



**COMPETENCE CENTER
FORENSIK UND
WIRTSCHAFTSKRIMINALISTIK**

Lucerne University of
Applied Sciences and Arts

**HOCHSCHULE
LUZERN**

Wirtschaft

Der Artikel 19 des Betäubungsmittelgesetzes in der Fassung vom 20. März 2008: Ein kritischer Vergleich zwischen dem alten und dem neuen Recht

Masterarbeit im Rahmen des Kurses MAS Forensics 2

Abgabetermin: 15. Mai 2009

Vorgelegt von:
lic.iur. Marcel Keller
Untersuchungsrichter in Weinfelden

Betreut von:
Dr. Thomas Hansjakob
Erster Staatsanwalt des Kantons
St.Gallen

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	I
Literaturverzeichnis	III
Materialien	VIII
Abkürzungsverzeichnis	X
Kurzfassung	XIV
I. Die Entwicklung der Strafbestimmungen des Bestäubungsmittelrechts bis zur Fassung vom 1. August 1975	1
A. Auf dem Weg zum ersten Betäubungsmittelgesetz von 1924	1
B. Das zweite Betäubungsmittelgesetz von 1951, die Revision von 1968 und das Einheitsabkommen von 1961/1972	2
C. Die Revision von 1975	3
1. Der Entwurf gemäss Botschaft 1973	3
2. Die Revision von 1975	5
D. Die Auswirkungen der Revision von 1975	6
1. Betreffend Art. 19 Ziff. 1	6
2. Betreffend Art. 19 Ziff. 2	7
a. Die schweren Fälle im allgemeinen	7
b. Der mengenmässig schwere Fall	8
c. Die bandenmässig verübten Delikte	9
d. Die gewerbsmässig verübten Delikte	9
II. Die gescheiterte Revision von 2001/2004	10
A. Die allgemeinen Ziele der Revision 2001/2004	10
B. Die gescheiterte Revision der Strafbestimmungen 2001/2004	12
1. Ausgangslage	12
2. Die Ziele der Revision 2001/2004 in strafrechtlicher Hinsicht	13
a. Der Entwurf 2001	13
b. Einzelne Bemerkungen zu den Strafartikeln des Entwurfs 2001	15
aa. Anbau von Hanf zur Betäubungsmittelgewinnung	15
bb. Öffentliche Aufforderung zum Betäubungsmittelkonsum	15
cc. Zum schweren Fall im allgemeinen	15
dd. Der ehemals mengenmässig schwere Fall	16
ee. Der bandenmässig begangene schwere Fall	16
ff. Fakultative Strafmilderung hinsichtlich des Anstaltentreffens	16
gg. Fakultative Strafmilderung für Drogensucht bei qualifizierten Fällen	17
hh. Aufhebung der Strafbarkeit der fahrlässigen Widerhandlung	17
ii. Einführung eines Jugendschutzartikels	18
jj. Strafbarkeit des Betäubungsmittelkonsums	18
kk. Straflosigkeit des Cannabiskonsums und der Vorbereitungshandlungen	19
ll. Konsumlegalisierung und kontrollierter Cannabishandel	20
mm. Straflosigkeit des Betäubungsmittelkonsums	20
nn. Kontrollierter Cannabishandel	21
oo. Aufhebung der versuchten Anstiftung zum Drogenkonsum	21
3. Resultat der parlamentarischen Debatten	22

III. Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes in der Fassung vom 20. März 2008	24
A. Der Gesetzesentwurf 2006	24
1. Ziele und Schwerpunkte der Revision 2006	24
2. Allgemeine Bemerkungen zu den Straftatbeständen des Entwurfs 2006	25
a. Gestrichener Artikel 19 Ziff. 1 al. 1 i.V.m. E-Art. 8 Abs. 1 lit. d nBetmG/ <i>zur Betäubungsmittelgewinnung</i>	25
b. E-Art. 19 Abs. 1 lit. f nBetmG/öffentliche Aufforderung zum Betäubungsmittelkonsum	26
c. Eine neue Variante des schweren Falls: E-Art. 19 Abs. 2 lit. d nBetmG	26
d. Die fakultativen Strafmilderungsgründe nach E-Art. 19 Abs. 3 nBetmG	26
e. Aufhebung des Fahrlässigkeitstatbestands nach Art. 19 Ziff. 3	26
f. Der Jugendschutzartikel von E-Art. 19 a ¹ nBetmG	26
g. Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen und der Abgabe bei Geringfügigkeit nach E-Art. 19b nBetmG	27
h. Versuchte und vollendete Anstiftung zum Drogenkonsum	27
B. Die neuen Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes gemäss der Fassung vom 20. März 2008	27
1. Die parlamentarische Debatte	27
a. Im Nationalrat	27
b. Im Ständerat	28
c. Schluss- und Volksabstimmung	28
2. Die neuen Strafbestimmungen im Einzelnen	28
a. Der Grundtatbestand: Art. 19 Abs. 1 nBetmG	29
b. Die Qualifizierten Fälle: Art. 19 Abs. 2 nBetmG	29
aa. Allgemein	29
bb. Der ehemals (?) mengenmässig schwere Fall	30
cc. Der Verkauf in Ausbildungsstätten	31
c. Die Strafmilderungsgründe nach Art. 19 Abs. 3 nBetmG	32
aa. Beim Anstaltentreffen	32
bb. Beim süchtigen Dealer	32
d. Die fehlende Strafbarkeit des fahrlässigen Handelns gemäss Art. 19 Ziff. 3	32
e. Der Jugendschutzartikel nach Art. 19 ^{bis} nBetmG/ Art. 136 nStGB	32
f. Die straflosen Vorbereitungshandlungen etc. nach Art. 19b nBetmG	33
g. Die unveränderten Art. 19a und 19c nBetmG	33
Erklärung	34

Literaturverzeichnis

ALBRECHT PETER, Die strafrechtliche Beurteilung der Drogenkonsumenten (Bemerkungen zur Auslegung des Art. 19a Ziff. 1 BetmG), in: BJM 1983, S. 217 ff. (zit. ALBRECHT, BJM 1983)

DERS., Irrweg im Kampf gegen den Drogenhandel, in: plädoyer 1983, S. 7 f. (zit. ALBRECHT, plädoyer 1983)

DERS., Die Grenzen des Strafrechts im Bereiche der Drogenpolitik, in: Reformatio 1989, S. 254 ff. (zit. ALBRECHT, Reformatio)

DERS., Die Mitverantwortung der Strafjustiz, in: plädoyer 1990, S. 26 ff. (zit. ALBRECHT, plädoyer 1990)

DERS., Das Haschisch-Urteil des Bundesgerichts wird Folge haben, in: plädoyer 1992, S. 28 f. (zit. ALBRECHT, plädoyer 1992)

DERS., Die „schweren Fälle“ gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG beim Handel mit Heroin, in: ZStrR 111 (1993), S. 138 ff. (zit. ALBRECHT, ZStrR 1993)

DERS., Strafgesetze als Hindernis einer sinnvollen Drogenpolitik?, in: AJP 5/94, S. 565 ff. (zit. ALBRECHT, AJP 1994)

DERS., Die strafrechtlichen Sanktionen unter dem Druck der Betäubungsmitteldelinquenz, in: Festschrift für Jörg Rehberg zum 65. Geburtstag, herausgegeben von Andreas Donatsch und Niklaus Schmid, Zürich 1996, S. 11 ff. (zit. ALBRECHT, FS Rehberg)

DERS., Die Rechtsprechung zum Betäubungsmittelgesetz unter dem Einfluss der Drogenpolitik, in: BBD, S. 183 ff. (zit. BBD-ALBRECHT)

DERS., Der Verkauf von sog. „Duftkissen“-eine strafbare Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz? in: SJZ 95 (1999), S. 496 ff. (zit. ALBRECHT, Duftkissen)

DERS., Strafbarer Verkauf von Hanfprodukten? in: AJP 5/2001, S. 599 ff. (zit. ALBRECHT, Hanfprodukte)

DERS., Richterliche Drogenpolitik auf der Grundlage des Lebensmittelgesetzes? in: AJP 5/2002, S. 597 ff. (zit. ALBRECHT, LMG)

DERS., Drogenjustiz: Die Gerichte haben versagt, in: plädoyer 2004, S. 28 ff. (zit. ALBRECHT, plädoyer 2004)

DERS., Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes (Art. 19-28 BetmG), in: Schubarth Martin (Hrsg.): Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2007 (zit. ALBRECHT, Kommentar)

DERS., Staatlich verordnete Abstinenz ist illiberal, in: NZZ vom 17. Oktober 2008, S. 15 (zit. ALBRECHT, NZZ)

DERS., Die Gefährdung der Gesundheit vieler Menschen gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG, in: Jusletter vom 2. März 2009 (zit. ALBRECHT, Jusletter)

BAUMGARTNER HANS/JANN-CORRODI DIETER, Drogen und Strafjustiz im Kanton Zürich-Ein Beitrag zur schweizerischen Betäubungsmittelpraxis, in: Kriminalistik 3/89, S. 186 ff.

