

KURT EISNER STRAßE 24
04275 LEIPZIG

Telefon: 0341 – 99 99 47 0

Telefax: 0341 – 99 99 47 1

E-Mail: Rechtsanwaltlange@yahoo.de

Sanaleo GmbH
Christianstraße 4
04105 Leipzig

Leipzig, den 30. März 23

Rechtliche Stellungnahme zur Strafbarkeit des Inverkehrbringens von THC-freien CBD-Blüten der Sanaleo GmbH

Die Frage der Strafbarkeit des Umgangs mit THC-freien¹ CBD-Blüten stellt sich vor dem Hintergrund der §§ 29 ff. i.V.m. § 1 Abs. 1 BtMG. Letztere Norm definiert sämtliche in den Anlagen I bis III enumerierten Stoffe als Betäubungsmittel. CBD ist ein Cannabinoid, das sich in der Cannabispflanze bildet, welche in Anlage 1 des BtMG als Betäubungsmittel aufgeführt ist. Die Anlage I enthält allerdings eine Ausnahme für Cannabispflanzenteile, wenn

(...) ihr Gehalt an Tetrahydrocannabinol 0,2 Prozent nicht übersteigt und der Verkehr mit ihnen (ausgenommen der Anbau) ausschließlich gewerblichen oder wissenschaftlichen Zwecken dient, die einen Missbrauch zu Rauschzwecken ausschließen (...)

Auslegung und Anwendung dieser Ausnahmegesetzvorschrift hat die Rechtsprechung in jüngerer Zeit beschäftigt. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass diese Ausnahme von dem Zweck,

„das Marktpotenzial des Rohstoffes Hanf und seine Verwendungsmöglichkeiten zur industriellen und möglicherweise energetischen Verwendung zu erschließen und nicht die Bevölkerung mit THC-schwachen Zubereitungen zu versorgen, auch nicht das grundsätzliche Cannabisverbot auf[z]uweichen.“ – OLG Zweibrücken, Urt. v. 25.05.2010, 1 Ss 13/10

getragen wird. Ob THC-freie CBD-Blüten der Ausnahmegesetzvorschrift unterfallen und damit nicht als Betäubungsmittel i.S.d. BtMG zu qualifizieren sind, ist Gegenstand dieser Stellungnahme. Insbesondere wird die mögliche Vorsatz- und Fahrlässigkeitsstrafbarkeit der Sanaleo GmbH wegen des Inverkehrbringens von THC-freien CBD-Blüten untersucht.

¹Soweit in diesem Gutachten von THC-Freiheit die Rede ist, so bezieht sich dies stets auf den kumulierten THC- und THCA-Gehalt der CBD-Blüten.

THC-freie CBD-Blüten sind Blüten, deren THC-Gehalt unterhalb der laboranalytischen Bestimmungsgrenze von 0,05 Prozent THC liegt. Dies bedeutet, dass der THC-Gehalt nicht vorhanden, jedenfalls mit den derzeitigen Mitteln nicht mehr messbar ist. Aufgrund des Zweifelssatzes *in dubio pro reo* wird in möglichen gerichtlichen Verfahren zugunsten der Angeklagten von einem Wert von 0,0 Prozent THC auszugehen sein. Grundsätzlich dürfen Kunden und Geschäftspartner der Sanaleo GmbH auch auf die THC Freiheit der Produkte infolge der Laboranalyse vertrauen.

I. Strafbarkeit als Vorsatzdelikt

Die zitierte Ausnahmegesetzvorschrift ist einschlägig, wenn der THC-Gehalt der Blüte als Pflanzenteil 0,2 Prozent nicht übersteigt (1.) und der Verkehr gewerblichen Zwecken (2.) dient, die einen Missbrauch zu Rauschzwecken ausschließen (3.).

1. THC-Gehalt < 0,2 Prozent

Die Sanaleo GmbH ergreift mannigfaltige Vorkehrungen, um die THC-Freiheit jeder einzelnen Charge an CBD-Blüten garantieren zu können.² So bezieht die Sanaleo GmbH ihre Produkte von verschiedenen seriösen Anbietern aus umliegenden EU-Nachbarstaaten. Diese bestätigen die THC-Freiheit gegenüber Sanaleo mittels eines herstellereitigen Analysezertifikates. Nach Anlieferung wird das herstellereitige Analysezertifikat überprüft, wobei insbesondere die Angabe der korrekten Chargennummer auf dem korrespondierenden Analysezertifikat kontrolliert wird. Das Produkt wird anschließend in ein ge- und physisch versperrtes Zwischenlager verschoben. Der Lieferung wird im Anschluss eine Stichprobe im Umfang von mindestens 10 Gramm entnommen, die an ein von der Sanaleo GmbH beauftragtes akkreditiertes deutsches Analyselabor versendet wird, das auf die Bestimmung des THC-Gehalts von Cannabispflanzen spezialisiert ist. Durch entsprechende Beschriftung und Kennzeichnung der Chargen samt zugehöriger Stichproben kann jede Lieferung ohne Gefahr einer Verwechslung oder gar Verunreinigung zweifelsfrei identifiziert werden. Damit ist auch ausgeschlossen, dass eine Charge vor Erhalt der Analyseergebnisse ausgeliefert wird.

