den Besitz von Mengen zugestehen wollen, die für Erstkonsumierende gering sind.¹⁰³ Bei Heroin wäre dies, wie die o.g. Berechnungsbeispiele zeigen, auf der Basis der bisher angesetzten Grenzwerte ein von vornherein zum Scheitern verurteiltes Unterfangen, würde man nicht in der Praxis anscheinend geflissentlich ignorieren, dass unter den geltenden rechtlichen Bedingungen die auch nur partielle „Legalisierung“ des Drogenkonsums Drogenabhängiger in Drogenkonsumräumen rechtlich unmöglich ist.

Danach erscheint es nötig, bei der Definition der geringen Menge den Bedürfnissen auch drogengewohnter und -abhängiger Nutzer*innen Rechnung zu tragen. Insofern muss mit einer doppelten Grenze gearbeitet werden: Für Erst- und Gelegenheitskonsument*innen ist an der bisher geltenden Grenze von drei Konsumeinheiten festzuhalten, für drogengewohnte Konsument*innen einschließlich der Abhängigen ist darüber hinaus *jedenfalls* beim Besitz von nicht mehr als einer für sie wirksamen Einzeldosis nur geringfügiges Unrecht anzunehmen, selbst wenn dadurch für diese der Grenzwert bei zu starker Toleranzbildung führenden Drogen erheblich höher ausfällt.¹⁰⁴ Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass Heroinabhängige im Schnitt drei bis vier „Schüsse“ am Tag, teils sogar mehr (bis zu alle vier Stunden), benötigen; die Tagesdosis liegt zwischen 50 mg und 250 mg des reinen Wirkstoffs.¹⁰⁵ Vor diesem Hintergrund erscheint es sogar gerechtfertigt, bei ihnen ebenfalls drei (entsprechend erhöhte) Konsumeinheiten, entsprechend zumindest einem knappen Tagesbedarf, als Geringfügigkeitsgrenze anzusetzen. Man befände

99 *Geschwinde* Rauschdrogen, 8. Aufl. (2018), Rn. 2232.

100 *Geschwinde* Rauschdrogen, 8. Aufl. (2018), Rn. 2332.

101 Z.B. rauchen, schnupfen, spritzen; siehe *Kreuzer/Hoffmann* StV 2000, 84, 86; insofern ebenso *Körner* NSiZ 1996, 195, 196.

102 Ebenso *Kreuzer/Hoffmann* StV 2000, 84, 86.

103 Auf diesen Wertungswiderspruch zu Recht hinweisend *MüKo-StGB/Kotz/Oğlakcioğlu*, 3. Aufl. (2017), § 10a BtMG Rn. 37.

104 Ähnlich *Kreuzer/Hoffmann* StV 2000, 84, 85 f.

105 *Geschwinde* Rauschdrogen, 8. Aufl. (2018), Rn. 2235.

sich dann, was Heroin betrifft, wieder im Bereich der alten, vom BayObLG noch bis BayObLG StV 1998, 590, zugrunde gelegten Grenze der geringen Menge bei 150 mg Heroinhydrochlorid; dies allerdings nicht generell, sondern nur für entsprechend schwer Abhängige. Für Heroinungewöhnte bliebe es bei 30 mg.

Dass dies in Bezug auf das Unrecht keine willkürliche Differenzierung ist, ergibt folgende Kontrollüberlegung: Wenn das Unrecht des Drogenerwerbs und -besitzes allein im dadurch begründeten Risiko unkontrollierter Weitergabe besteht, ist die Wahrscheinlichkeit einer solchen Weitergabe ebenfalls in Rechnung zu stellen. Diese aber ist gerade bei Drogengewöhnten bzw. -abhängigen, die bei Weggabe von auch nur Teilen der besessenen Menge nicht mehr durch den Tag kämen, nahezu null.¹⁰⁶