Bauhofer Stefan/Bolle Pierre-Henri/Dittmann Volker (Hrsg.), Drogenpolitik-Beharrung oder Wende, Reihe Kriminologie-Band 15, Chur/Zürich 1997 (zit. BBD-VERFASSER)

BERNASCONI DANILO, Ökonomische Ansätze zur Ausgestaltung der Drogenpolitik in der Schweiz, Diss. St.Gallen 1993

BERTSCHI MARCEL, Straffloser Konsum von Betäubungsmitteln?, in: SJZ 68 (1972), S. 369 ff.

FINGERHUTH THOMAS/TSCHURR CHRISTOF, BetmG-Kommentar, Zürich 2007

HANSJAKOB THOMAS, Zur Strafzumessung in Betäubungsmittel-Straffällen, in: SJZ 90 (1994), S. 57 ff. (zit. HANSJAKOB, SJZ 1994)

DERS., Erste Erfahrungen mit BGE 119 IV 186 (Reinheitsgrad von Drogen), in: AJP 11/94, S. 1478 ff. (zit. HANSJAKOB, AJP 1994)

DERS., Hanfshops-Gesundheitszentren oder Drogenumschlagplätze? Hanfsäcklein, Hanftaler, Hanftée und Hanfsamen als Gegenstand der Strafverfolgung, in: Kriminalistik 4/99, S. 273 ff. (zit. HANSJAKOB, Hanfshops)

DERS., Duftkissen, Hanfsamen, Psilocybinpilze-Betäubungsmittel oder nicht? in: SJZ 96 (2000), S. 23 f. (zit. HANSJAKOB, Duftkissen)

DERS., Jugendschutz wird nicht geschwächt, in: NZZ vom 7. November 2008, S. 16 (zit. HANSJAKOB, NZZ)

HUBER CHRISTIAN, Betäubungsmittel vom Typ Cannabis-strafrechtliche Probleme und gesetzgeberische Aspekte, Diss. Zürich 1973

HUG-BEELI GUSTAV, Betäubungsmitteldelikte, Literatur und Rechtsprechung, Ein Handbuch für die Praxis, Zürich 1983 (zit. HUG-BEELI, Rechtsprechung I)

DERS., Betäubungsmitteldelikte 1983-1991, Literatur und Rechtsprechung, Ein Handbuch für die Praxis, Zürich 1992 (zit. HUG-BEELI, Rechtsprechung II)

DERS., Handbuch der Drogenpolitik-Tatsachen, Meinungen, Analysen, Lösungsvorschläge, Bern 1995 (zit. HUG-BEELI, Handbuch)

DERS., Rechtsprechung zu den Betäubungsmitteldelikten seit 1991, Lachen SZ/St.Gallen 1997 (zit. HUG-BEELI, Rechtsprechung III)

DERS., Tendenzen der Rechtsprechung bei Betäubungsmitteldelikten, in: ZStrR 115 (1997), S. 249 ff. (zit. HUG-BEELI, ZStrR 1997)

DERS., Der Jugendschutz würde erheblich geschwächt, in: NZZ vom 17. Oktober 2008, S. 15 (zit. HUG-BEELI, NZZ)

JENNY GUIDO, Die schweizerische Betäubungsmittel-Gesetzgebung in ihrer Entwicklung-Ein Überblick anhand der internationalen Betäubungsmittelkontrolle, in: Kind Hans/Lichtensteiger Walter/Weiss Irma (Hrsg.), Drogenprobleme aus psychiatrischer, pharmakologischer und juristischer Sicht, Beihefte zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel 1982, S. 97 ff. (zit. JENNY, ZSR 1982)

DERS., Weichenstellungen in der Drogenpolitik, in: BBD, S. 293 ff. (zit. BBD-JENNY)

JOSET PIERRE, Drogenknast-Die Verbindung von Kriminalität und Therapie?, in: ZStrR 100 (1983), S. 187 ff. (zit. JOSET, Drogenknast)

DERS., Drogenpolitik durch Gesetz und Strafe?, in: ZStrR 101 (1984), S. 152 ff. (zit. JOSET, Drogenpolitik)

DERS./ALBRECHT PETER, Entwurf einer liberalen Drogenpolitik: Die Revision des Betäubungsmittelgesetzes, in: ZSR I 105 (1986), S. 243 ff.

DERS., Drogenpolitik: Status quo und Reformansätze, in: plädoyer 1991, S. 44 ff. (zit. JOSET, plädoyer 1991)

KILLIAS MARTIN, Zum Jugendschutz im künftigen Drogenstrafrecht. Zugleich ein Beitrag zur (Un-) Wirksamkeit von gesetzlichen Verboten, in: Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, herausgegeben von Andreas Donatsch, Marc Forster und Christian Schwarzenegger, Zürich 2002, S. 393 ff.

LANDMANN VALENTIN N. J., Verbrechen als Markt-Zur Ökonomie der Halbwelt und der Unterwelt, Zürich 2006.

LAUTERBURG GRETA, Wird Drogenkonsum straflos?, in: plädoyer 1985, S. 5 f.

LEUENBERGER MORITZ, Das revidierte Betäubungsmittelgesetz, Konsequenzen für die Rechtsprechung gegenüber Drogenkonsumenten, in: SJZ 72 (1976), S. 23 f.

LÜTHI WERNER, Strafbestimmungen betreffend Betäubungsmittel, in: ZStrR 67 (1952), S. 474 ff.

MEROTTO PATRIZIA, Die schweizerische Drogenpolitik: Gestern, heute, morgen-mit einer vergleichenden Darstellung der Drogenpolitik Deutschlands, der Niederlande und Grossbritanniens, Diss. Zürich 1999

MÖRIKOFER-ZWEZ STÉPHANIE, Eine künftige Drogenpolitik unter regional- und gesundheitspolitischen Prämissen, in: BBD, S. 279 ff.

NIGGLI MARCEL-ALEXANDER, Art. 19 Ziff. 2 Betäubungsmittelgesetz-qualifizierte Widerhandlung, in: AJP 3/1995, S. 374 ff.

Ders./Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafrecht, 2. Aufl., Basel 2007 (zit. BSK-BEARBEITER)

OMLIN ESTHER, Inverkehrbringen der Hanfpflanze. Art. 19 Ziff. 1 BetmG, in: AJP 8/2000, S. 1042 ff.

Saner Luc (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer neuen Drogenpolitik, Basel/Genf/München 1998

SCHILD JÖRG, Setzung von Prioritäten in der Drogenpolitik aus der Sicht des Politikers, in: BBD, S. 199 ff.

SCHMID NIKLAUS, Ist Drogenhandel zur Finanzierung des Eigenkonsums nach Art. 19a des revidierten Betäubungsmittelgesetzes strafbar?, in: SJZ 72 (1976), S. 91 ff.

