

Cannabis: Legalisierung Light?

Der betäubungsmittelstrafrechtliche Sonderstatus von Cannabis unter besonderer Berücksichtigung des Urteils des Bundesgerichtes 6B_911/2021 vom 19. Juni 2023

Niklaus Julian Sempach

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	43
II.	Zur ratio legis des Betäubungsmittelstrafrechts	44
III.	Überblick zur strafrechtlichen Regulierung des Drogenkonsums	46
IV.	Ein Anwendungsbeispiel: Urteil des Bundesgerichtes 6B_911/2021	49
A.	Urteilsgrundlagen der Sicherungseinziehung	49
B.	Bundesgerichtliche Begründung	50
V.	Sonstige Sonderbehandlung von Cannabis im Betäubungsmittelstrafrecht	53
A.	Keine Gesundheitsgefährdung gem. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG	53
B.	Straflosigkeit des gemeinsamen Konsums gem. Art. 19b 2. HS BetmG	54
C.	Behandlung von Cannabiskonsum im Ordnungsbussenverfahren gem. Ziff. 8001 Anhang II OBV	54
VI.	Fazit	55

I. Einleitung

Gesellschaftlich betrachtet besitzt Cannabis im Bereich der illegalen Substanzen zweifelsohne einen Sonderstatus. Im Jahr 2022 konsumierten knapp 15% der Schweizer Bevölkerung mindestens einmal Cannabis.¹ Die am zweitmeisten verwendete Droge Kokain konsumierten im Vergleich bloss etwas mehr als 2% der Bevölkerung.² Ein ähnliches Bild zeigt sich auch bei der Lebenszeitprävalenz, bei der Cannabis mit einem Wert von über 30% weit vor Kokain mit

¹ Bundesamt für Statistik, Illegale Drogen, Konsum von Cannabis, Kokain, Heroin, Ecstasy, abrufbar unter: <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/de-terminanten/illegale-drogen.html>>.

² Bundesamt für Statistik (Fn. 1).

ungefähr 6% liegt.³ Darüber hinaus scheint die Akzeptanz von Cannabis auch ausserhalb des Konsumentenkreises weit verbreitet. So gaben im Rahmen einer Umfrage im Jahr 2021 ungefähr zwei Drittel der Befragten an, eine Legalisierung von Cannabis grundsätzlich eher zu begrüßen.⁴ Ein Umstand, welcher auch das Bundesgericht vermeintlich anerkannte, als es im Sommer 2023 die Zulässigkeit der Sicherungseinziehung von Kleinstmengen Cannabis verneinte.⁵

Ziel dieses Aufsatzes ist es, zu beleuchten, wie diese gesellschaftliche Realität den betäubungsmittelstrafrechtlichen Status von Cannabis beeinflusst, und zu diskutieren, inwiefern die Anwendbarkeit der Strafbestimmungen des BetmG⁶ auf Cannabis noch sach- und zeitgemäss ist. Zu Beginn thematisiert der Aufsatz kurz die *ratio legis* des Betäubungsmittelstrafrechts. In weiterer Folge betrachtet er, ausgehend vom eingangs erwähnten Urteil, den rechtlichen Sonderstatus von Cannabis. Abschliessend behandelt er die Frage, ob es vor diesem Hintergrund noch angebracht ist, Cannabis dem Betäubungsmittelstrafrecht zu unterstellen und mit der *ultima ratio der Staatsgewalt* zu bekämpfen.⁷

II. Zur *ratio legis* des Betäubungsmittelstrafrechts

Art. 1 BetmG, der sogenannte *Zweckartikel*, definiert drei konkrete Ziele des Betäubungsmittelstrafrechts: erstens den Schutz der einzelnen Konsument:innen vor den negativen Folgen ihres Konsums, zweitens den Schutz der Gesellschaft vor negativen suchtbedingten Auswirkungen und drittens den Schutz der öffentlichen Gesundheit durch Sicherstellung des legalen und kontrollierten Zugangs zu Arzneimitteln und Medikamenten.⁸ Letzterer Gedanke findet sich v.a. in Überlegungen ausserhalb des Betäubungsmittelstrafrechts (Art. 19 ff. BetmG) wieder, weshalb nachfolgend nicht weiter auf diesen dritten Schutzgedanken eingegangen wird. Darüber hinaus nennt das Bundesgericht

³ Bundesamt für Gesundheit, Cannabiskonsum: Zahlen und Fakten, abrufbar unter: <<https://www.bag.admin.ch/de/cannabiskonsum-zahlen-und-fakten>>; Bundesamt für Statistik (Fn. 1).

⁴ BOSSHARD CYRIL ET AL., Einstellung, Legalisierung und Regulierung Cannabis, 6, 25 ff.

⁵ Urteil des BGer 6B_911/2021 vom 19. Juni 2023.

⁶ Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 3. Oktober 1951 (Betäubungsmittelgesetz, BetmG, SR 812.121).

⁷ Vgl. BGE 126 IV 165 E. 3.b; BGE 117 IV 139 E. 3d/aa.

