



Ra e Dr. Nobis & Coll. · Postfach 11 17 · D-58581 Iserlohn

Amtsgericht

Kifferhausen

S. Strfs.
D7/251-23

Sachbearbeiter
Dr. Frank Nobis

Iserlohn, 17.05.2023

Dr. jur. FRANK NOBIS
Fachanwalt für Strafrecht

e-Mail: RaNobis@DrNobis.de

MARC N. WANDT²
Fachanwalt für Strafrecht

e-Mail: RaWandt@DrNobis.de

Wolfgang Zwiehoff¹
Rechtsanwalt und Wirtschaftsmediator
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Strafrecht

Jörg Elsner LL.M.¹
Notar mit Amtssitz Hagen
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verkehrsrecht
Fachanwalt für Versicherungsrecht

Matthias Bentlage¹
Notar mit Amtssitz Hagen
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Erbrecht

Jan Lukas Kemperdiek LL.M.¹
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Medizinrecht
Fachanwalt für Verkehrsrecht
Fachanwalt für Versicherungsrecht

Ute Elsner¹
Rechtsanwältin

Tülay Artanlar¹
Rechtsanwältin

Dr. Christian Lahrmann¹
Rechtsanwalt

Miriam Matzner¹
Rechtsanwältin

Rebecca Hollert¹
Rechtsanwältin

Dr. Marvin Weigert¹
Rechtsanwalt

Annika Berg¹
Rechtsanwältin

¹ Rechtsanwalt/in in Bürogemeinschaft

² Rechtsanwalt/in in Kooperationsgemeinschaft

In Bürogemeinschaft mit:

MARC DICKHAUT
Steuerberater
Diplom-Ökonom

Aktenzeichen: xxx/23NO07
(bitte stets angeben)

**In dem Ermittlungsverfahren
gegen S.
62 Ds 200 Js XXX/23**

wird beantragt,

1. dem Beschuldigten den Unterzeichner als Pflichtverteidiger beizuordnen,
2. das Verfahren gem. § 31 a Abs. 2 BtMG, hilfsweise gem. § 153 Abs. 2 StPO einzustellen,
3. hilfsweise das Verfahren gem. Art. 100 Abs. 1 GG dem BVerfG vorzulegen
4. äußerst hilfsweise das Verfahren gem. § 262 StPO analog auszusetzen bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die zahlreichen dort anhängigen Normenkontrollklagen unterschiedlichster Gerichte

zur Verfassungswidrigkeit der Vorschriften des § 29 BtMG in Bezug auf den Besitz von Cannabisprodukten.

5. ...

Gründe:

1. Die Beiordnung ist notwendig aufgrund der Schwierigkeit der Rechtslage (vgl. AG Lüdenscheid vom 21. August 2022, 51 Ds 42/22) im Hinblick auf die mögliche Verfassungswidrigkeit des § 29 BtMG und die insoweit zahlreich anhängigen Normenkontrollvorlagen diverser Gerichte gem. Art. 100 Abs. 1 GG zum Bundesverfassungsgericht (u. a. AG Bernau v. 21.04.2020, 2 Cs 346/19 (BVerfG 2 BvL 3/20); AG Frankfurt/Oder v. 23.09.2020, 412 Cs 6/20; AG Münster v. 12.11.2020, 50 Cs 184/20; AG Pasewalk v. 29.06.2021, 307 Ds 159/21; AG Bernau v. 20.08.2021 – BverfG 2 BvL 3/22 u. 4/22)

Das AG Lüdenscheid führt dazu zutreffend aus:

„Dem Angeschuldigten wird RA Dr. N. als Pflichtverteidiger bestellt (§ 140 Abs. 2 StPO).

(...) Dem Angekl. wird der Besitz von Betäubungsmitteln vorgeworfen. Die Menge liegt zwar deutlich unter dem Grenzwert der nicht geringen Menge. Der Verteidiger hat jedoch die Verfassungswidrigkeit des § 29 BtMG (gerade auch vor dem Hintergrund der gegenwärtigen Motivation des Gesetzgebers zur Änderung) gerügt und zudem die beiden Verfassungsgerichtsvorlagen eingereicht, auf die er sich auch bezieht. Auch die Klärung dieser Rechtsfrage ist im vorliegenden Verfahren zu berücksichtigen, was die Bestellung eines Pflichtverteidigers rechtfertigt.“

Die Klärung der Rechtslage ist deshalb schwierig im Sinne des § 140 Abs. 2 StPO.