SCHULTZ HANS, Die strafrechtliche Behandlung der Betäubungsmittel, in: SJZ 68 (1972), S. 229 ff. (zit. SCHULTZ, strafrechtliche Behandlung I)

DERS., Nochmals: Zur strafrechtlichen Behandlung der Betäubungsmittel, in: SJZ 69 (1973), S. 65 ff. (zit. SCHULTZ, strafrechtliche Behandlung II)

DERS., Die Revision des Betäubungsmittelgesetzes 1974: Gründe, Ergebnisse, Auswirkungen, in: ZStrR 113 (1995), S. 273 ff. (zit. SCHULTZ, ZStrR 1995)

DERS., Strafbarkeit des Konsumenten von Betäubungsmitteln? in: BBD, S. 21 ff. (zit. BBD-SCHULTZ)

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

STAUB PETER, Zur Auslegung von Art. 19 Ziff. 2 lit. a Betäubungsmittelgesetz, in: ZBJV 120 (1984), S. 562 ff.

STÄMPFLI FRANZ, Das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel, in: SJZ 22 (1926), S. 193 ff.

THOMMEN DIETER, Die Behandlung Drogenabhängiger-Alternativen zur traditionellen juristischen Sicht des Drogenproblems, Diss. Basel 1984

TRECHSEL STEFAN et. al., Schweizerisches Strafgesetzbuch-Praxiskommentar, Zürich/St.Gallen 2008 (zit. TRECHSEL/BEARBEITER)

VAUCHER STEVE/BAARLI BRIT, Drogen und Strafrecht-Verzeigungen und Verurteilungen wegen Straftaten gegen das Betäubungsmittelgesetz, 1990-2001, herausgegeben vom Bundesamt für Statistik, Neuenburg 2003

VONARBURG JOSEF, Neues zum Drogenkonsum, in: SJZ 69 (1973), S. 68 f.

WEISS IRMA, Zur Anwendung der Strafbestimmungen des revidierten Betäubungsmittelgesetzes, in: ZStrR 95 (1978), S. 191 ff. (zit. WEISS, ZStrR 1978)

DIES., Betrachtungen zur Rauschgiftkriminalität, in: SJZ 76 (1980), S. 205 ff. und S. 225 ff. (zit. WEISS, SJZ 1980)

DIES., Die schweizerische Betäubungsmittel-Gesetzgebung in ihrer Entwicklung-Ein Überblick anhand der internationalen Betäubungsmittelkontrolle, in: Kind Hans/Lichtensteiger Walter/Weiss Irma (Hrsg.), Drogenprobleme aus psychiatrischer, pharmakologischer und juristischer Sicht, Beihefte zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel 1982, S. 63 ff. (zit. WEISS, ZSR 1982)

WEISSENBERGER PHILIPPE, Unentgeltliche Abgabe von Betäubungsmitteln zur Ermöglichung des gleichzeitigen und gemeinsamen Konsums, Art. 19b BetmG; Mengenermittlung und Mehrfachtat, in: AJP 3/99, S. 353 ff. (zit. WEISSENBERGER, BetmG 19b)

DERS., Zum subjektiven Tatbestand beim Handel mit Hanf in Marihuanaqualität, in: recht 2000, S. 231 ff. (zit. WEISSENBERGER, Hanf)

ZOLLIKOFER ROLF, Die eidg. Betäubungsmittelgesetzgebung, Diss. Zürich 1932

Materialien

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 8. Februar 1924 betreffend die Genehmigung des internationalen Opiumabkommens, in: BBl 1924 I S. 197 ff. (zit. Botschaft Opiumabkommen)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Betäubungsmittel vom 12. Februar 1924, in: BBl 1924 I S. 279 ff. (zit. Botschaft 1924)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Revision des Bundesgesetzes betreffend Betäubungsmittel vom 9. April 1951, in: BBl 1951 I S. 829 ff. (zit. Botschaft 1951)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über den Beitritt der Schweiz zu verschiedenen internationalen Abkommen über die Betäubungsmittel vom 23. Juli 1952, in: BBl 1952 II S. 553 ff. (zit. Botschaft internationale Abkommen)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Änderung des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel vom 20. März 1968, in: BBl 1968 I S. 737 ff. (zit. Botschaft 1968)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Genehmigung des Einheits-Übereinkommens über die Betäubungsmittel vom 20. März 1968, in: BBl 1968 I S. 757 ff. (zit. Botschaft Einheitsübereinkommen)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel vom 9. Mai 1973, in: BBl 1973 I S. 1348 ff. (zit. Botschaft 1973)

Botschaft über den Beitritt der Schweiz zu zwei internationalen Betäubungsmittel-Übereinkommen sowie zur Änderung des Betäubungsmittelgesetzes vom 22. Juni 1994, in: BBl 1994 III S. 1273 ff. (zit. Botschaft 1994)

Botschaft betreffend das Übereinkommen von 1988 gegen den unerlaubten Verkehr mit Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen vom 29. November 1995, in: BBl 1995 I S. 609 ff. (zit. Botschaft 1995)

Bericht der Expertenkommission für die Revision des Betäubungsmittelgesetzes vom 3. Oktober 1951 an die Vorsteherin des Eidgenössischen Departements des Innern, Bern 1996

Cannabisbericht der Eidgenössischen Kommission für Drogenfragen EDKF, Mai 1999

Botschaft über die Änderung des Betäubungsmittelgesetzes vom 9. März 2001, BBl 2001, S. 3715 ff. (zit. Botschaft 2001)

Zur neueren Geschichte der psychoaktiven Substanzen, Bericht zuhanden der Eidgenössischen Kommission für Drogenfragen (EKDF), verfasst von Christoph Maria Merki, Februar 2002

Parlamentarische Initiative-Teilrevision des Betäubungsmittelgesetzes-Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 4. Mai 2006, BBl 2006, S. 8573 ff. (zit. Botschaft 2006)

Parlamentarische Initiative-Teilrevision des Betäubungsmittelgesetzes-Bericht vom 4. Mai 2006 der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates-Stellungnahme des Bundesrates vom 29. September 2006, BBl 2006, S. 8645 ff. (zit. Stellungnahme BR 2006)

Die Drogenpolitik der Schweiz-Drittes Massnahmenpaket des Bundes zur Verminde-
rung der Drogenprobleme (MaPaDro III) 2006-2011, herausgegeben vom Bundesamt
für Gesundheit, August 2006

Cannabis 2008, Update zum Cannabisbericht 1999 der Eidgenössischen Kommission
für Drogenfragen-EKDF, Oktober 2008

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AB	amtliches Bulletin (AB <i>Jahreszahl</i> S <i>Seite</i> = AB des StR; AB <i>Jahreszahl</i> N <i>Seite</i> =AB des NR)
Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle juristische Praxis (Zü- rich/St.Gallen)
al.	Alinea
a.M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
AT	allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BBD	Bauhofer Stefan / Bolle Pierre-Henri / Ditt- mann Volker (Hrsg.), Drogenpolitik- Beharrung oder Wende, Reihe Kriminolo- gie-Band 15, Chur/Zürich 1997
BBl	Bundesblatt
BetmG	Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 3. Okto- ber 1951, SR 812.121
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BR	Bundesrat
BSK	Basler Kommentar

Bst.	Buchstabe
BV	Bundesverfassung vom 18. April 1999, SR 101
BVers	Bundesversammlung
bzw.	beziehungsweise
CVP	Christlichdemokratische Volkspartei
Ders.	Derselbe
d.h.	das heisst
Dies.	Dieselbe
Diss.	Dissertation
E	Entwurf
E.	Erwägung
EDI	Eidgenössisches Departement des Innern
EKDF	Eidgenössische Kommission für Drogenfragen
etc.	et cetera
ev.	eventuell
f.	folgend
ff.	fortfolgend
FIV	Verordnung des EDI über Fremd- und Inhaltsstoffe in Lebensmitteln vom 26. Juni 1995, SR 817.021.23
FN	Fussnote
FS	Festschrift
ggf.	gegebenenfalls
gl.M.	gleicher Meinung

Hw.	Hinweis(e)
i.V.m.	in Verbindung mit
lit.	littera
m.E.	meines Erachtens
m.w.Hw.	mit weiteren Hinweisen
N	Note
nBetmG	Betäubungsmittelgesetz in der Fassung vom 20. März 2008
nStGB	Strafgesetzbuch gemäss der Änderung des BetmG vom 20. März 2008
NR	Nationalrat
Nw.	Nachweis(e)
Rz	Randziffer
s.	siehe
S.	Seite
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
StR	Ständerat
SVP	Schweizerische Volkspartei
THC	Tetrahydrocannabinol
u.a.	unter anderem, und andere
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel

ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZStrR	Schweizer Zeitschrift für Strafrecht (Bern)

Kurzfassung

Die eidgenössische Betäubungsmittelgesetzgebung war in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts von mehreren internationalen Abkommen geprägt, angefangen mit dem *Internationalen Opium-Abkommen* von 1912, das in der Schweiz 1925 in Kraft trat. Das Ziel dieses Abkommens war die Überwachung und die Kontrolle der Herstellung und des internationalen Handels mit Opium, Morphinum, Heroin und Kokain. Um den Forderungen des Opiumabkommens entsprechen zu können, wurde 1924 das erste eidgenössische Betäubungsmittelgesetz erlassen¹.