⁸ Kommentar zum Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 3. Oktober 1951, in: Hug-Beeli Gustav, 3. A., Basel 2016 (zit. Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. XX N YY), Art. 1 N 5 f.; Orell Füssli Kommentar BetmG, in: Schlegel Stephan/Jucker Oliver, 4. A., Zürich 2022 (zit. OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, Art. XX N YY), Art. 1 N 3.

im Rahmen des geschützten Rechtsgutes häufig auch den Schutz der «Volks-gesundheit» als Zweck des BetmG.⁹

Es mag zutreffen, dass die Allgemeinheit grds. ein Interesse daran besitzt, Suchterkrankungen und sonstige negative Folgen des Betäubungsmittelkonsums einzudämmen.¹⁰ Mit Blick auf die objektive Gefährlichkeit von Cannabis, besonders im Vergleich zu den *nicht dem BetmG unterstehenden* «Volksdrogen» *Alkohol und Nikotin*,¹¹ ist jedoch zumindest fragwürdig, inwiefern diese Zwecke die schwerwiegenden Eingriffe in die persönliche Freiheit von Cannabiskonsument:innen zu rechtfertigen vermögen.¹² Ohnehin vertritt zumindest ein Teil der Lehre die m.E. zutreffende Auffassung, dass das Betäubungsmittelstrafrecht primär dem Schutz der Konsument:innen vor ihrer *Selbstschädigung* dient, denn die Trennung der Volksgesundheit von der Gesundheit der Summe aller Mitglieder des Volkes erscheint freilich unmöglich.¹³ Diese *paternalistische Bevormundung* wird in der Lehre v.a. in Bezug auf Cannabis weitgehend

⁹ BGE 122 IV 221 E. 4; Urteil des BGer 6B_1024/2022 vom 16. Februar 2023 E. 3.3; Urteil des BGer 6B_173/2017 vom 17. Mai 2017 E. 2.3; Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 1 N 99 ff.

¹⁰ Vgl. Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 1 N 5, 99 ff.

¹¹ Vgl. ALBRECHT PETER, Die Gefährdung der Gesundheit vieler Menschen gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG, Vorbemerkungen zu einer Gesetzesinterpretation, Jusletter 2. März 2009, N 10; LACHENMEIER DIRK/REHM JÜRGEN, Comparative risk assessment of alcohol, tobacco, cannabis and other illicit drugs using the margin of exposure approach, Scientific Reports 2015, 1 ff.; THAYER RACHEL ET AL., Structural neuroimaging correlates of alcohol and cannabis use in adolescents and adults, Addiction 12/2017, 2144 ff.; vgl. SCHÜNEMANN BERND, Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus – eine Sisyphus-Arbeit?, in: Von Hirsch Andreas/Neumann Ulfrid/Seelmann Kurt (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht, Baden-Baden 2010, 221 ff., 234.

¹² BÖLLINGER LORENZ, Aufstieg und Fall des Cannabis-Verbots, neue Kriminalpolitik 3/2018, 281 ff., 289 f.; NESTLER CORNELIUS, Betäubungsmittelstrafrecht in Deutschland – Prinzipien des Verfassungs- und des Strafrechts, in: Böllinger Lorenz (Hrsg.), Cannabis Wissenschaft – Von der Prohibition zum Recht auf Genuss, Frankfurt a.M. 1997, 263 ff., 268; vgl. LEUTHOLD JIL, Medizinische Anwendung von LSD und Magic Mushrooms im schweizerischen Recht, in: Ege Gian et al. (Hrsg.), Legalisation and decriminalisation of narcotic drugs and psychotropic substances, Zürich 2023, 161 ff., 174 f.; Stämpfli Handkommentar, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes (Art. 19–28 BetmG), in: Albrecht Peter, 3. A., Bern 2016 (zit. SHK BetmG-ALBRECHT, Art. XX N YY), Einleitung N 43.

¹³ Beschluss des BGH 3 StR 245/95 vom 22. Dezember 1995, NJW 1996, 794 ff., 796; Eidgenössische Kommission für Suchtfragen, 10 Jahre Betäubungsmittelgesetz BetmG. Überlegungen für die Zukunft. Eine Analyse der Eidgenössischen Kommission für Suchtfragen EKSF, Bundesamt für Gesundheit, Bern 2019, 24; HAFFKE BERNHARD, Drogenstrafrecht, ZStW 4/1995, 761 ff., 781 ff.; SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung N 41 f.; PUPPE INGEBORG, Die Selbstgefährdung des Verletzten beim Fahrlässigkeitsdelikt, ZIS 6/2007, 247 ff., 252; vgl. betr. Cannabis: Amtliches Bulletin Nationalrat 2012, 1375; a.A. Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 1 N 100, vgl. aber Art. 19 N 21.

kritisiert,¹⁴ jedoch folgt der vorliegende Aufsatz der Auffassung, dass das Betäubungsmittelstrafrecht hauptsächlich dem *ungewollten* Selbstschutz von Konsument:innen dient.

III. Überblick zur strafrechtlichen Regulierung des Drogenkonsums

Art. 19 Abs. 1 BetmG kriminalisiert als Grundtatbestand detailliert alle Verhaltensweisen des Herstellungs- und Veräusserungsprozesses von Betäubungsmitteln mit dem Ziel, eine *lückenlose Strafbarkeit für den unbefugten Betäubungsmittelumgang sicherzustellen*.¹⁵ Hierbei handelt es sich allesamt um abstrakte Gefährdungsdelikte, zumal nach dem zuvor Gesagten die Gesundheit der Konsument:in geschützt wird.¹⁶

Merklich nicht in der weiten Umschreibung der strafbaren Handlungen gem. Art. 19 Abs. 1 BetmG findet sich der Konsum, denn dieser wird, ebenso wie Widerhandlungen gegen Art. 19 Abs. 1 BetmG, die dem Eigenkonsum dienen, *privilegiert* behandelt, so dass diese einzig eine Übertretung darstellen.¹⁷ Als Widerhandlungen zum Eigenkonsum werden jegliche Tatbestandsvarianten von Art. 19 BetmG, die *einzig und allein dem eigenen Betäubungsmittelkonsum dienen, ohne, dass eine Gefährdung Dritter besteht*, verstanden.¹⁸ Dementsprechend nur schwierig vorstellbar ist eine Privilegierung von Widerhandlungen gem. Art. 19 Abs. 1 lit. c, e und f. BetmG. Hingegen spielt die Menge der Drogen, welche Gegenstand der Widerhandlung bilden, für die Anwendbarkeit der Privilegierung grds. keine Rolle, wenn sie auch als Indiz für bspw. eine Weiterverkaufsabsicht dienen kann.¹⁹ Im Endeffekt ist es jedoch Sache der Staats-

¹⁴ Eidgenössische Kommission für Suchtfragen (Fn. 13), 24; LEUTHOLD (Fn. 12), 174 f.; SCHÜNEMANN (Fn. 11), 233 ff.; SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung N 44, Art. 19a N 17; vgl. OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, Art. 19a N 4.