Bis zur Freigabe durch das Analyselabor – und selbstverständlich auch darüber hinaus – werden die Blüten durch ein Siegel verschlossen, das nicht rückstandsfrei gebrochen werden kann (vgl. zu weiteren Einzelheiten Anlage 1). Erst wenn der Prüfbericht des von der Sanaleo GmbH beauftragten Labors keinen messbaren THC-Gehalt (unterhalb der Bestimmungsgrenze von 0,05 Prozent THC) ausweist (vgl. Muster in Anlage 2), wird das Produkt für die Auslieferung an die Handelspartner der Sanaleo GmbH freigegeben.

Diese Verfahrensweise stellt sicher, dass die Sanaleo GmbH stets CBD-Blüten mit einem THC-Gehalt unterhalb der Bestimmungsgrenze, d.h. THC-freies Cannabis in den Verkehr bringt.

² Die in dieser Stellungnahme dargestellten Verfahrensweisen beruhen auf Angaben der Sanaleo GmbH, deren Beachtung vom Verfasser unterstellt wird.

2. Gewerblicher Zweck

Sowohl der Verkauf der THC-freien Blüten B-to-B als auch B-to-C stellt nach höchstrichterlicher Rechtsprechung einen gewerblichen Zweck i.S.d. Ausnahmevorschrift dar. Der BGH hält den gewerblichen Zweck bereits für gegeben, wenn

„(...) lediglich einer der Teilnehmer am Verkehrsgeschäft im Rahmen einer grundsätzlich erlaubten eigenverantwortlichen wirtschaftlichen Betätigung ein Produkt an einen Endabnehmer abgibt.“ – BGH, Beschl. v. 24.03.2021, 6 StR 240/20

Die Gegenauffassung, die einen gewerblichen Zweck nur dann bejaht, wenn beide Geschäftsteilnehmer im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Betätigung handelten, verkenne, dass

„mit dem Ausschluss jeder Art nichtgewerblichen Konsums für den erlaubten Verkehr mit cannabishaltigen Produkten kaum Anwendungsbereiche verblieben, und vereitelt damit den vom Verordnungsgeber verfolgten Zweck, eine umfassende wirtschaftliche Verwertung der Hanfpflanze zu ermöglichen.“ – BGH aaO

Die Argumentation des BGH anhand des Willens des Verordnungsgebers deutet auf eine Beständigkeit dieser Rechtsprechungslinie hin. Das Merkmal des nicht ausschließbaren Missbrauchs zu Rauschzwecken stellt nach Auffassung des BGHs ein Korrektiv dar, um die gesetzgeberische Intention abzusichern, dass die persönliche Verwendung von Pflanzen der Gattung Cannabis und ihrer Teile zu Rauschzwecken verboten bleiben (BGH, Beschl. v. 23.06.22, 5 StR 490/21). Die Kompensation der erweiternden Auslegung auf Ebene eines anderen Tatbestandsmerkmals zeugt ebenfalls von der beabsichtigten Beständigkeit der Auslegung des Begriffs des gewerblichen Zwecks.

3. Missbrauch zu Rauschzwecken ausgeschlossen

Die vom BGH beabsichtigte Korrektivwirkung soll auf Ebene des Tatbestandsmerkmals erzielt werden, wonach der Missbrauch zu Rauschzwecken ausgeschlossen sein muss. Der Umgang mit diesem Tatbestandsmerkmal hat in jüngerer Zeit Verunsicherung verursacht. Der BGH sieht im Ausgangspunkt fest, dass

„die Betäubungsmittelleigenschaft eines Stoffes oder einer Zubereitung wird gemäß § 1 Abs. 1 BtMG allein durch die Aufnahme in die Anlagen I bis III begründet [wird, d. Verf.], ohne dass es zusätzlich einer konkreten Berauschnungsqualität oder Konsumfähigkeit bedürfte.“ – BGH aaO

Dem BGH genügt damit ein theoretisches Missbrauchspotenzial.