Die Schweiz trat in der Folge weiteren Abkommen bei, zu dessen Umsetzung Anpassungen im nationalen Recht erforderlich waren. Am 3. Oktober 1951 wurde diesbezüglich ein neues Betäubungsmittelgesetz erlassen und am 1. Juni 1952 in Kraft gesetzt. Auf diesem Gesetz basiert die diesbezügliche schweizerische Gesetzgebung noch immer (so auch die Strafbestimmung von Art. 19 BetmG), wenngleich seitdem einige Änderungen vorgenommen wurden; so z.B. 1968 hinsichtlich der Umsetzung des *Einheits-Übereinkommens* von 1961, das praktisch alle bisherigen internationalen Abkommen ersetzte. Der Erlass bzw. der Beitritt zu weiteren Abkommen erforderte in der Folge erneut neue nationale Gesetzesanpassungen, die schliesslich zur Revision von 1975 führten.

Im Laufe der Revision von 1975 wurden, nicht zuletzt aufgrund der Tatsache, dass der Drogenhandel und der Drogenkonsum in der Schweiz deutlich angestiegen war, die Strafbestimmungen dergestalt geändert, als dass der Drogenkonsum für strafbar erklärt wurde, nachdem er bis anhin nicht explizit geregelt war. Daneben wurde die Strafan drohung bezüglich der qualifizierten Widerhandlungen gegen das BetmG stark erhöht.

Nachdem sich die Verhältnisse des Betäubungsmittelmarktes in den Achtziger- und Neunzigerjahren erheblich verändert hatten, waren augenscheinlich neue Massnahmen hinsichtlich des Umgangs mit Betäubungsmitteln erforderlich und es entstand mitunter das *Viersäulenprinzip*, bestehend aus Prävention, Therapie und Wiedereingliederung, Schadenminderung und Überlebenshilfe sowie Kontrolle und Repression.

Mitunter dieses Prinzip sowie neue Ziele bezüglich der Strafbarkeit beim Betäubungsmittelumgang führten zum Revisionsentwurf von 2001, der trotz erfolgter Zustimmung des Ständerats aufgrund eines zweimaligen Nichteintretensentscheids des Nationalrats von 2003 und 2004 scheiterte, nachdem insbesondere die Entkriminalisierung des Drogenkonsums und der kontrollierte Cannabishandel keine Mehrheit im Nationalrat gefunden hatte.

Die mehrheitsfähigen Teile der gescheiterten Vorlage wurden 2006 erneut dem Parlament vorgelegt, das diesen denn auch am 20. März 2008 zustimmte. Dagegen wurde das Referendum ergriffen, das am 30. November 2008 vom Stimmvolk mit grossem Mehr verworfen wurde.

¹ FINGERHUTH/TSCHURR, N 1 ff. zu Übersicht zur Gesetzgebung.

Bezüglich der Strafbestimmungen in der Fassung von 1975 wurden einige Änderungen vorgenommen:

Die Tatbestandsvarianten im Grundtatbestand (Art. 19 Abs. 1 nBetmG) wurden gestraft, was hingegen künftig kaum zu wesentlichen Änderungen des strafbaren Verhaltens führen sollte. Jedoch wird bezüglich des Hanfanbaus behördlich nicht mehr nachgewiesen werden müssen, dass dieser der Betäubungsmittelgewinnung dient.

Beim qualifizierten Fall von Art. 19 Abs. 2 lit. a nBetmG wurde der Mengenbezug formell, jedoch kaum materiell, fallengelassen, was sehr wahrscheinlich zu neuerlichen Diskussionen in Lehre und Rechtsprechung führen wird, was denn nach neuem Recht das tatbestandsmässige Verhalten von Art. 19 Abs. 2 lit. a nBetmG darstelle.

In Art. 19 Abs. 2 lit. d nBetmG wurde eine zusätzliche Variante des schweren Falls ins Gesetz aufgenommen: wenn der Täter in oder nahe von Ausbildungsstätten für Jugendliche *gewerbsmässig* Drogen abgibt oder zugänglich macht. Mehr als eine Mahnung an den Täter und Erinnerung an den Richter, dass Drogenabgaben an Jugendliche hart zu ahnden sind, wird Art. 19 Abs. 2 lit. d nBetmG allerdings kaum bedeuten, denn die gewerbsmässige Betäubungsmittelabgabe bedeutet grundsätzlich bereits hinsichtlich Art. 19 Abs. 2 lit. c nBetmG eine Qualifizierung des strafbaren Verhaltens.

In Art. 19 Abs. 3 lit. a nBetmG werden begrüssenswerterweise neu fakultative Strafmilderungen hinsichtlich des Anstaltentreffens nach Art. 19 Abs. 1 lit. g nBetmG aufgeführt und in Art. 19 Abs. 3 lit. b nBetmG solche für süchtige Drogenhändler, die im qualifizierten Fall gegen das BetmG verstossen haben. Diese Norm wäre ebenfalls zu begrüssen, jedoch ist sie wohl überflüssig, da Süchtige in aller Regel vermindert schuld-fähig sind, was ohnehin eine obligatorische Strafmilderung nach sich zieht.

Art. 19 Ziff. 3 gemäss geltendem BetmG hinsichtlich der Strafbarkeit der fahrlässigen Tatbegehung wurde aus nachvollziehbaren Gründen nicht ins revidierte Gesetz aufgenommen, da die Bedeutung dieser Norm nicht erheblich war und die umfassende Strafbarkeit des tatbestandsmässigen Verhaltens (insbesondere durch das Anstaltentreffen) schon mit dem Eventualvorsatz früh einsetzt.

Eingeführt wurde des Weiteren Art. 19^{bis} nBetmG, der die unberechtigte Drogenabgabe an Personen unter 18 Jahren unter Strafe stellt. Da die entsprechende Strafdrohung dieselbe ist wie im Grundtatbestand und inhaltlich sozusagen dem bedeutungslosen Art. 136 StGB entspricht (ausser dass das Schutzalter von 16 auf 18 Jahre angehoben wurde), wird dieser Artikel wohl keine wesentliche Bedeutung erfahren. Er wird wohl ähnlich wie Art. 19 Abs. 2 lit. d nBetmG generalpräventive Aspekte haben und den Richter zu härterer Bestrafung ermuntern.

Schliesslich wurde der in der Praxis weitgehend bedeutungslose Art. 19b dergestalt geringfügig geändert, als dass bei geringfügigen Mengen Strafflosigkeit der Vorbereitungshandlungen und beim Gemeinschaftskonsum nicht mehr wie bis anhin ausser hinsichtlich Personen unter 16 Jahren möglich war, sondern auch hier wurde das Schutzalter auf 18 Jahre angehoben.

I. Die Entwicklung der Strafbestimmungen des Betäubungsmittelrechts bis zur Fassung vom 1. August 1975

A. Auf dem Weg zum ersten Betäubungsmittelgesetz von 1924

„Wer unbefugterweise die in Art. 1 bezeichneten Stoffe herstellt, verarbeitet, einführt, ausführt, kauft, besitzt, lagert, verkauft, entgeltlich oder unentgeltlich abgibt oder zum Verkauf bzw. zur Abgabe anbietet, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder Busse bis zu 20'000 Fr. bestraft. Beide Strafen können miteinander verbunden werden.

(...)

Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe eine Busse bis zu 5000 Fr.“

So lautete die erste (grundlegende) Strafbestimmung im Betäubungsmittelrecht in Art. 11 al. 1 und al. 4 des Bundesgesetzes betreffend Betäubungsmittel² vom 2. Oktober 1924. Was damals wenig aufsehenerregend anmutete, stellte sich als Vorläufer einer der praktisch bedeutendsten (und umstrittensten) Strafartikel des schweizerischen Strafrechts heraus; als Vorläufer des Art. 19 des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelgesetz, BetmG) vom 3. Oktober 1951 in der Fassung vom 20. März 1975 (in Kraft seit dem 1. August 1975)³.

Begonnen hatte die schweizerische Betäubungsmittelgesetzgebung im Grundsatz mit der Unterzeichnung des Internationalen Opium-Abkommens vom 23. Januar 1912 am 29. Dezember 1913⁴. Im Februar 1924, mithin gut zehn Jahre später, legte der BR dem Parlament zwei Botschaften zur Betäubungsmittelgesetzgebung vor. Die eine betraf die Genehmigung des unterzeichneten Abkommens, die andere das zur Umsetzung des Abkommens notwendige Bundesgesetz⁵.

Dass eine Gesetzgebung hinsichtlich des Umgangs mit Betäubungsmitteln offenbar angezeigt war, wird durch folgende Ausführungen veranschaulicht: Laut dem damaligen Bundesanwalt FRANZ STÄMPFLI sei die Morphinsucht ab ca. 1870 im fernen Osten aufgekommen und sei hierzulande unter Psychopathen und Neurasthenikern anzutreffen gewesen; die Sucht führe zu schwerstem körperlichen und geistigen Zerfall⁶. Dem BR schien ein Regelungsbedarf auch ausgewiesen. Er drückte es bezüglich der Opiumsucht so aus: „Auf die Dauer indessen wird die Vergiftung des gesamten Organismus immer stärker, die Schlaflosigkeit wird zu einem dauernden Übel, die Verdauungsfunktionen sind gelähmt, die Abmagerung geht bis zum äussersten, die Zähne werden vom Zahn-

² Zum Begriff der Betäubungsmittel s. ALBRECHT, Kommentar, N 10 zu Einleitung, m.w.Hw.

³ Wenn in der Folge Gesetzesartikel ohne Gesetzesangabe genannt werden, ist jeweils das derzeit gültige BetmG in der Fassung vom 1. August 1975 gemeint. Wenn ein Artikel in der Fassung vom 20. März 2008 gemeint ist, wird dem Artikel nBetmG nachgestellt. Bei Artikeln von Entwürfen wird entsprechend ein E vor den Artikel gesetzt. Die Artikel des Entwurfs 2001 werden daher mit E-Art. xxx, diejenigen des Entwurfs 2006 mit E-Art. xxx nBetmG bezeichnet.

⁴ Vgl. ZOLLIKOFER, S. 37 ff.

⁵ Botschaft Opiumabkommen, S. 197 ff.; Botschaft 1924, S. 279 ff.

⁶ STÄMPFLI, S. 194.

fleisch entblösst, und der Mensch, unfähig zu jeder Anstrengung, hat keinen andern Willen mehr, als seinem Laster zu fröhnen.“⁷ Nicht weniger ernst nahm der BR die Gefahr hinsichtlich der Kokainsucht: „Der Kranke magert ausserordentlich schnell ab; Sinnesverwirrungen und Gesichtstäuschungen treten immer stärker auf, die seelische Niedergeschlagenheit und völlige Willenlosigkeit wird immer ausgesprochener, und die geistige Entartung kann bis zum Wahnsinn gehen. Das moralische Sein als solches ist angegriffen: der Kokainsüchtige ist fähig zu Gewaltakten, und man stellt mitunter bei ihm Anfälle von Mordlust fest. (...) Schliesslich, was noch schwerer ist, zeigen gewisse Beobachtungen, dass die Wirkungen der Kokainsucht nicht auf den einzelnen Menschen beschränkt bleiben, sondern auch auf seine Nachkommenschaft übergehen und so eine Ursache für die Entartung der ganzen Rasse werden.“⁸

Am 5. Juni 1924 wurde das Opiumabkommen von der BVers genehmigt und trat am 15. Januar 1925 in Kraft⁹. Darin wurde insbesondere bezweckt, die *allmähliche* Unterdrückung des Missbrauchs von Opium, Morphin, Kokain sowie deren Derivaten herbeizuführen. Es waren jedoch keine Massnahmen zur Verminderung des Anbaus von Opium- oder Kokainprodukten vorgesehen, sondern das Abkommen forderte vielmehr die Einrichtung eines Überwachungs- und Kontrollsystems hinsichtlich der Erzeugung und des Vertriebs der betreffenden Betäubungsmittel¹⁰. Am 2. Oktober 1924 wurde schliesslich das erste Betäubungsmittelgesetz verabschiedet und auf den 1. August 1925 in Kraft gesetzt. Es enthält die vom Opiumabkommen geforderten administrativen Bestimmungen bezüglich der Überwachung der Herstellung, der Verarbeitung, des Verkehrs, der Lagerung, des Besitzes sowie des Kaufs und Verkaufs von Opium, Morphin, Heroin, Kokablättern und Kokain. Weiter sind ab Art. 11 die Strafbestimmungen, die eingangs erwähnt wurden, aufgeführt¹¹.

B. Das zweite Betäubungsmittelgesetz von 1951, die Revision von 1968 und das Einheitsabkommen von 1961/1972

Die Schweiz trat nach dem Opiumabkommen von 1912 zwei weiteren Abkommen bei, die dieses auf weitere Stoffe (z.B. Haschisch) ausdehnte und es ergänzte. Um zusätzlichen Vereinbarungen beitreten zu können¹², war eine Revision des entsprechenden Landesrechts notwendig. So wurde im April 1951 dem Parlament die Botschaft zu einem neuen Betäubungsmittelgesetz vorgelegt. Hinsichtlich der Strafbestimmungen forderten sowohl die Abkommen als auch ein parlamentarischer Vorstoss die Erhöhung der Straf-

⁷ Botschaft Opiumabkommen, S. 198.

⁸ Botschaft Opiumabkommen, S. 208.

⁹ SR 0.812.121.2.

¹⁰ STÄMPFLI, a.a.O.

¹¹ ZOLLIKOFER, S. 72 ff.

¹² Internationales Abkommen vom 26. Juni 1936 zur Unterdrückung des unerlaubten Verkehrs mit Betäubungsmitteln, SR 0.812.121.6; Protokoll vom 11. Dezember 1946 zu den internationalen Abkommen über die Betäubungsmittel, SR 0.812.121.21; Protokoll vom 19. November 1948 über die Kontrolle synthetischer und weiterer Betäubungsmittel, SR 0.812.121.52.

androhungen, dies im Sinne einer erwarteten grossen Wirkung hinsichtlich einer präventiven Massnahme¹³.

Neben der Ergänzung der kasuistischen Aufzählung der strafbaren Handlungen nach Vorgabe des Abkommens von 1936¹⁴ wurden mithin auch die Strafbestimmungen verschärft. Das vorsätzliche Handeln gegen das Betäubungsmittelgesetz wurde fortan mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Busse bis zu Fr. 30'000.-- bestraft, nachdem bis anhin nur Gefängnisstrafen bis zu einem Jahr oder Bussen bis zu Fr. 20'000.-- möglich waren. Bei Gewinnsucht konnte neu auf Zuchthaus bis zu fünf Jahren erkannt und bei fahrlässiger Tatbegehung konnten neu Bussen bis zu Fr. 10'000.-- ausgesprochen werden, anstatt nur bis zu Fr. 5'000.-- wie bis anhin¹⁵. Neu wurde auch das Anstaltentreffen strafbar¹⁶. Im Anschluss an die Neugestaltung des Betäubungsmittelrechts konnten dann die betreffenden internationalen Abkommen ratifiziert und in Kraft gesetzt werden¹⁷.