¹⁵ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Revision des Bundesgesetzes betreffend Betäubungsmittel, BBl 1951 I, 829 ff., 829 ff., 846; Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 19 N 3, 5; ALBRECHT PETER, Die strafrechtlichen Sanktionen unter dem Druck der Betäubungsmitteldelinquenz, in: Donatsch Andreas/Schmid Niklaus (Hrsg.), Festschrift für Jörg Rehberg, Zürich 1996, 11 ff., 12.

¹⁶ BGE 117 IV 58 E. 2; Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 19 N 21; SHK BetmG-ALBRECHT, Art. 19 N 21.

¹⁷ OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, Art. 19a N 1; SHK BetmG-ALBRECHT, Art. 19a N 14.

¹⁸ BGE 119 IV 180 E. 2a; BGE 118 IV 200 E. 3a ff.; Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 19a N 390; OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, Art. 19a N 5.

¹⁹ BGE 102 IV 125, 127; Urteil des BGer 6B_523/2014 vom 4. Dezember 2014; Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 19a N 275; vgl. Urteil des OGer Zürich SB140185 vom 9. Oktober 2014 E. III.3; a.A. Botschaft über die Änderung des Betäubungsmittelgesetzes, BBl 2001, 3715 ff.,

anwaltschaft, die Behauptung, die Widerhandlung gegen Art. 19 BetmG diene, ungeachtet der Menge, dem Eigenkonsum, zu widerlegen, wobei *in dubio pro reo* von Eigenkonsum auszugehen ist.²⁰ Art. 19a BetmG regelt die Strafbarkeit des Eigenkonsums und Handlungen, die einzig diesem dienen, abschliessend, somit ist es unzulässig, die Konsument:innen über den Umweg der Teilnahme am Unrecht des Dealers zu bestrafen.²¹

Vollkommen straflos sind jene Handlungen, welche in den Anwendungsbereich von Art. 19b BetmG fallen.²² Diese Bestimmung erfasst, sofern es sich um *geringfügige Mengen Betäubungsmittel handelt*, Vorbereitungshandlungen zum Konsum einerseits und die unentgeltliche Abgabe von Betäubungsmitteln an Volljährige zum gemeinsamen Konsum andererseits. Keinesfalls straflos ist hingegen der Eigenkonsum, welcher immer unter Art. 19a BetmG fällt,²³ was wiederum deutlich illustriert, dass das BetmG primär auf paternalistischen Überlegungen fusst, da es aus der Perspektive der Volksgesundheit keinesfalls einleuchtet, weshalb die Abgabe zum gemeinsamen Konsum straffrei bleibt, der *eigenverantwortliche Konsum* hingegen strafwürdig ist.

Praktisch unklar ist die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der geringfügigen Menge,²⁴ wobei Art. 19b Abs. 2 BetmG einzig für Cannabis einen expliziten Grenzwert im Gesetz vorschreibt, welcher unabhängig von der Konsumform zehn Gramm beträgt.²⁵ Diese Bestimmung demonstriert einmal mehr, dass der Gesetzgeber die Realität, das heisst die gesellschaftlich weitgehende Verbreitung des Cannabiskonsums, erkennt und diese im Gesetzgebungsprozess berücksichtigt.²⁶ Effektiv resultiert diese Betrachtungsweise in einer Annäherung an die, zum Erlasszeitpunkt nicht mehrheitsfähige, Entkriminalisierung des Cannabiskonsums.²⁷ Wie sich noch zeigen wird, kommt dieser Perspektive sowohl im BetmG als auch in der Rechtsprechung entschei-

3776; SCHÜTZ ALFRED, Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel vom 3. Oktober 1951 in der Fassung vom 20. März 1975, Diss. Zürich 1980, 173.

²⁰ Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 19a N 396; SHK BetmG-ALBRECHT, Art. 19a N 33.

²¹ KILLAS MARTIN/GRAPENDAAL MARTIN, Entkriminalisierung des Drogenkonsums oder Einschränkung der Strafverfolgungspflicht – Diskussionsvorschlag zur Vermeidung einer sterilen Debatte, unter Berücksichtigung des niederländischen Modells, ZstR 1/1997, 94 ff., 102; Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 19a N 250 f.; OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, Art. 19a N 7.

²² BGE 145 IV 320 E. 1.4.1; BGE 108 IV 196 E. 1c; OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, Art. 19b N 15.

²³ BGE 108 IV 196 E. 1c f.; OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, Art. 19b N 4.

²⁴ Vgl. Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 19b N 11 ff.; OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, Art. 19b N 11 f.

²⁵ Parlamentarische Initiative Betäubungsmittelgesetz Revision (Ordnungsbussenverfahren), Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates, BBl 2011, 8195 ff., 8207; Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 19b N 61, 69.

²⁶ Vgl. BBl 2011 (Fn. 25), 8196 f.; vgl. BBl 2001 (Fn. 19).

²⁷ Vgl. Amtliches Bulletin Nationalrat 2012 (Fn. 13), 270 f.; BBl 2011 (Fn. 25), 8200.

dende Bedeutung zu, was in Anbetracht der ratio legis des BetmG zu schwer nachvollziehbaren Ergebnissen führt.