Bei bestimmten Aufbereitungsarten (Decarboxylierung), wie zum Beispiel beim Verbacken der CBD-Blüten, kann nicht psychotrop wirkendes THCA in psychotrop wirkendes THC umgewandelt werden, sodass bei der Beurteilung eines Missbrauchspotenzials von CBD-Blüten zu Rauschzwecken die in dem Produkt enthaltene Summe von THCA und THC zu berücksichtigen ist. Die Sanaleo GmbH stellt sicher, dass in den von ihnen vertriebenen Produkten weder THCA noch THC in nachweisbaren Mengen enthalten ist (vgl. Anlage 2).

In Anbetracht einer theoretischen Missbrauchsmöglichkeit bejaht der BGH bislang das Vorliegen der objektiven Tatbestandsseite und stützt seine Auffassung auf bislang eingeholte Sachverständigengutachten, welche auch bei THC-Mengen von 0,08 bis 0,17 Prozent einen Missbrauch nicht ausgeschlossen haben. Es darf ernstlich bezweifelt werden, dass die Sachverständigen bei einem nicht mehr nachweisbaren THC-Gehalt ihren Standpunkt aufrechterhalten werden. Dies bleibt jedoch vorerst abzuwarten.

In jüngster Zeit hat den BGH die sich daran anschließende Frage beschäftigt, ob sich der Vorsatz der Angeklagten auf die Möglichkeit des Missbrauchs zu Rauschzwecken bezieht. Hierfür ist maßgeblich auf die Vorstellung der Beteiligten abzustellen. Es gilt zunächst, dass es für einen fehlenden Vorsatz nicht genügt, dass

„nur bei den Angeklagten und deren unmittelbar abnehmenden Großhändlern ein Konsum der gehandelten CBD-Blüten fernlag. Vielmehr kommt es auch auf die vom Vorsatz des Täters umfasste Missbrauchsmöglichkeit beim Endabnehmer an.“ – BGH, Beschl. v. 23.06.2022, 5 StR 490/21

In einem Fall, in dem die verfahrensgegenständlichen CBD-Produkte Wirkstoffgehalte von 0,08 bis 0,17 Prozent aufwiesen, hielt es der BGH für rechtsfehlerhaft, dass das Ausgangsgericht trotz Kenntnis regelmäßiger einschlägiger Internetrecherchen der Angeklagten davon ausging, dass es

„außerhalb des Vorstellungsvermögens der professionell mit CBD-Produkten befassten Angeklagten gelegen haben soll, dass der Missbrauch ihrer Produkte zur Herstellung rauscherzeugender Backwaren nicht ausgeschlossen war.“ – BGH, Urt. v. 16.01.2023, 5 StR 269/22

Problematisch an dieser Stelle wäre allenfalls der *dolus eventualis*. Hiernach handelt vorsätzlich, wer hinsichtlich eines tatbestandlichen Umstands, wenn er dessen Verwirklichung für eine konkret mögliche Folge seines gewollten Verhaltens hält. Umstritten ist die Erforderlichkeit eines zusätzlichen voluntativen Elements. Grundsätzlich findet bei der Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit die Frank'sche Formel Anwendung. Denkt der Täter „Na wenn schon“, auch wenn es ihm höchst unlieb ist, liegt Eventualvorsatz vor, denkt er „Es wird schon gut gehen“, ist bewusste Fahrlässigkeit gegeben. Bei einem THC-Gehalt von 0,0 % kann kein vernunftbasierter Geist denken "Na wenn schon", denn er kann schon nicht damit rechnen, dass bei einer wirkstofffreien Blüte ein Berauschen überhaupt möglich ist.

Gleichwohl empfiehlt es sich im Bereich professionalisierter Vertriebsstrukturen angesichts der strengen Rechtsprechungslinie des BGHs besondere Vorkehrungen hinsichtlich des Ausschlusses der Missbrauchsmöglichkeit zu treffen, um auch auf der subjektiven Ebene ein billigendes Inkaufnehmen des Berauschens durch den Endkunden auszuschalten.

Die Sanaleo GmbH stellt daher durch Kontrollen ihrer Zulieferer und Produkte in enger Absprache mit ihren Abnehmern sowie internen Arbeitsabläufe sicher, dass penible Sicherungsmaßnahmen zum Ausschluss des Missbrauchs zu Rauschzwecken getroffen werden (vgl. hierzu im Einzelnen Anlagen 1-2).