Es fragt sich, ob darüber hinaus sogar noch höhere Grenzwerte für die Geringfügigkeitsbeurteilung denkbar erscheinen. Erfahrungen in anderen Ländern mit einer partiellen Entkriminalisierung der Nachfrageseite bei Drogendelikten könnten dafür sprechen, weil dort unter Geltung solcher, sogar bis zehn Tagesrationen reichender Regelungen¹⁰⁷ das Drogenproblem insgesamt bei wertender Betrachtung gegenüber dem *status quo ante* zurückgegangen ist.¹⁰⁸ Andererseits erhöht eine Erweiterung der Besitzmöglichkeiten natürlich das Weitergaberrisiko. Zudem würde eine derartige Erhöhung auch Rückwirkungen auf die nicht geringe Menge im Sinne von § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG haben, die beim Heroin derzeit bei 1,5 g Wirkstoff liegt,¹⁰⁹ eine Menge, die bei einem Tageskonsum von 150 mg in zehn Tagen, bei 250 mg sogar bereits in sechs Tagen aufgebraucht wäre. Wenn also eine Entkriminalisierung in diesen Bereich vordringen würde, dürfte es sich nicht mehr im engeren Sinne um eine Geringfügigkeitsentscheidung handeln, sondern um das Umschwenken auf ein insgesamt anderes Modell des Umgangs mit Betäubungsmittelmissbrauch (was ggf. angezeigt wäre, aber nicht Gegenstand dieses Beitrags ist). Festgehalten werden kann aber, dass jedenfalls im Bereich bis drei an den individuellen Bedarf angepassten Konsumeinheiten Geringfügigkeit angenommen werden kann. Dabei dürfte es zulässig sein, Drogenkonsument*innen

106 Siehe auch *Kreuzer/Hoffmann* StV 2000, 84, 85.

107 So in Portugal gem. § 2 Abs. 2 Lei No. 30/2000 de 29 de Novembro. Es wird allerdings auch dort auf einen Durchschnittskonsum abgestellt, was bei Heroin wegen der hohen Toleranzbildung nicht zu weitaus höheren Grenzwerten führt.

108 Näher unten.

109 BGH NJW 1984, 675.

schlicht in zwei Gruppen (Gelegenheitskonsument*innen einerseits, Drogen-gewöhnte und Abhängige andererseits) einzustufen und für jede Gruppe bei jeder Droge einen Grenzwert festzusetzen.¹¹⁰

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass es – entgegen den Länder-richtlinien,¹¹¹ dem BVerfG¹¹² und Teilen der Literatur¹¹³ – für die Geringfügigkeitsbeurteilung im Ergebnis nicht darauf ankommen kann, wo und durch wen die Drogen konsumiert werden.¹¹⁴

5. Verhältnismäßigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird hier primär in einer strafrechtsinternen Weise und als Optimierungsgebot¹¹⁵ verstanden.¹¹⁶ Gemeint ist damit, dass die anzustellenden Verhältnismäßigkeitsüberlegungen auch beabsichtigen, den weiten Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum, der dem Gesetzgeber insbesondere aus einer verfassungsrechtlichen Kontrollperspektive zuzugestehen ist,¹¹⁷ möglichst weitgehend aus einer strafrechtsinternen Perspektive in Richtung auf ein vorzugswürdiges Lösungsmodell einzugrenzen. Es handelt sich also um ein grundrechtsorientiertes, regelgeleitet-kriminalpolitisches Vorgehen.¹¹⁸ Daneben wird aber auch die verfassungsrechtliche Kontrollperspektive in den Blick genommen.

Grundsätzlich in Frage gestellt wird die *Geeignetheit* bei Besitzdelikten wie § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BtMG, weil diese nicht an menschliches Verhalten anknüpfen, sondern nur an eine Beziehung zu einer Sache.¹¹⁹ Nach anderer

110 Wie hier *Kreuzer/Hoffmann* StV 2000, 84, 86.

111 Siehe nur exemplarisch die niedersächsische Richtlinie, Gemeinsamer Runderlass des Ministeriums der Justiz und des Ministeriums des Innern vom 7. Dezember 2012 (Nds. MBl. 2012 Nr. 46, 1253; Nds. Rpfl. 2013 Nr. 2, 47), dort unter 2.3.

112 BVerfGE 90, 145, 190.

113 *Aulinger* Rechtsgleichheit und Rechtswirklichkeit bei der Strafverfolgung von Drogenkonsumenten (1997), 53 ff.; *Weber* BtMG, 5. Aufl. (2017), § 29 Rn. 2150 ff.