Am 20. März 1968 legte der BR der BVers zwei weitere Botschaften bezüglich des Betäubungsmittelrechts vor. Das 1961 abgeschlossene Einheitsübereinkommen, das erstmals eine grosse Anzahl künstlich hergestellter Produkte zu den Betäubungsmitteln zählte¹⁸, sollte ratifiziert werden und hiezu schien es angezeigt, das BetmG einer Änderung zu unterziehen¹⁹. Dies geschah am 18. Dezember 1968 und am 1. Januar 1970 traten die geänderten Bestimmungen in Kraft. Diesbezüglich wurde der Artikel 19 des BetmG dahingehend geändert, dass der unbefugte Anbau von alkaloidhaltigen Pflanzen oder von Hanfkraut *zur Betäubungsmittelgewinnung* sowie die Finanzierung bzw. die Vermittlung der Finanzierung des unerlaubten Betäubungsmittelverkehrs neu unter Strafe gestellt wurden.

C. Die Revision von 1975

1. Der Entwurf gemäss Botschaft 1973

Nachdem die Verurteilungen wegen Widerhandlungen gegen das BetmG bis Mitte der Sechzigerjahre grundsätzlich nur Medizinalpersonen und einige ehemalige Patienten, denen Betäubungsmittel als schmerzstillende Medikamente verschrieben worden waren, betraf, stiegen die Verurteilungen von deren neun im Jahr 1965 auf 367 im Jahr 1969 und auf 1024 im Jahr 1970 an; wohl bestand daneben eine ausserordentlich hohe Dunkelziffer²⁰. Die Änderungen von 1968 bzw. das Einheitsübereinkommen waren kaum in

¹³ Botschaft 1951, S. 844.

¹⁴ S. FN 12.

¹⁵ LÜTHI, S. 486; Botschaft 1951, S. 857.

¹⁶ Das Anstaltentreffen nach Art. 19 Ziff. 1 al. 6 umfasst den Versuch (vgl. Art. 22 Abs. 1 StGB) und gewisse qualifizierte vorgelagerte Vorbereitungshandlungen (vgl. Art. 260^{bis} StGB), s. FINGERHUTH/TSCHURR, N 93 zu Art. 19; THOMMEN, S. 148 ff.

¹⁷ S. Botschaft internationale Abkommen, S. 553 ff.

¹⁸ SR 0.812.121.0; SCHULTZ, strafrechtliche Behandlung I, S. 232; S. auch den Überblick über die eidgenössische Betäubungsmittelgesetzgebung bei WEISS, ZSR 1982, S. 63 ff. bzw. hinsichtlich des Einheitsübereinkommens S. 80 ff.

¹⁹ Botschaft 1968, S. 737 ff.; Botschaft Einheitsübereinkommen, S. 757 ff.; die Genehmigung des Einheitsübereinkommens erfolgte am 5. Dezember 1968, die Ratifikation fand am 23. Januar 1970 statt und am 22. Februar 1970 wurde das Abkommen in Kraft gesetzt.

²⁰ SCHULTZ, strafrechtliche Behandlung I, S. 229.

Kraft getreten, als sich gemäss den Ausführungen des BR in der Botschaft 1973 die Frage stellte, ob die rechtliche Regelung im BetmG im Hinblick auf den in beängstigendem Ausmass angestiegenen Missbrauch von Betäubungsmitteln noch genüge, was denn vom BR auch bezweifelt wurde²¹. Im Übrigen war im Dezember 1969 der bis anhin²² als straflos angesehene Konsum von Betäubungsmitteln vom Bundesgericht als strafbar erklärt worden, wenn denn dem Konsum eine Vorbereitungshandlung gemäss Art. 19 vorausgegangen war²³. Dieses Urteil löste heftige Diskussionen aus²⁴.

Die wichtigsten Neuerungen umfassten gemäss der Botschaft 1973 die folgenden Punkte²⁵: Neben der Kontrolle des legalen und illegalen Handels von Betäubungsmitteln wurden erstmals Massnahmen sozialmedizinischer und fürsorgerischer Art vorgeschlagen. Die Kantone sollten Einrichtungen schaffen, um durch Aufklärung und Beratung den Betäubungsmittelmissbrauch zu verhindern und sollten für die Betreuung von Betäubungsmittelkonsumenten sorgen, die medizinische oder fürsorgerische Hilfe benötigen. Sodann sollte der Bund Beiträge für die wissenschaftliche Erforschung der Wirkungsweise von Betäubungsmitteln, der Ursachen und Auswirkungen des Betäubungsmittelmissbrauchs sowie für die wissenschaftliche Forschung zur Bekämpfung des Betäubungsmittelmissbrauchs gewähren. Weiter sollten die Halluzinogene nicht mehr nur als betäubungsmittelähnliche Stoffe gelten, sondern den eigentlichen Betäubungsmitteln gleichgestellt werden. Diesbezüglich sollten auch die Amphetamine der Betäubungsmittelgesetzgebung unterstellt werden. Schliesslich sollte das Melderecht der Ärzte ausgebaut werden und eine Meldepflicht bei Gefährdung anderer Personen (z.B. im Strassenverkehr) eingeführt werden.

Weiter würden sich gemäss der Botschaft bei den Strafbestimmungen Änderungen aufdrängen. Diese sollten eine klare Trennung zwischen den Drogenhändlern und den Drogenkonsumenten bewirken²⁶. Bezüglich der ersteren Gruppe sollte entsprechend eine deutliche Erhöhung der angedrohten Strafen und bezüglich der zweiten eine entsprechende Privilegierung Eingang ins Gesetz finden²⁷.

So wurde in der Botschaft 1973 die Verschärfung der Strafandrohung bei *schweren* Fällen des unbefugten Betäubungsmittelverkehrs vorgeschlagen. Dabei sollten Strafen von bis zu 20 Jahren Zuchthaus oder Gefängnis nicht unter sechs Monaten ausgesprochen werden können, gegebenenfalls verbunden mit Bussen bis zu Fr. 500'000.--. Diesbezüglich gelte *beispielweise* als schwerer Fall nach Art. 19 Ziff. 2, wenn der Täter

²¹ Botschaft 1973, S. 1349 f.

²² BGE 86 IV 54.

²³ BGE 95 IV 179. Hiezu soll angemerkt werden, dass der Konsum von Betäubungsmitteln ohne eine Vorbereitungshandlung zu begehen faktisch nur geschehen kann, wenn jemand an einem Joint (den er nicht fabriziert hat!) mitraucht oder ein Stück Hanfkuchen isst (wenn der Kuchen von jemand anderem gebacken worden ist). Der Konsument durfte mithin z.B. den Stoff nicht erworben haben und keinen Besitz darüber ausgeübt haben.

²⁴ Z.B. SCHULTZ, strafrechtliche Behandlung I, S. 233 ff.; DERS., strafrechtliche Behandlung II, S. 229 ff.; BERTSCHI, S. 369 ff.; VONARBURG, S. 68 f.

²⁵ Botschaft 1973, S. 1351 f.

²⁶ Illustrativ LANDMANN, S. 164 ff.

²⁷ S. auch BBD-ALBRECHT, S. 183 ff.

„weiss oder annehmen muss, dass sich das unbefugte Handeln auf eine Menge von Betäubungsmitteln bezieht, die geeignet ist, die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr zu bringen;

als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur Ausübung des unerlaubten Betäubungsmittelverkehrs zusammengefunden hat;

gewerbmässig handelt.“

Weiter war geplant, neue Straftatbestände bezüglich der öffentlichen Aufforderung zum Betäubungsmittelkonsum und der öffentlichen Bekanntgabe von Gelegenheiten zum Erwerb oder Missbrauch von Betäubungsmitteln zu schaffen. Bei fahrlässiger Widerhandlung nach Art. 19 war im Übrigen vorgesehen, die Strafe bei Haft oder Busse bis Fr. 10'000.-- zu belassen.

Sodann sollte neu die kontroverse²⁸ Bestrafung des Eigenkonsums im Gesetz verankert werden. Der bis anhin grundsätzlich straflose Konsum, der jedoch seit Ende 1969 bzw. seit BGE 95 IV 179 vom BGer als Vergehen für strafbar angesehen wurde, sollte neu als Übertretung geahndet werden; dies in Abweichung zu den internationalen Abkommen, die die Bestrafung des Eigenkonsums gar nicht verlangten. Für den schweizerischen Betäubungsmittelgesetzgeber war ein solch eigenständiges Vorgehen bis anhin kein übliches.