Zur strafrechtlichen Verurteilung muss seitens des Gerichts festgestellt werden, ob und ggf. welchen THC-Gehalt die Blüten aufweisen. Die fehlende Möglichkeit des Gerichts, den THC-Gehalt der CBD-Blüten mit der für eine sichere Feststellung notwendigen Gewissheit durch Einholung eines Sachverständigengutachtens zu gewinnen, steht einer Verurteilung gemäß § 267 StPO entgegen. Feststellungen über die Wirkstoffkonzentration sind aber regelmäßig erforderlich, um eine Anwendung der Tatbestandsmerkmale der geringen (§ 29 Abs. 4 BtMG) bzw. nicht geringen Menge (vgl. nur §§ 30 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 BtMG) zu ermöglichen (BGH, Urt. v. 15.09.1983, 4 StR 454/83). Sollten darüber hinaus Unklarheiten in tatsächlicher Hinsicht über den THC-Gehalt der vertriebenen Blüten bestehen, so hätte das Gericht in Anwendung des Zweifelssatzes in *dubio pro reo* für den Angeklagten zu entscheiden.

Nach alledem kann weder der Sanaleo GmbH noch ihren Kunden unterstellt werden, ein Missbrauch zu Rauschzwecken ihrer Produkte sei gewollt, billigend in Kauf genommen oder auch nur in Betracht gezogen. Zudem ist festzuhalten, dass sich sämtliche der zitierten Entscheidungen des BGH auf CBD-Blüten bezogen, in denen THC in nachweisbarer Menge festgestellt werden konnten. Einer weiteren Verengung des Anwendungsbereiches der Ausnahmegesetzgebung durch den BGH im Hinblick auf CBD-Blüten, die THC in nicht nachweisbarer Menge enthalten, steht in systematischer Hinsicht entgegen, dass die Strafbarkeit eines Handels mit THC-freien CBD-Blüten der Ausnahmegesetzgebung ihren Anwendungsbereich im Umgang Cannabispflanzenteilen gänzlich nähme; der Umgang mit Pflanzenteilen ist aber von der Überschrift der Ausnahmegesetzgebung umfasst. Ferner liefe eine Strafbarkeit angesichts der fehlenden abstrakten Gefährlichkeit eines Missbrauchs zu Rauschzwecken THC-freier CBD-Blüten dem Schutzzweck des BtMG zuwider. Gegen eine Strafbarkeit spricht auch, dass der Ordnungsgeber davon ausging, dass ein Missbrauch THC-armer Hanfsorten zu Rauschzwecken mangels Eignung nicht zu erwarten sei (BR-Drucks. 899/95, S. 4). Die vertriebenen CBD-Blüten sind in diesem Sinne nicht nur THC-arm sondern THC-frei.

II. Strafbarkeit als Fahrlässigkeitsdelikt

Eine fahrlässige Begehung ist ausdrücklich gesetzlich vorgesehen und liegt vor, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht beachtet wird. Ein solcher Sorgfaltspflichtverstoß wird hier regelmäßig zu bejahen sein, wenn die technischen Möglichkeiten und sonstigen Vorkehrungen zur Vermeidung von Missbrauch nicht wahrgenommen bzw. ungenutzt bleiben. Wie bereits dargestellt unternimmt die Sanaleo GmbH umfassende Schritte, um sicherzustellen, dass ihre Produkte kein THC in sich tragen. Sollte trotz Befolgung all dieser Vorkehrungen im Einzelfall ein objektiver Verstoß gegen Strafvorschriften erfolgen, kann hierin kein Verstoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt gesehen werden, sodass auch eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit nach §§ 29 Abs. 1, Abs. 4 i.V.m. § 1 Abs. 1 BtMG ausscheidet. Dies ergibt sich insbesondere aus der doppelten Prüfung der THC-Freiheit der verkauften Blüten zum einen durch die Lieferanten der Sanaleo GmbH, zum anderen durch die Überprüfung durch ein akkreditiertes deutsches Labor im Auftrag der Sanaleo GmbH und die weiteren bereits dargestellten Vorkehrungen.

III. Zusammenfassung

Nach meiner rechtlichen Einschätzung ist der Handel mit CBD-Blüten nicht als strafrechtlich relevant im Sinne des Betäubungsmittelrechts zu beurteilen, wenn kein THC nachweisbar ist und die oben beschriebenen Sicherheitsmaßnahmen getroffen sind und befolgt werden. Denn in diesem Fall ist ein Missbrauch THC-freier Blüten zu Rauschzwecken nicht möglich bzw. außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit.

Dies gilt ausdrücklich nicht für Blüten mit einem detektierbaren THC-Gehalt nach Zugabe anderer rauschfähiger Cannabinoide. Aus Gründen der anwaltlichen Vorsicht ist allerdings darauf hinzuweisen, dass es aufgrund der derzeit bestehenden dargestellten nicht vollständig geklärten Rechtslage zu Ermittlungen gegen die Sanaleo GmbH kommen kann. Aus den dargestellten Gründen wird einer Klärung der gegenständlichen Rechtsfragen in einem denkbaren Strafverfahren zuversichtlich entgegengesehen.



Lange
Rechtsanwalt