114 Dazu ausführlich *Harrendorf* Absolute und relative Bagatellen (im Erscheinen für 2020).

115 Vgl. *Alexy* Theorie der Grundrechte (1986), 100 ff.

116 Ausführlich *Harrendorf* Absolute und relative Bagatellen (im Erscheinen für 2020).

117 BVerfGE 120, 224, 240 f.; 90, 145, 172 f.; *Hörnle* Grob anstößiges Verhalten (2005), 23 ff.

118 S.a. *Lagodny* Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte (1996), 511 ff.

119 So insbesondere *Lagodny* Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte (1996), 335.

Auffassung genügt es hingegen zur Strafbarkeit, wenn jemand alle Tatbestandsmerkmale kennt und den Besitz dennoch aufrechterhält; Besitzdelikte seien Zustandsdelikte.¹²⁰

Dass letzteres nicht richtig sein kann, zeigt jedoch der Fall des zunächst unfreiwillig erlangten Besitzes: Würde die Annahme eines Zustandsdeliktes zutreffen, würde sich z.B. eine Person, die auf einer Auslandsreise davon erfährt, dass jemand heimlich Drogen in ihrer Wohnung versteckt hat, allein durch diese Kenntniserlangung und den Entschluss zum Behalten strafbar machen,¹²¹ weil ab dann tatsächliche Sachherrschaft, Herrschaftswille und Besitzvorsatz zusammenfallen.¹²² Wenn man aber in einer konkreten Situation gar nicht anders kann, als zu besitzen, knüpft die Strafe entweder (subjektiv) an einen bloßen bösen Gedanken, was ein unzulässiger Eingriff in den Kernbereich privater Lebensgestaltung wäre (s.o.), oder jemand würde bestraft für etwas, das er (objektiv) nicht beeinflussen kann, worin ein Verstoß gegen den Schuldgrundsatz läge.¹²³

Dennoch kann bei Besitzdelikten an die willensgetragene Aufrechterhaltung des Besitzes, indessen als Verhalten,¹²⁴ angeknüpft werden: Besitzdelikte sind echte Unterlassungsdelikte, bei denen das Unrecht zumindest in der unterlassenen Besitzaufgabe liegt.¹²⁵ Voraussetzung der Strafbarkeit ist danach allerdings immer die Möglichkeit der Vornahme einer (zulässigen) Entledigungshandlung.¹²⁶

Jeglicher Besitz von Betäubungsmitteln trägt zudem immer die Möglichkeit einer Weitergabe an beliebige Dritte in sich. Grund für das Besitzverbot ist ein indirekter paternalistischer Schutz dieser Dritten vor Gesundheitsschädigungen oder -gefährdungen durch Betäubungsmittel, soweit diese das Schädigungsrisiko gravierend fehleinschätzen oder ihnen die Möglichkeit eigenverantwortlicher Selbststeuerung (z.B. aufgrund Sucht oder Minderjährigkeit)

120 *Eckstein* ZStW 117 (2005), 107, 112; *Schroeder* ZIS 2007, 444, 448 f.

121 So denn auch *Schroeder* ZIS 2007, 444, 449; zu Recht ablehnend Sch/Sch/*Eisele*, 30. Aufl. (2019), Vor § 13 Rn. 42.

122 Darauf abstellend *Eckstein* ZStW 117 (2005), 107, 114.

123 Ähnlich auch *Oğlakcioğlu* Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts (2013), 100 ff.

124 Siehe auch bereits BT-Drs. VI/1877, 9.

125 Ebenso Sch/Sch/*Eisele*, 30. Aufl. (2019), Vor § 13 Rn. 42; MüKo-StGB/*Hörnle* § 184b Rn. 38; *Oğlakcioğlu* Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts (2013), 115; ablehnend aber *Lagodny* Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte (1996), 326–327.

126 Sch/Sch/*Eisele*, 30. Aufl. (2019), Vor § 13 Rn. 42.

fehlt. Ein vollständiges Besitzverbot ist zur Erreichung dieses Zweckes evident geeignet.