Straflos sind im Bereich der geringfügigen Menge einerseits Handlungen zur Vorbereitung des Eigenkonsums, wobei diese Bestimmung deckungsgleich mit Art. 19a Ziff. 1 2. HS BetmG zu verstehen ist.²⁸ Vereinzelt wird die Meinung vertreten, dass der Transport von Betäubungsmitteln in die Schweiz nicht von Art. 19b BetmG erfasst werden soll,²⁹ was jedoch schon der Wortlaut der Bestimmung («zum eigenen Konsum eine Widerhandlung im Sinne von Artikel 19 begeht») klar widerlegt.³⁰ Andererseits versteht man unter der Abgabe von Betäubungsmitteln zum gemeinsamen Konsum die Übertragung der Verfügungsgewalt über diese an eine andere Person, wobei die übertragende Person subjektiv das Handlungsziel verfolgt, die Betäubungsmittel zeitlich und räumlich mit der anderen Person zu konsumieren.³¹ Straflos bleibt die Abgabe jedoch nur, wenn sie unentgeltlich, das heisst ohne sonst wie geartete Gegenleistung, erfolgt.³² Der Vollständigkeit halber zu erwähnen ist, dass sich die Straflosigkeit des Verhaltens gem. Art. 19b Abs. 1 2. HS BetmG auch auf die für die Abgabe der Betäubungsmittel notwendigen Beschaffungshandlungen erstreckt.³³

Ebenfalls sei an dieser Stelle kurz erwähnt, dass es sich bei Cannabis mit mehr als 1% THC-Gehalt offensichtlich um ein Betäubungsmittel gem. Art. 2 lit. a BetmG und Art. 2a BetmG i.V.m. Anhang 1 der Betäubungsmittelverzeichnisverordnung handelt, welches demnach den Strafbestimmungen der Art. 19 ff. BetmG unterliegt.³⁴

²⁸ Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 19b N 41; OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, Art. 19b N 2; SCHÜTZ (Fn. 19), 179; SHK BetmG-ALBRECHT, Art. 19b N 3.

²⁹ DELACHAUX MAX, Drogues et législation: évolution des mesures de contrôle et des mesures répressives prévues par les conventions internationales et la législation fédérale sur les stupéfiants, Diss. Lausanne 1977, 181 ff.

³⁰ Urteil des BGer 6B_911/2021 vom 19. Juni 2023; SHK BetmG-ALBRECHT, Art. 19b N 5.

³¹ Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 19b N 44, 52; Kommentar StGB/JStG, in: Donatsch Andreas et al. (Hrsg.), 21. A., Zürich 2022 (OFK StGB-BEARBEITERIN, Art. XX N YY), Art. 19b BetmG N 2; SHK BetmG-ALBRECHT, Art. 19b N 7, 9.

³² Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 19b N 54; OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, Art. 19b N 6; SHK BetmG-ALBRECHT, Art. 19b N 9; vgl. BGE 124 IV 254 unpubl. E. 1.a 353 in: WEISSENBERGER PHILIPPE, Bundesgericht, Kassationshof, 11.11.1998, P.c. Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau (6S.617/1998); Nichtigkeitsbeschwerde. Unpublizierte Erwägungen und publizierte Erwägungen: BGE 124 IV 254, AJP 1999, 353 ff.

³³ Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 19b N 45, 53; OFK StGB-MAURER, Art. 19b BetmG N 2; SHK-ALBRECHT, Art. 19b N 10.

³⁴ Statt vieler: Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 19 N 23.

IV. Ein Anwendungsbeispiel: Urteil des Bundesgerichtes 6B_911/2021

Im eingangs erwähnten Urteil sah sich das Bundesgericht mit folgendem Sachverhalt konfrontiert: A. wurde am Bahnhof St. Margrethen im Besitz von etwas mehr als drei Gramm Drogenhanf durch das Grenzwachtkorps kontrolliert, wofür er, weil er aus Österreich eingereist sein soll, mittels Strafbefehls der mehrfachen Übertretung des BetmG i.S.v. Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig gesprochen werden sollte.³⁵ Sowohl das Kreisgericht Rheintal als auch das Kantonsgericht St. Gallen sprachen A. in der Folge von den gegen ihn erhobenen Vorwürfen frei, da sich nicht rechtsgenügend erstellen liess, dass A. mit den Betäubungsmitteln in die Schweiz eingereist sei.³⁶ Hingegen bestätigten beide Instanzen die Rechtmässigkeit der Einziehung und Vernichtung des sichergestellten Cannabis, wogegen A. Beschwerde ans Bundesgericht erhob.³⁷

Nachfolgend wird kurz die strittige Voraussetzung der Sicherungseinziehung dargelegt, bevor im Detail auf das bundesgerichtliche Urteil und dessen Begründung eingegangen wird.

A. Urteilsgrundlagen der Sicherungseinziehung

Die Sicherungseinziehung gem. Art. 69 StGB³⁸ regelt die Einziehung von Gegenständen, welche im Zusammenhang mit einer Straftat stehen und aktuell oder potenziell die öffentliche Sicherheit, Sittlichkeit oder Ordnung gefährden.³⁹ Hierbei handelt es sich um eine rein sachliche Massnahme ohne repressiven Charakter, welche ungeachtet der Strafbarkeit des Eigentümers angeordnet werden kann.⁴⁰

Als strafrechtliche Massnahme setzt auch die Sicherungseinziehung ein nachgewiesenes Delikt (Anlasstat/infraction principale) voraus, welches tatbe-

³⁵ Urteil des BGer 6B_911/2021 vom 19. Juni 2023 A.

³⁶ Urteil des BGer 6B_911/2021 vom 19. Juni 2023 B f.

³⁷ Urteil des BGer 6B_911/2021 vom 19. Juni 2023 B ff.

³⁸ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311).