Im Fall des erstmaligen Konsums war vorgesehen, dem Richter freizustellen, fakultativ anstelle einer Bestrafung eine Verwarnung auszusprechen. Zudem wurden die Vorbereitungshandlungen, die sich darin erschöpfen, den eigenen Konsum vorzubereiten oder durch unentgeltliche Abgabe von Betäubungsmitteln an andere den gleichzeitigen und gemeinsamen Konsum zu ermöglichen, als straflos erklärt, wenn es nur geringfügige Mengen betrifft. Dies wurde im Entwurf 1973 nicht in separaten Artikeln umschrieben, sondern unter Ziff. 5 des Art. 19 wie folgt zusammengefasst:

„Wer unbefugt Betäubungsmittel vorsätzlich konsumiert, wird mit Haft oder Busse bestraft. Ist jedoch der Täter vorher noch nie wegen einer Widerhandlung gegen dieses Gesetz verwarnt oder verurteilt worden, so kann die zuständige Behörde eine Verwarnung aussprechen. Handlungen, die sich darin erschöpfen, den eigenen Konsum vorzubereiten oder durch unentgeltliche Abgabe von Betäubungsmitteln an andere den gleichzeitigen Konsum zu ermöglichen, sind nicht strafbar, wenn sie nur geringfügige Mengen betreffen.“

2. Die Revision von 1975

Am 20. März 1975 wurde das revidierte BetmG verabschiedet und trat am 1. August 1975 in Kraft. Dabei waren hinsichtlich des Entwurfs 1973 die Strafandrohungen bezüglich des schweren Falls von sechs Monaten auf ein Jahr und die maximale Busse von Fr. 500'000.-- auf eine Million Franken erhöht worden. Zudem wurde die *fahrlässige* Widerhandlung gegen Art 19 dergestalt abgefasst, als dass neu auch auf ein Vergehen oder aber wie bis anhin auf eine blosser Übertretung erkannt werden konnte²⁹.

²⁸ Z.B. BBD-SCHULTZ, S. 21 ff.; ALBRECHT, Kommentar, N 9 ff. zu Art. 19a, m.w.Hw.; HUG-BEELI, Handbuch, S. 237 ff.

²⁹ Die Strafandrohung lautete auf Gefängnis bis zu einem Jahr, auf Haft oder auf Busse.

Bezüglich des tatbestandsmässigen Verhaltens wurden hinsichtlich Ziff. 1 keine wesentlichen Abänderungen verglichen mit der Botschaft 1973 vorgenommen. Bei Ziff. 2 lit. a wurde der Text geringfügig geändert, was inhaltlich jedoch unmassgeblich war. Ziff. 2 lit. b wurde nicht verändert und Ziff. 3 lit. c enger gefasst; anstelle der blossen Gewerbsmässigkeit wurde das Erfordernis des grossen Umsatzes bzw. des erheblichen Gewinns ins Gesetz aufgenommen³⁰.

Hinsichtlich der Privilegierung des neu explizit strafbaren Eigenkonsums wurde Art. 19 Ziff. 5 des Entwurfs 1973 dann zu den Art. 19a und 19b. Nach Art. 19b wurde die blossse Vorbereitungshandlung und die Abgabe zum gleichzeitigen und gemeinschaftlichen Konsum von der Strafbarkeit ausgenommen, wenn es nur geringfügige Mengen betrifft³¹. Der Konsum selber allerdings und die damit zusammenhängenden Widerhandlungen gegen Art. 19, falls sie ausschliesslich dem eigenen Konsum dienen und keine Dritten gefährden³², sind nach Art. 19a als Übertretung strafbar und zwar ungeachtet der Menge³³.

D. Die Auswirkungen der Revision von 1975

1. Betreffend Art. 19 Ziff. 1

Durch die ausführliche Aufzählung der Handlungen, die eine Strafbarkeit begründen, in Art. 19 Ziff. 1 werden wohl alle denkbaren Verhaltensweisen hinsichtlich des Umgangs mit Betäubungsmitteln abgedeckt³⁴. Darauf soll im Ganzen nicht weiter eingegangen werden, einzelne Problemfelder werden jedoch unten noch weiter erörtert; so z.B. die Bestimmung von Art. 19 Ziff. 1 al. 1 betreffend den Anbau von alkaloidhaltigen Pflanzen und Hanfkraut zur *Betäubungsmittelgewinnung* und auch den in der Lehre nicht unbestrittenen³⁵ Tatbestand des Anstaltentreffens nach Art. 19 Ziff. 1 al. 6³⁶.

³⁰ Ein grosser Umsatz ist gemäss BGE 129 IV 188 ab Fr. 100'000.-- erreicht; ein erheblicher Gewinn gemäss BGE 129 IV 253 ab Fr. 10'000.--.

³¹ Zum Begriff der Vorbereitungshandlung: Diese ist im Betäubungsmittelrecht umfassender wie im allgemeinen Strafrecht, wo zwischen Vorbereitungshandlung im Sinne von Art. 260^{bis} StGB und Versuch nach Art. 22 Abs. 1 StGB unterschieden wird. Im BetmG sind mit Vorbereitungshandlungen im Sinne von Art. 19a und 19b die Handlungen nach Art. 19 Ziff. 1 gemeint. S. dazu auch FINGERHUTH/TSCHURR, N 2 zu Art. 19b; SCHMID, S. 92.

³² FINGERHUTH/TSCHURR, N 2 zu Art. 19a, SCHMID, a.a.O.; ALBRECHT, Kommentar, N 28 f. zu Art. 19a, DERS., BJM 1983, S. 223, der auch Weitergabehandlungen darunter verstanden haben will; noch weitergehend LEUENBERGER, S. 24.

³³ FINGERHUTH/TSCHURR, N 2 f. zu Art. 19a; a.A. SCHÜTZ, S. 180 ff., der nur geringfügige Mengen als Privilegierung zulassen will.

³⁴ FINGERHUTH/TSCHURR, N 24 zu Art. 19.

³⁵ ALBRECHT, Kommentar, N 156 ff. zu Art. 19, m.w.Hw.

³⁶ Zum Tatbestand s. ALBRECHT, Kommentar, N 149 ff. zu Art. 19; FINGERHUTH/TSCHURR, N 93 und N 154 zu Art. 19.

2. Betreffend Art. 19 Ziff. 2

a. Die schweren Fälle im allgemeinen

Die qualifizierte Widerhandlung gegen das BetmG nach Art. 19 Ziff. 2 beinhaltet zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe, die von Lehre und Rechtsprechung zu konkretisieren waren. Insbesondere Art. 19 Ziff. 2 lit. a gab und gibt etwelche Schwierigkeiten auf, die umso bedeutsamer sind, als dass die Strafandrohung auf Zuchthaus oder Gefängnis nicht unter einem Jahr (bzw. seit der Revision des AT StGB per 1. Januar 2007 auf Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr) lautet. Insbesondere im Zusammenhang mit dem auslegungsbedürftigen Gesetzeswortlaut und der für abstrakte Gefährungsdelikte³⁷ hohen Strafandrohung³⁸ wurde seitens einiger Autoren, vereinzelt mit wiederkehrender Heftigkeit, das vollständige Versagen der Justiz hinsichtlich der Drogenpolitik beklagt³⁹. Teilweise wurde auch, weniger weitgehend, die missverständliche bzw. anwenderunfreundliche Gesetzgebung moniert⁴⁰.

In Art. 19 Ziff. 2 wird bei den lit. a, b und c aufgeführt, wie es zum schweren Fall kommt. Jedoch handelt es sich dabei aufgrund der Umschreibung *insbesondere* gemäss ständiger Rechtsprechung⁴¹ nicht um eine abschliessende Aufzählung⁴². D.h. es stellt sich entsprechend die Frage, durch welche Handlungen neben den drei im Gesetz aufgeführten Varianten der schwere Fall sonst noch verwirklicht werden kann. In den knapp 35 Jahren des Bestehens der Ziff. 2 kamen dann allerdings nur wenige (und zum Teil auch nur theoretische) Konstellationen hervor. Eine davon war der Fall der wiederholten Tatbegehung, wenn der Täter durch wiederholte Handlungen insgesamt, jedoch nicht mit der einzelnen Handlung alleine, eine Menge an Betäubungsmitteln umsetzt, die die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann⁴³. Weiter ist die vorsätzliche Beimischung eines giftigen bzw. akut gesundheitsgefährdenden Stoffes bzw. Streckmittels ein derartiger Anwendungsfall⁴⁴ und schliesslich wurde in der Lehre kontrovers diskutiert, ob die wiederholte Abgabe von Betäubungsmitteln an Jugendliche als schwerer Fall angesehen werden könne⁴⁵.