Ausgangspunkt der Überlegungen zur *Erforderlichkeit* ist hier die andernorts bereits begründete, hier daher vorausgesetzte Annahme, dass in Bezug auf tatbestandlich ausgrenzbare Bereiche geringfügiger Delinquenz von einer generellen Gleichordnung des milderen Ordnungswidrigkeitenrechts aus strafrechtsinterner, grundrechtsorientierter kriminalpolitischer Perspektive ausgegangen werden kann. Aus einer verfassungsrechtlichen Kontrollperspektive darf der Gesetzgeber das Strafrecht unter Berücksichtigung seiner Einschätzungsprärogative dennoch für wirksamer halten.¹²⁷ Allerdings ist unklar, ob diese Überlegungen auch für den Erwerb, Besitz, etc. geringer Mengen an Betäubungsmitteln zum Eigenkonsum gelten.

Es bietet sich insofern insbesondere ein Blick auf die Entwicklung in Portugal an, wo bereits 2001 Drogenerwerb und –besitz zum Eigenkonsum in Bezug auf eine große Zahl illegaler Drogen entkriminalisiert, freilich dabei nicht legalisiert wurde. Stattdessen wurde ein System administrativer Sanktionen für derartiges Verhalten eingeführt; dabei ist eine Sanktionierung nicht zwingend. Vielmehr wurden *Comissões para a Dissuasão da Toxicodependência* (Kommissionen für ein Abraten von der Drogenabhängigkeit) eingerichtet, bestehend aus drei Personen aus dem Bereich Justiz, Sozialarbeit und Medizin. Tatverdächtige werden von der Polizei an die Kommissionen überstellt, die mit diesen die Motive und die Hintergründe der Tat besprechen und herauszufinden versuchen, ob eine Drogenabhängigkeit besteht. Sinn der Gespräche ist dabei, die Konsument*innen über die Risiken des Drogenkonsums aufzuklären, ihnen davon abzuraten sowie Drogenabhängigen Therapieangebote zu machen. Die Kommissionen können im Übrigen das Verfahren einstellen sowie verschiedene Sanktionen verhängen, z.B. eine Geldbuße und gemeinnützige Arbeit, aber stattdessen auch psychologische oder erzieherische Maßnahmen vorschlagen.¹²⁸ Die Entkriminalisierung ist dabei sogar recht weitreichend und umfasst bis zu zehn Tagesrationen der erfassten Drogen (Marihuana, Haschisch, Cannabisöl, reines THC, LSD, MDMA, Kokain, Heroin, Methadon, Morphin, Opium, Amphetamin und PCP).¹²⁹

127 Näher Harrendorf in: GedS Joecks, 97, 112 ff.; Harrendorf NK 2018, 250, 260 ff.; Harrendorf Absolute und relative Bagatellen (im Erscheinen für 2020).

128 Hughes/Stevens *British Journal of Criminology* 50 (2010), 999, 1002.

129 Stöver/Plenert *Entkriminalisierung und Regulierung* (2013), 32.

Eine Evaluation des Erfolgs der Entkriminalisierungsbestrebungen in Portugal erbrachte, dass die Entkriminalisierung jedenfalls nicht zu der von manchen befürchteten Verschlechterung der Drogensituation geführt hat, sondern dass die Entwicklung des Drogenkonsums und der drogenbedingten Folgeprobleme in der Gesamtbewertung insgesamt eher günstiger verlaufen ist als in anderen europäischen Ländern, die weiterhin an einer „harten“ Drogenpolitik festhielten.¹³⁰ Positive Effekte der Reform ergaben sich insbesondere durch eine Verringerung der Anzahl Drogentoter und der Neuinfektionen intravenös Drogenabhängiger sowie einer Verringerung der Anzahl minderjähriger Drogenkonsument*innen sowie von Personen mit problematischem Konsum.¹³¹ Zudem stieg die Zahl durchgeführter Drogentherapien. Weiterhin zeigte sich – trotz einer Entkriminalisierung von Erwerb und Besitz zum Eigenkonsum bei allen Drogen – eine Verschiebung der Konsummuster zugunsten der weniger gefährlichen Drogen: Fälle mit Heroinbezug gingen zurück, während solche mit Cannabisbezug anstiegen.¹³² Hingegen ergab sich insgesamt ein leichter Anstieg der Zahl der erwachsenen Drogenkonsument*innen, der allerdings wohl nicht allein auf die Reform zurückzuführen ist, sondern sich auch in anderen Ländern zeigte.¹³³ Auch der Drogentourismus hat nicht zugenommen, vermutlich, weil Tourist*innen schon das Risiko scheuen, vor eine der Kommissionen gebracht zu werden.¹³⁴