³⁹ BGE 137 IV 249 E. 4.4; BGE 130 IV 143 E. 3.3.1; BSK StGB-BAUMANN, Art. 69 N 1.

⁴⁰ BGE 135 I 209 E. 3.3.2; BGE 129 IV 305 E. 4.2.3; Urteil des BGer 6B_217/2021 vom 6. Mai 2021 E. 4; Basler Kommentar Strafrecht, in: Niggli Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), 4. A., Basel 2019 (zit. BSK StGB-BEARBEITERIN, Art. XX N YY), Art. 69 N 7; Praxiskommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB), in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), 4. A., Zürich 2021, Vor Art. 69 N 10; a.A. Kommentar Kriminelles Vermögen Kriminelle Organisationen, in: Ackermann Jürg Beat et al. (Hrsg.), Zürich 2018 (zit. Komm. KV-BEARBEITERIN, Art. XX N YY), Art. 69 N 82 f.; SCHUBARTH MARTIN, Einziehung ohne Anlasstat? – Grenzen der Einziehung des «pretium sceleris», ZStrR 2/2010, 214 ff., 218.

standsmässig und rechtswidrig begangen wurde, ohne dass darüber hinaus weitere Voraussetzungen zu erfüllen wären.⁴¹ Eine Anlasstat kann dem gesamten Bundesrecht entstammen, was gem. Art. 333 StGB auch das BetmG erfasst.⁴² Darüber hinaus können Gegenstände auch dann der Sicherheitseinziehung unterliegen, wenn sie einzig zur Begehung einer Straftat dienen und ernstlich als Tatmittel für eine zu begehende Straftat ernstlich in Aussicht genommen worden sind.⁴³

Eine Sicherungseinziehung bei Drittpersonen ist darüber hinaus nur zulässig, wenn ein *unmittelbarer Zusammenhang* zu einer *konkreten Straftat* besteht, wofür der Staat die Beweislast trägt.⁴⁴ Mit anderen Worten: Eine Einziehung zu Lasten einer Drittperson ist dann zulässig, wenn das Gericht zum Schluss kommt, beim Gegenstand handle es sich um das Ergebnis *eines in der Gesamtheit strafbaren Handelns*.⁴⁵

Da das Bundesgericht im vorliegenden Fall mit Verweis auf Art. 19b BetmG bereits das Vorliegen einer Anlasstat verneinte, erübrigen sich Ausführungen zu den weiteren Voraussetzungen des Art. 69 StGB.

B. Bundesgerichtliche Begründung

Das Bundesgericht beginnt seine Begründung mit einer Betrachtung des zum Urteilszeitpunkt herrschenden Lehrstreits über die Einziehbarkeit von geringfügigen Mengen Cannabis.⁴⁶ Gänzlich überzeugend kommt das Bundesgericht vorab zum Ergebnis, dass eine Einziehung allein gestützt auf Art. 19b BetmG jedenfalls mangels Anlasstat nicht zulässig sein kann, wobei es sogar so weit geht, dass es annimmt, geringfügige Mengen von Betäubungsmitteln stellen *verkehrs- und eigentumsfähige Sachen* im Sinne des Zivilrechts dar.⁴⁷ Die Einziehung hat demnach der Eigentumsgarantie gem. Art. 26 BV⁴⁸ standzuhalten.⁴⁹ Zumindest implizit verwirft das Bundesgericht somit das in der Lehre

⁴¹ Urteil des BGer 6B_1277/2018 vom 21. Februar 2017 E. 3.2; BSK StGB-BAUMANN, Art. 69 N 7; Komm. KV-THOMMEN, Art. 69 N 217.

⁴² BSK StGB-BAUMANN, Art. 69 N 6; Komm. KV-THOMMEN, Art. 69 N 236 f.

⁴³ BGE 129 IV 81 E. 4.1; BGE 127 IV 203 E. 7b; BGE 125 IV 185 E. 2b; BGE 112 IV 71 E. 1a; a.A. Komm. KV-THOMMEN, Art. 69 N 152, 217.

⁴⁴ BGE 147 IV 479 E. 6.5.2.2; BGE 129 IV 81 E. 4.1 f.; BGE 103 IV 76 E. 2; Komm. KV-THOMMEN, Art. 69 N 226 f.

⁴⁵ Urteil des BGer 6B_474/2016 vom 6. Februar 2017 E. 3.1.

⁴⁶ Urteil des BGer 6B_911/2021 vom 19. Juni 2023 E. 2.1.2.

⁴⁷ Urteil des BGer 6B_911/2021 vom 19. Juni 2023 E. 2.4.2, 2.6.1; so auch: BBl 2001, 8210; SHK-ALBRECHT, Art. 19b N 1 Fn. 1; a.A. OGer Zürich SU170048 vom 15. Januar 2018.

⁴⁸ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

⁴⁹ Urteil des BGer 6B_911/2021 vom 19. Juni 2023 E. 2.4.2; vgl. OGer Zürich SU170048 vom 15. Januar 2018 E. 5; SCHUBARTH (Fn. 40), 220 f.

verbreitete Argument, eine Einziehung sei, gestützt auf Art. 19b BetmG, zulässig, da sich die Straflosigkeit einzig auf die Absicht zum Eigenkonsum stütze, Cannabis aber grds. die Gefahr birgt, zur Begehung einer Straftat zu dienen.⁵⁰ Bereits in dieser Argumentation zeigt sich, dass auch das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung der Realität des gesellschaftlich verbreiteten Cannabiskonsums ein besonderes Gewicht verleiht, was wiederum eine *de-facto-Annäherung an eine Legalisierung oder Entkriminalisierung des Cannabiskonsums* darstellt. Besonders ironisch ist vor dem Hintergrund der ratio legis, dass die einzige effektive Handlung zum Schutz der Konsument:innen, nämlich die Einziehung, verworfen wird, womit das BetmG seinen Zweck wohl gänzlich verfehlt.⁵¹