Eine schwierige Rechtslage ist grundsätzlich gegeben, wenn bei Anwendung des materiellen oder formellen Rechts im konkreten Verfahren Rechtsfragen beantwortet werden müssen, die bislang nicht entschieden worden oder von Literatur und Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt werden (BeckOK § 140 Rn. 32 ff. m. w. N.).

So aber liegt die Sachlage hier bei der Anwendung von § 29 BtMG in Fällen geringfügiger Mengen von Cannabisprodukten. Insoweit sind nicht nur die geplanten Gesetzesänderungen in diesem Bereich zu sehen, sondern insbesondere auch, dass die immer noch mangelnde (einheitliche) Umsetzung des sogenannten „Cannabisbeschlusses“ des Bundesverfassungsgerichts von 1994 (BVerfG v. 09.03.1994 – 2 BvL 43/92) nach Auffassung weiter Teile der Literatur zur Verfassungswidrigkeit führt (vgl. statt vieler nur MüKo-StGB/*Oglakcioglu* Nebenstrafrecht 1 vor § 29 Rdn. 23 ff.m.w.N; MüKo-StGB/*Nobis* Nebenstrafrecht 1 § 31 a Rdn. 38; *Westerhoff* StV 2020, 408; *Kamphausen* ADS 2014, 145; *Böllinger* HFR 2015, 23; *ders.* vorgänge 2015, 95; *ders.* NK 2018, 281 (291 ff.); *Hanssen* ZRP 2000, 199 (201); *Meyer-Mews* StraFo 2013, 147; siehe dazu sogleich noch unter 2.).

Nicht nur deshalb, sondern insbesondere auch wegen der neueren Erkenntnisse zur mangelnden Gefährlichkeit von Cannabisprodukten und der daraus resultierenden Unverhältnismäßigkeit der entsprechenden Vorschriften haben inzwischen zahlreiche deutsche Amtsgerichte (u. a. AG Bernau v. 21.04.2020, 2 Cs 346/19 (BVerfG 2 BvL 3/20); AG Frankfurt/Oder v. 23.09.2020, 412 Cs 6/20; AG Münster v. 12.11.2020, 50 Cs 184/20; AG Pasewalk v. 29.06.2021, 307 Ds 159/21; AG Bernau v. 20.08.2021 – BverfG 2 BvL 3/22 u. 4/22) gem. Art. 100 Abs. 1 GG ein Normenkontrollverfahren zum Bundesverfassungsgericht angestrengt. Diese Gerichte halten mit der von ihnen vertretenen Auffassung (zutreffend) die Regelungen des Betäubungsmittelgesetzes, soweit sie Cannabisprodukte in der Anlage I zu § 1 Abs. 1 BtMG mit der Folge aufführen, dass der unerlaubte Verkehr mit diesen Stoffen den Strafvorschriften des Betäubungsmittelgesetzes unterliegt, für verfassungswidrig.

Über diese Normenkontrollanträge hat das Bundesverfassungsgericht noch nicht entschieden.

Die Ausführungen zur Verfassungswidrigkeit der entsprechenden betäubungsmittelrechtlichen Vorschriften der vorlegenden Gerichte sind nicht von der Hand zu weisen. Insbesondere das AG Bernau (2 Cs 346/19- BVerfG 2 BvL 3/20) führt zur Verfassungswidrigkeit – zutreffend – Folgendes aus:

(hier ggf. den – 125 Seiten langen - o.g. Beschl. des AG Bernau im Volltext oder in den gewünschten Teilen einfügen; der

**Volltext ist im Internet auf mehreren Seiten veröffentlicht,
vgl. dejure.org)**

2. Die Voraussetzungen einer Einstellung gem. § 31a BtMG respektive eines Absehens von Strafe gem. § 29 Abs. 5 BtMG liegen vor.

In Fällen des Besitzes geringer Mengen Betäubungsmittel zum Eigenkonsum im Sinne der §§ 29 Abs. 5, 31a BtMG kommt nicht nur bei Erstkonsumenten, sondern auch bei einschlägig vorbestraften, ggf. auch abhängigen Drogenkonsumenten/Wiederholungstätern nach der Entscheidung des BVerfG (sog. Cannabisbeschluss; BVerfG v. 9.3.94 – 2 BvL 43/92) eine Verurteilung nur ganz ausnahmsweise in Betracht. Das BVerfG (aaO.) führt dazu aus:

„Soweit Verhaltensweisen mit Strafe bedroht sind, die nur den Eigenverbrauch geringer Mengen von Cannabisprodukten vorbereiten, verstoßen sie nur deshalb nicht gegen das Übermaßverbot, weil der Gesetzgeber den Verfolgungsorganen ermöglicht, über §§ 29 Abs 5, 31a BtMG sowie §§ 153ff von Strafe oder Strafverfolgung abzusehen. (...) § 31a BtMG ermöglicht ein Absehen von der Strafverfolgung, wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht. (...)