Wenn man berücksichtigt, dass der Grund für Drogenverbote nur der Schutz derjenigen sein kann, die nicht in der Lage sind, die Entscheidung, Drogen zu konsumieren, eigenverantwortlich zu treffen, während der eigenverantwortliche Konsum als solcher nicht verboten werden kann, zeigt sich erst recht, dass eine derartige Entkriminalisierung ein milderes, gleich geeignetes Mittel darstellt: Wenn gerade der Konsum Minderjähriger, problematischer Konsum, der Konsum harter Drogen, Infektionskrankheiten intravenös Drogenabhängiger und die Drogentodesfälle zurückgehen, wird darin der sogar wirksamere Schutz vor Fremdgefährdung und Folgeschäden deutlich, während der leichte Anstieg der Zahlen erwachsener Konsument*innen maßgeblich auch durch eigenverantwortliche Selbstgefährdungen bedingt sein dürfte. Insgesamt wird

130 Siehe insbesondere die differenzierte Analyse von *Hughes/Stevens Drug and Alcohol Review* 31 (2012), 101.

131 *Hughes/Stevens British Journal of Criminology* 50 (2010), 999, 1017; *Hughes/Stevens Drug and Alcohol Review* 31 (2012), 101.

132 *United Nations Office on Drugs and Crime* (Hrsg.) *World Drug Report* (2014), 45.

133 *United Nations Office on Drugs and Crime* (Hrsg.) *World Drug Report* (2009), 168; *Hughes/Stevens British Journal of Criminology* 50 (2010), 999, 1008.

134 *United Nations Office on Drugs and Crime* (Hrsg.) *World Drug Report* (2009), 168.

man – auch wenn die Ausgangssituation in Portugal 2001 nicht in jeder Hinsicht mit der hier heutzutage anzutreffenden Situation vergleichbar ist – die Entkriminalisierung derartiger Verhaltensweisen für ein milderes und gar besser geeignetes Mittel halten können.

Insbesondere ist naheliegend, dass der Zugang zu Drogenabhängigen erleichtert und deren Bereitschaft, Hilfe zu suchen, gefördert wird, wenn sie auch als Konsument*innen harter Drogen mit keiner Strafverfolgung zu rechnen haben. Es dürfte daher, wie in Portugal praktiziert, angezeigt sein, bei einer partiellen Entkriminalisierung von Drogenwerb und -besitz insbesondere Beratungs- und Therapieangebote (ohne, nicht wie bisher statt Strafe) zu implementieren¹³⁵ und in weitem Umfang auf Geldbußen zu verzichten. Es böte sich insofern eine Regelung dieser besonderen Maßnahmen direkt im BtMG an. Dabei sollte es sich nicht um Sanktionen, sondern um sozialstaatliche Hilfsangebote handeln.

Fragt man ergänzend danach, ob auch eine noch weitergehende Freigabe, gar eine komplette Entkriminalisierung oder Legalisierung aller konsumvorbereitenden Verhaltensweisen unabhängig von der Menge, ggf. sogar inklusive bestimmter, staatlich genehmigter und kontrollierter Formen des Drogenhandels, ein milderes, gleich geeignetes Mittel sein kann, so fehlen diesbezüglich bisher ausreichende Erkenntnisse. Allerdings zeigt das portugiesische Beispiel immerhin, dass man wohl mit der zuzulassenden Anzahl an Konsumeinheiten großzügiger sein kann. Immerhin ist im portugiesischen Modell der Besitz zehn durchschnittlicher Tagesrationen entkriminalisiert. In Tschechien wurden 2010 ähnliche Regelungen wie in Portugal eingeführt,¹³⁶ für deren Bewertung es aber noch zu früh ist.

Im Übrigen gibt es längerfristige Erfahrungen nur mit dem niederländischen Modell, das aber – anders als das portugiesische – nur Cannabis und andere weiche Drogen umfasst und zudem auch eine partielle Duldung des Handels umfasst.¹³⁷ Zudem gibt es eine weitgehende Freigabe für Cannabis z.B. bereits

135 Darauf verweisen auch *Hughes/Stevens* British Journal of Criminology 50 (2010), 999, 1018.

136 Vgl. *Stöver/Plenert* Entkriminalisierung und Regulierung (2013), 33 f.

137 Vgl. den kurzen Überblick bei *Stöver/Plenert* Entkriminalisierung und Regulierung (2013), 31 f. Dort wurde zudem 2013 die Abgabe von Cannabis zu medizinischen Zwecken über Apotheken erlaubt.

in elf US-Bundesstaaten und drei weiteren US-Gebieten,¹³⁸ doch für Langzeitevaluationen ist es auch hier noch zu früh.