Ebenfalls verwirft das Bundesgericht die Ansicht, dass eine Einziehung darauf fassen kann, dass einer straflosen Vorbereitungshandlung des:der Konsument:in zwingend eine strafbare Handlung einer Drittperson, namentlich eines:einer Dealer:in, vorangehen muss, womit eine Anlasstat für die Einziehung bei Dritten vorliegen würde.⁵² Diese Auffassung lehnt das Bundesgericht mit der Argumentation ab, dass sich ohne weitere Ermittlungshandlungen nicht erstellen lässt, ob die Voraussetzungen der Sicherheitseinziehung bei Drittpersonen, namentlich der unmittelbare und konkrete Bezug zu einer strafbaren Handlung, gegeben sind.⁵³ Indem das Bundesgericht die Anwendbarkeit der Sicherheitseinziehung verneint, nähert es sich auch hier der Realität des Cannabiskonsums an. Dies mag *im Ergebnis zwar zutreffend erscheinen*, betrachtet man jedoch den konkret vorliegenden Sachverhalt, vermag zumindest die Argumentationslinie des Bundesgerichtes nicht wirklich zu überzeugen. Dieses hält nämlich fest, dass denkbar wäre, dass es bei der Anlasstat am subjektiven Tatbestand mangelt oder die Abgabe straflos erfolgte, namentlich weil sie im Hinblick auf einen späteren gemeinsamen Konsum oder im Rahmen eines bewilligten Pilotprojektes gem. Art. 8a BetmG erfolgte.⁵⁴

⁵⁰ OGer Zürich SU170048 vom 15. Januar 2018 E. 4; Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 19b N 59; JUCKER OLIVER/SCHLEGEL STEPHAN, Nr. 26 Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 6. September 2017 i.S. Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt gegen X. – 6B_1273/2016, forumpoenale 4/2018, 275 ff., 279; a.A. ALBRECHT PETER, Nr. 38 Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, Urteil vom 15. Januar 2018 i.S. gegen Stadtrichteramt Zürich – SU170048-O/U/hb, 500 m.H.a. Komm. KV-Thommen, Art. 69 N 217.

⁵¹ Vgl. Perspektiven der schweizerischen Drogenpolitik, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 17.4076 Rechsteiner Paul, 12. Dezember 2017 vom 28. April 2021, 21 m.w.H.

⁵² Urteil des BGer 6B_911/2021 vom 19. Juni 2023 E. 2.6.2; vgl. Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 28e N 19; JUCKER/SCHLEGEL (Fn. 47), 278.

⁵³ Urteil des BGer 6B_911/2021 vom 19. Juni 2023 E. 2.6.2.

⁵⁴ Urteil des BGer 6B_911/2021 vom 19. Juni 2023 E. 2.6.2.

All diese erhobenen Einwände erwecken allenfalls theoretische Zweifel am Bestehen einer Anlasstat. Mit Blick auf die Realität zielen sie vielmehr ins Leere. So mag es möglich sein, dass der:die Dealer:in einem Sachverhaltsirrtum unterliegt, jedoch ist zumindest fragwürdig, in welchen Konstellationen dies tatsächlich eintreten soll. In aller Regel wird, wer einer anderen Person Hanf in einer für den Konsum (und nicht die industrielle Verwendung) geeigneten Menge besorgt – wobei es sich nicht um kontrolliert angebauten CBD-Hanf mit weniger als 1% THC handelt – zumindest für möglich halten und in Kauf nehmen, dass es sich hierbei um ein Betäubungsmittel handelt. Zutreffend ist auch, dass der Zeitpunkt der Abgabe von Betäubungsmitteln i.S.v. Art. 19b BetmG und der gemeinsame Konsum divergieren können.⁵⁵ Jedoch erscheint es im vorliegenden Fall kaum glaubwürdig, dass die erwähnten ca. drei Gramm Cannabis A. mit dem Ziel übergeben wurden, sie später einzig gemeinsam zu konsumieren. Ausgehend von einem durchschnittlichen THC-Gehalt von Cannabis von ca. 15%⁵⁶ und einer Konsumeinheit von 15mg THC⁵⁷, besass A. vorliegend 30 Konsumeinheiten. Selbst wenn man zu seinen Gunsten von einer doppelten oder gar viermal so grossen Konsumeinheit ausgeht, bleibt es höchst fragwürdig, dass A. die drei Gramm Cannabis einzig für einen später beabsichtigten gemeinsamen Konsum übergeben wurden.⁵⁸ Komplette Abwegigkeit ist sodann der Einwand, A. könne die Betäubungsmittel im Rahmen eines bewilligten Pilotprojektes erhalten haben, da zum Tatzeitpunkt noch keine solchen Projekte tatsächlich im Gange waren.⁵⁹

Abschliessend lässt sich demnach klar erkennen, dass das Bundesgericht in Bezug auf Cannabiskonsum einer de-facto-Entkriminalisierung nicht abgeneigt scheint. Selbst wenn es hierfür die Realität des Einzelfalles aussen vorlässt, gelingt es ihm dadurch, der gesellschaftlichen Realität des Konsums angemessene Rechnung zu tragen. Somit stehen sowohl die Rechtsprechung als auch die Legislative im Ergebnis der Bekämpfung des Cannabiskonsums durch das Strafrecht ablehnend gegenüber, womit die generelle Einordnung und Behandlung von Cannabis als Betäubungsmittel nach der ratio legis des BetmG

⁵⁵ Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 19b N 46.

⁵⁶ Sozialdepartement Stadt Zürich, Cannabis Auswertung 1. Halbjahr 2024, abrufbar unter: <<https://www.saferparty.ch/blog/cannabis-halbjahresauswertung-2024>>.