*Diese Tatbestandsmerkmale (werden) bei dem Umgang mit Cannabisprodukten in aller Regel bei dem gelegentlichen Eigenverbrauch ohne Fremdgefährdung erfüllt sein und die Strafverfolgungsorgane - insbesondere die StAen, die bis zur Erhebung der Anklage allein zu entscheiden haben – werden dann nach dem Übermaßverbot von der Verfolgung der in § 31a BtMG bezeichneten Straftaten **abzusehen haben.**“*

Das BVerfG sagt somit, dass die Anwendung des § 29 BtMG in solchen Eigenkonsumfällen materiell verfassungswidrig ist, sofern nicht prozessual § 31a BtMG (bundeseinheitlich) dahingehend ausgelegt wird, dass die Staatsanwaltschaften in aller Regel und nicht nur bei

Erstkonsumenten, sondern auch bei Gelegenheitskonsumenten von der Verfolgung absehen!

Als Gelegenheitskonsument ist jeder einzustufen, der einerseits nicht (täglicher/abhängiger) Dauerkonsument, andererseits nicht Erstkonsument ist. (MüKo-StGB/*Nobis* Nebenstrafrecht 1, § 31a Rn. 38).

Auch der BGH geht davon aus, dass „(...) jedenfalls in ca. drei Monaten 4-5x-maliger Erwerb von je 2-5 Gramm Haschisch“ die Anwendung der §§ 29 Abs. 5, 31a BtMG nahelegen.

Und selbst die insoweit restriktivste in der Kommentarliteratur vertretene Auffassung bei *Patzak/Volkmer/Fabricius* (BtMG 10. Aufl., § 31a Rn. 34) führt immerhin noch aus: „Die Grenze für den Gelegenheitskonsum ist bei einem Mal pro Monat anzusetzen.“

Die solcher Auslegung entgegenstehenden Verwaltungsvorschriften der meisten Bundesländer zu § 31a BtMG, die eine Einstellung nach § 31a „nur beim 1. und 2. Mal“ (z.B. NRW und Niedersachsen) oder „in Wiederholungsfällen nur ausnahmsweise, wenn die letzte Einstellung nach § 31a BtMG schon mehr als 1 Jahr zurückliegt“ (z.B. Bayern, Sachsen, Baden-Württemberg, Hamburg) annehmen wollen, werden deshalb den Anforderungen des BVerfG (BVerfG v. 9.3.94 – 2 BvL 43/92) an eine verfassungskonforme Auslegung der §§ 31a, 29 Abs. 5 BtMG nicht gerecht, sondern widersprechen dieser in verfassungswidriger Weise!

Liegen auch die sonstigen Voraussetzungen der §§ 29 Abs. 5, 31a BtMG vor, ist deshalb vielmehr „(...) das Ermessen bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen in der Regel auf Null reduziert“ (MüKo-StGB/*Oglakcioglu* Nebenstrafrecht 1 § 29, Rn 1690)

Auch das hiesige Verfahren ist deshalb bereits de lege lata einzustellen!

3. Hilfsweise mag das Verfahren aus vorgenannten Gründen ebenfalls gem. Art. 100 Abs. 1 GG dem BVerfG vorgelegt werden.
4. Äußerst hilfsweise wird beantragt, das Verfahren jedenfalls gem. § 262 StPO analog auszusetzen bis zur Entscheidung über die derzeit bereits anhängigen Normenkontrollverfahren sowie bis zu der bereits durch die

Bundesregierung angekündigten Gesetzesänderung zur Straffreiheit des Besitzes von Cannabisprodukten.

Die Anwendung von § 262 StPO analog ist zulässig, die Voraussetzungen liegen vor. Zwar spricht § 262 StPO dem Wortlaut nach lediglich von einer Aussetzung zur Klärung zivilrechtlicher Vorfragen. In Rechtsprechung und Literatur ist aber auch die analoge Anwendung einhellig anerkannt bei öffentlich-rechtlichen Vorfragen, insbesondere auch, *„wenn hinsichtlich der die Grundlage der Verurteilung des Betroffenen bildenden Rechtsnorm ein Normenkontrollverfahren anhängig ist“* (BayObLG NJW 1994, 2104; BeckOK StPO § 262 Rn. 13).

Dr. Nobis
Rechtsanwalt