Zu klären bleibt danach, ob eine vollständige Freigabe (Legalisierung) des Erwerbs, Besitzes, etc. geringer Mengen an Betäubungsmitteln zum Eigenkonsum ein gegenüber dem portugiesischen Modell nicht nur milderer, sondern auch gleich geeignetes Mittel wäre. Dies ist indessen nicht der Fall:¹³⁹ Es ist davon auszugehen, dass das bisherige Verbot zumindest einige an sich Drogeninteressierte vor solchem Verhalten abhalten wird. Daher ist es dazu geeignet, Menschen von solchen Verhaltensweisen abzubringen. Da aber jeder Erwerb, Besitz, etc. von Drogen, auch in geringen Mengen zum Eigenkonsum, zumindest die abstrakte Gefahr schafft, dass die Drogen dennoch unkontrolliert weitergegeben werden, ist die Aufhebung jeglicher Sanktionsbewehrung für die genannten Bagatellfälle gegenüber einer mit spezifischen Hilfsangeboten flankierten Ordnungswidrigkeitenlösung kein gleich geeignetes Mittel.

Für eine vollständige Sanktionslosigkeit der den Eigenkonsum vorbereitenden Delikte könnte es allerdings sprechen, wenn schon eine Ordnungswidrigkeitenlösung angesichts der nur geringen, weit vorverlagerten abstrakten Gefahren im Ergebnis unangemessen ist. Ausgangspunkt der Prüfung der *Angemessenheit* ist die Feststellung, dass auch das BVerfG über die von ihm favorisierte prozessuale Lösung eine *De-facto*-Entkriminalisierung in Bezug auf entsprechende Fälle des Erwerbs und Besitzes von Cannabis vorgenommen hat. Dies erfolgte ausdrücklich zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit und zur Vermeidung einer sonst vorliegenden Verfassungswidrigkeit der Norm.¹⁴⁰

Allerdings ist der Weg einer *generellen* prozessualen Entkriminalisierung bestimmter an sich unter eine Strafnorm fallender Verhaltensweisen nicht gangbar. Insbesondere stellen sich insofern Probleme mit Blick auf die Anwendungsgleichheit im Lichte des Art. 3 Abs. 1 GG: Der überschießende Teil der Verhaltensnorm, auf den sich der pauschale prozessuale Sanktionsverzicht bezieht, ist eine bloße *lex imperfecta*, die sich gegenüber denjenigen, die sich an dieser Norm orientieren, deshalb als größere Freiheitsbeschränkung erweist als gegenüber denjenigen, die sich daran nicht orientieren, da letztere für ihr

138 Staaten: Alaska, California, Colorado, Illinois, Maine, Massachusetts, Michigan, Nevada, Oregon, Vermont, Washington. Sonstige Gebiete: Washington D.C., Guam, Commonwealth der Nördlichen Marianen.

139 So auch *Kaspar* Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht (2014), 502 f.

140 BVerfGE 90, 145, 146.

Verhalten ohnehin keine Konsequenzen zu erwarten haben.¹⁴¹ Zudem verstößt es gegen Art. 103 Abs. 2 GG, wenn eine zu weit ausgreifende Norm durch eine an sich rein täterbegünstigende Einstellungsvorschrift erst verfassungskonform gemacht wird.¹⁴²

Daher kann die prozessuale Lösung des BVerfG für die Fälle des Erwerbs und Besitzes geringer Mengen an Betäubungsmitteln zum Eigenkonsum einen Verfassungsverstoß nicht vermeiden.¹⁴³ Das Problem der Unverhältnismäßigkeit der Vorschrift kann also nicht auf prozessualen Wege gelöst werden. Vor diesem Hintergrund muss jedenfalls von einer Verfassungswidrigkeit des § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 3 StGB ausgegangen werden, soweit dort Erwerb und Besitz geringer Mengen an Cannabis zum Eigenkonsum unter Strafe gestellt sind.