⁵⁷ Vgl. BGE 109 IV 143 E. 3b; Beschluss des BGH (Fn. 13), 795; Urteil des BGH 3 StR 183/84 vom 18. Juli 1984, NJW 1985, 1404 ff., 1405.

⁵⁸ Vgl. WEISSENBERGER (Fn. 32), E. 2a, 353 f., wonach die Mitnahme des über den gemeinsam konsumierten Teil hinausgehenden Betäubungsmittels eine straffbare Handlung gem. Art. 19 BetmG darstellt; so auch Urteil des BGer 6S.75/2002 vom 15. April 2003 E. 1.3.

⁵⁹ Vgl. Bundesamt für Gesundheit, Übersicht über die bewilligten Pilotversuche, abrufbar unter: <<https://www.bag.admin.ch/de/uebersicht-ueber-die-bewilligten-pilotversuche-mit-cannabis>>.

gänzlich *ad absurdum* geführt wird. M.a.W. widerspricht es dem Schutz der Konsument:innen, wenn der Konsum von Cannabis faktisch erlaubt ist.

V. Sonstige Sonderbehandlung von Cannabis im Betäubungsmittelstrafrecht

Die bereits festgestellte legislative Sonderbehandlung von Cannabis aufgrund der Realität des weitverbreiteten Konsums findet sich in weiteren Bestimmungen des BetmG. Auf diese Bestimmungen soll im Rahmen eines Überblicks nachfolgend kurz eingegangen werden.

A. Keine Gesundheitsgefährdung gem. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG

Unter den Qualifikationstatbeständen zu Art. 19 BetmG findet sich u.a. die gesundheitliche Gefährdung vieler Menschen. Nahm das Bundesgericht ursprünglich auch betreffend Cannabis noch an, dass eine Gesundheitsgefährdung möglich sei,⁶⁰ änderte es seine Praxis mit Blick auf den Stand medizinischer Forschung betreffend die Gefährlichkeit von Cannabis, sodass die Qualifikation auch für den Handel mit grossen Mengen Cannabis keine Anwendung mehr findet.⁶¹ Im Gegensatz zu den sonstigen in diesem Aufsatz behandelten Sonderbehandlungen ist dieser Entscheid jedoch nicht als de-facto-Entkriminalisierung des Konsums aufzufassen, sondern stellt vielmehr eine *wünschenswerte medizinisch-wissenschaftliche Betrachtung der Gefährlichkeit von Betäubungsmitteln* im Betäubungsmittelstrafrecht als Ganzes dar.⁶² Hierfür spricht insb. auch, dass das Bundesgericht mit einer ähnlichen Argumentation die Anwendbarkeit der Qualifikation gem. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG auf MDMA/Ecstasy verneinte.⁶³

⁶⁰ BGE 109 IV 143 E. 3b; BGE 106 IV 227; OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, Art. 19 N 178.

⁶¹ BGE 117 IV 314 E. 2c ff.; ALBRECHT (Fn. 11), N 10; Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 19 N 955 ff.; SHK BetmG-ALBRECHT, Art. 19 N 195.

⁶² S.o. [II](#).

⁶³ BGE 125 IV 104 E. 3d; BGE 125 IV 90 E. 3d; FIOKA GERHARD, Bundesgericht, Kassationshof, 21.4.1999 i.S. Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau c.C., BGE 125 IV 90, Nichtigkeitsbeschwerde; Bundesgericht, Kassationshof, 21.4.1999 i.S. M.c. Generalprokurator des Kantons Bern, BGE 125 IV 104, Nichtigkeitsbeschwerde, AJP 11/1999, 1487 ff., 1489; a.A. Schweizerische Gesellschaft für Rechtsmedizin, Gutachten Gefährlichkeit von MDMA, August 2011, 11 ff.; WEDER ULRICH, Die Designer-Drogen aus rechtlicher Sicht, unter besonderer Berücksichtigung des Amphetaminderivats MDMA («Ecstasy»), ZStrR 115/1997, 440 ff.

B. Straflosigkeit des gemeinsamen Konsums gem. Art. 19b Abs. 1 2. HS BetmG

Wenn auch grundsätzlich auf alle Betäubungsmittel anwendbar,⁶⁴ bezieht sich die Bestimmung des Art. 19b 2. HS BetmG offensichtlich primär auf den bereits in BGE 95 IV 179 thematisierten Vorgang des Kreisenlassens eines Joints als gesellschaftlich verbreitete Konsumform von Cannabis.⁶⁵ Bereits zum Inkrafttreten dieser Bestimmung hatte der Gesetzgeber dementsprechend die Realität des Cannabiskonsums im Auge, wobei es – wohl auch der damaligen Perspektive auf den Betäubungsmittelkonsum als Ganzes geschuldet – zu diesem Zeitpunkt selbstverständlich noch nicht um eine Entkriminalisierung bzw. Legalisierung ging, sondern einzig darum, die in Art. 19a BetmG vorgesehene Übertretungsstrafbarkeit von Konsument:innen nicht dadurch einzuschränken, dass beim gemeinsamen Konsum zwangsläufig auch eine Strafbarkeit nach Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG, welche ein Vergehen darstellt, zum Tragen kommt.⁶⁶

C. Behandlung von Cannabiskonsum im Ordnungsbussenverfahren gem. Ziff. 800i Anhang II OBV⁶⁷

Der Konsum von Cannabis gem. Art. 19a BetmG kann seit 2013 im vereinfachten Ordnungsbussenverfahren abgehandelt werden, sofern der Beschuldigte diesem Verfahren gem. Art. 4 Abs. 3 lit. c OBG⁶⁸ nicht widerspricht.⁶⁹ Wurde diese Möglichkeit ursprünglich in den Art. 28b ff. BetmG geregelt, fand inzwischen eine Überführung ins OBG statt.⁷⁰ Die Behandlung von Cannabiskonsum im Ordnungsbussenverfahren zeigt am eklatantesten, dass auch dem Gesetzgeber die Verbreitung von Cannabis in der Gesellschaft bewusst ist und er diesem Umstand grds. im Rahmen einer Beinahe-Entkriminalisierung Rechnung trägt.⁷¹ Zwar kann nur der Konsum und nicht sonstige Widerhandlungen zum Eigenkonsum gem. Art. 19a BetmG mittels Ordnungsbussenverfahren abgehandelt werden;⁷² da solche jedoch häufig auch von Art. 19b BetmG erfasst

⁶⁴ SHK BetmG-ALBRECHT, Art. 19b N 6; WEISSENBERGER (Fn. 32), 356.

⁶⁵ Amtliches Bulletin Nationalrat 1974, 1456; DELACHAUX (Fn. 29), 180; OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, Art. 19b N 5; WEISSENBERGER (Fn. 32), E. 2b/bb 354.

⁶⁶ Amtliches Bulletin Nationalrat 1974 (Fn. 65), 1456 ff.

⁶⁷ Ordnungsbussenverordnung vom 16. Januar 2019 (OBV, SR 314.11).

⁶⁸ Ordnungsbussengesetz vom 18. März 2016 (OBG, SR 314.1).

⁶⁹ Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 28b N 15; OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, Art. 19a N 22; SHK BetmG-ALBRECHT, Art. 28b N 3.

⁷⁰ OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, Art. 28b–28l N 1.

⁷¹ BBl 2011 (Fn. 25), 8200.

⁷² Komm. BetmG-HUG-BEELI, Art. 28b N 1; SHK BetmG-ALBRECHT, Art. 28b N 4.

werden,⁷³ haben Konsument:innen von Cannabis dank dieser Regelung kaum mehr ein Strafverfahren zu befürchten. Dennoch erscheint die Bestrafung von Konsument:innen in Anbetracht dieser Bestimmung absolut absurd, denn der – ohnehin überschätzte – generalpräventive Effekt der Bestrafung zu deren Selbstschutz wird mit einer Busse von 100 Franken wohl kaum zu erreichen sein; damit dürfte das *Vorliegen eines legitimen Strafbedürfnisses wohl endgültig entfallen*.⁷⁴

VI. Fazit

Die Legislative und Rechtsprechung zum Cannabiskonsum in den letzten Jahren sind ausgesprochen stark davon geprägt, dass Cannabiskonsum ein weitverbreitetes und gesellschaftlich akzeptiertes Phänomen darstellt. Konsument:innen haben lediglich ein Strafverfahren für Widerhandlungen gegen das BetmG i.S.v Art. 19a Ziff. 1 2. HS BetmG zu befürchten, d.h. wenn mehr als zehn Gramm Cannabis betroffen sind, wobei auch hier einzig eine Übertretungsstrafbarkeit im Raum steht. Darüber hinaus zieht der Konsum von Cannabis eine Ordnungsbusse von 100 Franken nach sich. Sonstige negative Konsequenzen, wie die Einziehung der Betäubungsmittel, haben Konsument:innen hingegen nicht zu erwarten. Dementsprechend ist der Schluss naheliegend, dass der Konsum von Cannabis de facto entkriminalisiert wurde.

Vor dem Hintergrund, dass das BetmG primär den Schutz der Konsument:innen beabsichtigt, erscheint daher die Einordnung und Behandlung von Cannabis als Betäubungsmittel absolut unangebracht. Im Kontrast dazu zeigen erste Erfahrungen aus Deutschland, dass eine Entkriminalisierung des Konsums ohne gleichzeitige kontrollierte und legale Beschaffungsmöglichkeiten zu ermöglichen ein ernsthaftes Gefahrenpotential ausgehend von organisiertem Verbrechen birgt.⁷⁵ *Alles in allem ist es höchste Zeit, der Realität ins Auge zu blicken und Cannabis aus der Liste der dem Betäubungsmittelgesetz unterstehenden Substanzen zu streichen und stattdessen einen regulierten und kon-*

⁷³ S.o. [III](#).

⁷⁴ SHK BetmG-ALBRECHT, Art. 28b N 8; vgl. Bericht des Bundesrates 2021 (Fn. 51) m.w.H.

⁷⁵ Vgl. GIWERZEW NATHAN, Trotz aller Warnungen hat die deutsche Regierung Cannabis auf die Schnelle legalisiert. Nun bewahrheiten sich die schlimmsten Befürchtungen, NZZ vom 19. August 2024, abrufbar unter: <<https://www.nzz.ch/international/trotz-aller-warnungen-hat-die-deutsche-regierung-cannabis-auf-die-schnelle-legalisiert-nun-bewahrheiten-sich-die-schlimmsten-befuerchtungen-ld.1842382>>; KEILANI FATINA, Die brutale Drogenbande Mocro-Mafia hat Deutschland erreicht – ist das eine Folge der Cannabis-Legalisierung?, NZZ vom 7. August 2024, abrufbar unter: <<https://www.nzz.ch/international/mocro-drogenmafia-in-deutschland-folge-der-cannabis-politik-ld.1841849>>.

trollierten Verkauf zu ermöglichen. In diesem Sinne ist grundsätzlich zu befürworten, dass inzwischen in Art. 8a BetmG zugelassene Pilotprojekte im Gange sind, wobei deren Zweckhaftigkeit anzuzweifeln ist, wo doch der Konsum gesellschaftlich – und wie vorliegender Beitrag gezeigt hat auch in der Strafjustiz – längstens zumindest geduldet wird.