Nach den hier dargelegten Überlegungen zur Geringfügigkeitsbeurteilung ist indessen auch bei den sog. harten Drogen davon auszugehen, dass das Unrecht von Erwerb, Besitz, etc. geringer Mengen zum Eigenkonsum geringfügig ist (s.o.). Daher spricht viel dafür, auch aus einer verfassungsrechtlichen Kontrollperspektive von einer Verfassungswidrigkeit des § 29 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 BtMG auszugehen, soweit er Besitz und Erwerb von geringen Mengen von Betäubungsmitteln zum Eigenkonsum unter Strafe stellt. Dasselbe gilt für Sich-Verschaffen, Einfuhr, Durchfuhr, Ausfuhr, Anbau und Herstellung.

Die Strafbarkeit von Erwerb, Besitz, etc. von Betäubungsmitteln kann von vornherein nur mit der Gefahr begründet werden, diese könnten unkontrolliert weitergegeben werden und in die Hände von Personen fallen, die nicht in der Lage sind, die Risiken des Umgangs mit derartigen Substanzen korrekt zu erfassen bzw. die ihr Verhalten im Umgang mit Drogen eigenverantwortlich zu steuern (z.B. Minderjährige oder Drogenabhängige). Selbst die Weitergabe von Betäubungsmitteln ist diesbezüglich nur abstrakt gefährlich, weil die Empfänger*innen durchaus auch selbst wiederum in der Lage sein können, eigenverantwortlich in Kenntnis der Risiken des Konsums sich für diesen zu entscheiden. Im Verhältnis dazu begründet der bloße Besitz von Betäubungsmitteln nur eine vorgelagerte abstrakte Gefahr der Weitergabe, so dass in Bezug auf die Gefahr, andere, nicht eigenverantwortlich handelnde Personen an

141 Siehe dazu die (steuerrechtliche) Entscheidung BVerfGE 84, 239, 273; für eine entsprechende Heranziehung auch *Kudlich* JA 2007, 90, 92.

142 *Erb* Legalität und Opportunität (1999), 115.

143 Ebenso Sondervotum *Sommer* in BVerfGE 90, 145, 224 f.; *Ambos* MschrKrim 78 (1995), 47, 49; *Erb* Legalität und Opportunität (1999), 117 f.

ihrer Gesundheit zu schädigen, nur eine *mittelbare* abstrakte Gefahr besteht.¹⁴⁴ Aufgrund der geringen besessenen Menge und der Absicht, diese zum Eigenkonsum zu verwenden, sind zudem bereits Sicherungen berücksichtigt, die die Wahrscheinlichkeit einer Weitergabe ganz erheblich reduzieren.

Ergänzend ist zu berücksichtigen, dass derartige Verhaltensweisen nah am straflosen bloßen Konsum liegen, der für eigenverantwortlich agierende Personen unverbietbar ist, weil er zum Kernbereich privater Lebensgestaltung zählt (s.o.). Nicht eigenverantwortlich agierenden Personen kann der Konsum hingegen zwar verboten werden, aber es ergibt keinen Sinn, sie, wenn sie die Gefährlichkeit ihres Verhaltens nicht erkennen oder sich nicht entsprechend steuern können, dafür zu bestrafen.¹⁴⁵ Der Schutz nicht freiverantwortlich handelnder Personen spricht insofern zwar dafür, das Verbot als solches nicht aufzuheben, sondern an Verstöße gegen dieses – ähnlich wie in Portugal, jedoch ohne die parallele Möglichkeit der Verhängung vorwerfender Sanktionen – unter anderem Hilfs- und Therapieangebote zu knüpfen.¹⁴⁶ Eine Verhältnismäßigkeit der Strafbewehrung des Verbots des Erwerbs, Besitzes, etc. geringer Mengen an Betäubungsmitteln zum Eigenkonsum ist aber nach allem abzulehnen;¹⁴⁷ dasselbe gilt auch für eine Bußbewehrung. Auch wenn das BVerfG dies voraussichtlich anders sehen würde, gilt dies in diesem Fall bereits aus der verfassungsrechtlichen Kontrollperspektive.

6. Fazit und Ausblick

Der Beitrag kommt damit zu dem Ergebnis, dass der Bereich des Umgangs mit geringen Mengen an Betäubungsmitteln zum Eigenkonsum umfassend zu entkriminalisieren ist. Weder strafrechtliche noch ordnungswidrigkeitenrechtliche Sanktionen erscheinen angemessen im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Auch der geringe Schuldgehalt entsprechender Taten, die daher

144 Ähnlich *Nestler* in: IfK Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts (1995), 65, 75; *Köhler* ZStW 104 (1992), 3, 39 f.

145 *Feinberg* Harm to Self (1986), 15.

146 Dafür z.B. auch *Schünemann* in: v. Hirsch et al. (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht (2010), 238; *Albrecht et al.* Rechtsgüterschutz durch Entkriminalisierung (1992), 42.

147 Die Legitimierbarkeit eines solchen Verbots im Ergebnis ablehnend (und dabei – mit Ausnahme von *Greco* – sogar weitergehend) auch *Frisch* in: FS Stree/Wessels (1993), 69, 95; *Greco* in: Hefendehl (Hrsg.), Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts? (2010), 73, 86–87; *Köhler* ZStW 104 (1992), 3, 40; *Nestler* in: IfK Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts (1995), 65, 77; *Schünemann* in: v. Hirsch et al. (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht (2010), 238.

als absolute Bagatellen einzustufen sind, spricht für eine Entkriminalisierung. Allerdings sind Besitz, Erwerb, Sich-Verschaffen, Einfuhr, Durchfuhr, Ausfuhr, Anbau und Herstellung von geringen Mengen von Betäubungsmitteln zum Eigenkonsum nicht bereits unverbietbar, weil sie dem Kernbereich privater Lebensgestaltung unterfallen würden. Dies gilt hingegen für den (allerdings bereits jetzt unverbottenen) Konsum.

Als Lösung bietet sich für Deutschland insbesondere die Übernahme des portugiesischen Modells, allerdings modifiziert durch einen vollständigen Verzicht auf Sanktionsmöglichkeiten als reines Hilfemodell, an. Ein solcher Ansatz wäre auch vereinbar mit den internationalen Abkommen zur Bekämpfung des internationalen Drogenhandels.¹⁴⁸ Zwar folgt aus diesen, dass eine vollständige Freigabe von Besitz und Erwerb von Betäubungsmitteln zum Eigenkonsum nicht zulässig ist. Insbesondere Art. 3 Abs. 2 der Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances verlangt eine Schaffung von Strafnormen auch bei Anbau, Erwerb und Besitz zum Eigenkonsum. Allerdings ist es durchaus zulässig, diese Verhaltensweisen von Strafe frei zu stellen und stattdessen auf „measures for the treatment, education, aftercare, rehabilitation or social reintegration of the offender“ zu setzen (Art. 3 Abs. 4 lit. d der Konvention).¹⁴⁹ Das International Narcotics Control Board der Vereinten Nationen hat nach einer genauen Analyse des portugiesischen Modells festgestellt, dass dieses mit seiner Kombination aus (administrativen) Sanktionen und Hilfsmaßnahmen konventionskonform ausgestaltet ist.¹⁵⁰

Ergänzend ist zu berücksichtigen, dass Art. 3 Abs. 2 zusätzlich einen Vorbehalt enthält, wonach die Pönalisierungspflicht nur „[s]ubject to its constitutional principles and the basic concepts of its legal system“ bestehe. Daraus ist abzuleiten, dass eine Pönalisierung dann, wenn sie – wie vorstehend festgestellt – mit verfassungsrechtlichen Prinzipien oder den grundlegenden Konzepten der Rechtsordnung nicht vereinbar ist, unterbleiben kann.¹⁵¹

148 Siehe insbesondere Single Convention on Narcotic Drugs, 1961, as amended by the 1972 protocol, Convention on Psychotropic Substances, 1971, und Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 1988.

149 Darauf hinweisend auch LG Lübeck StV 1992, 168, 180.

150 *United Nations Office on Drugs and Crime World Drug Report* (2009), 168, 183 mit Endnote 24.

151 So auch Sondervotum *Sommer* in BVerfGE 90, 145, 223; LG Lübeck StV 1992, 168, 180; *Ambos MschrKrim* 78 (1995), 47, 51.