³⁷ FINGERHUTH/TSCHURR, N 1 zu Art. 19.

³⁸ ALBRECHT, ZStrR 1993, S. 138.

³⁹ ALBRECHT, plädoyer 1983, S. 7 f.; DERS., Reformatio, S. 254 ff.; DERS., plädoyer 1990, S. 26 ff.; DERS., ZStrR 1993, S. 138 ff.; DERS., AJP 1994, S. 565 ff.; BBD-ALBRECHT, S. 183 ff.; DERS., plädoyer 2004, S. 28 ff.; gl.M. JOSET, Drogenknast, S. 187 ff.; DERS., Drogenpolitik, S. 152 ff.; DERS., plädoyer 1991, S. 44 ff.; JOSET/ALBRECHT, S. 243 ff.; ähnlich: BBD-JENNY, S. 293 ff. und SCHULTZ, ZStrR 1995, S. 273 ff.; a.M. BAUMGARTNER/JANN-CORRODI, S. 186 ff.

⁴⁰ WEISS, ZStrR 1978, S. 191 ff., DIES., SJZ 1980, S. 205 ff.

⁴¹ Nachweise bei ALBRECHT, Kommentar, N 257 zu Art. 19.

⁴² HUG-BEELI, Rechtsprechung I, S. 57 f.; DERS., Rechtsprechung II, S. 92.

⁴³ BGE 114 IV 164; Nachweise bei FINGERHUTH/TSCHURR, N 199 zu Art. 19 und v.a. bei ALBRECHT, Kommentar, N 259 f. zu Art. 19.

⁴⁴ BGE 119 IV 180 (186); ALBRECHT, Kommentar, N 258 zu Art. 19; FINGERHUTH/TSCHURR, N 200 f. zu Art. 19.

⁴⁵ Dafür: HUG-BEELI, NZZ, S. 15; dagegen: ALBRECHT, Kommentar, N 261 zu Art. 19, mit Hw. u.a. auf WEISS, ZStrR 1978, S. 194; dagegen auch HANSJAKOB, NZZ, S. 16.

b. Der mengenmässig schwere Fall

Ein mengenmässig schwerer Fall liegt gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. a in objektiver Hinsicht vor, „wenn der Täter weiss oder annehmen muss, dass sich die Widerhandlung auf eine Menge von Betäubungsmitteln bezieht, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann“. Aufgrund der zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe⁴⁶ in dieser Bestimmung dauerte es einige Jahre, bis diesbezüglich eine gefestigte Praxis hervorgegangen war⁴⁷. Bezüglich der Anzahl Personen, die vorausgesetzt sind, um die Gesundheit vieler in Gefahr zu bringen, werden seit BGE 108 IV 63 bzw. seit 1982 darunter mindestens 20 Personen verstanden⁴⁸. Ein Jahr später wurde nach Hearings mit Experten in BGE 109 IV 143 festgesetzt⁴⁹, dass 12 Gramm Heroin oder 18 Gramm Kokain oder 4 Kilogramm Haschisch (dies wurde 1991 in BGE 117 IV 314 aber dahingehend geändert, dass bezüglich Cannabis kein schwerer Fall nach lit. a mehr auftreten kann⁵⁰) oder 200 Trips LSD die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen können. Diesbezüglich wurde 1985 in BGE 111 IV 100 entschieden, dass es hinsichtlich dieser Mengen nicht auf den Reinheitsgrad ankomme⁵¹, was jedoch 1993 in BGE 119 IV 180 dergestalt geändert wurde, als dass fortan auf den reinen Wirkstoff abzustellen war⁵².

In subjektiver Hinsicht ist Vorsatz gefordert, wobei Eventualvorsatz genügt. Der Täter muss das Bewusstsein haben, dass seine gehandelte Drogenmenge geeignet ist, die Gesundheit vieler Menschen zu gefährden⁵³. Eine mangelhafte Vorstellung über die genaue Menge (und somit auch über den Reinheitsgrad und die chemische Zusammensetzung) an Betäubungsmitteln gilt als unbeachtlicher Subsumtionsirrtum⁵⁴. Es sei diesbezüglich das Beispiel erwähnt, wo Täter A.E. ein Kilogramm Kokaingemisch mit 50% Wirkstoff (wie er meint) an jemanden verkaufen will. Tatsächlich beinhaltet das Kilogramm jedoch nur 10 Gramm reinen Wirkstoff. Wie sieht es nun mit der Strafbarkeit von A.E. aus? Für die Annahme des schweren Falls müssen neben den subjektiven jedoch auch die objektiven Voraussetzungen erfüllt worden sein. Denn wenn in objektiver Hinsicht Ziff. 2 lit. a nicht erfüllt ist, entfällt eine Strafbarkeit nach Art. 19 Ziff. 2 lit. a, weil es sich dabei nur um eine Strafzumessungsregel handelt und keine Tatbestandsmerkmale genannt werden⁵⁵.

Bezüglich des obigen Beispiels bzw. der Anwendung von Art. 19 Ziff. 2 lit. a nimmt ALBRECHT an, dass bei unter den Grenzmengen gehandelten Mengen ein Anstaltentref-

⁴⁶ Illustrativ NIGGLI, S. 376.

⁴⁷ BBD-ALBRECHT, S. 187.

⁴⁸ Zur Berechnungsmethode des BGer s. nur FINGERHUTH/TSCHURR, N 167 zu Art. 19; zur Gesundheitsgefährdung s. JENNY, ZSR 1982, S. 112 f.

⁴⁹ ALBRECHT, Kommentar, N 207 zu Art. 19.

⁵⁰ ALBRECHT, plädoyer 1992, S. 28 f.

⁵¹ S. auch STAUB, S. 562 ff.; HANSJAKOB, SJZ 1994, S. 57 f.

⁵² Für einen Überblick über die Rechtsprechung des BGer: HUG-BEELI, ZStrR 1997, S. 249 ff.

⁵³ ALBRECHT, Kommentar, N 230 ff. zu Art. 19.

⁵⁴ ALBRECHT, a.a.O. Die allgemeine Qualifikation des Verkaufs von Scheindrogen ist ausnehmend umstritten: Gemäss dem BGer liegt ein Putativdelikt vor: BGE 119 IV 180, bestätigt in BGE 122 IV 360. Nach ALBRECHT betrifft es einen Fall des Anstaltentreffens: Kommentar N 146 zu Art. 19. FINGERHUTH/TSCHURR sehen dies als untauglichen Versuch an: N 49 zu Art. 19 (m.w.Hw., unter anderem auf die Botschaft 1973, S. 1368).

⁵⁵ BGE 122 IV 360 (363): „Die subjektive Vorstellung des Täters kann die fehlende objektive Voraussetzung nicht ersetzen. Es besteht insofern eine Analogie zum Wahndelikt (BGE 119 IV 180 E. 2d, wo Entsprechendes zur 12-Gramm-Grenze bei Heroin gesagt wurde). Daran ist festzuhalten.“ A.A. ALBRECHT, Kommentar, N 195 zu Art. 19.

fen hinsichtlich des mengenmässig schweren Falls vorliegt. Unter anderem SCHÜTZ plädiert jedoch für einen untauglichen Versuch und das BGer nimmt ein (strafloses) Putativdelikt an und wendet den Grundtatbestand an⁵⁶. Dieser letzteren Auffassung ist zuzustimmen, da mit ihr zum einen der bundesgerichtlichen Forderung der restriktiven Auslegung von Art. 19 Ziff. 2 ohne weiteres nachgelebt werden kann⁵⁷ und sie zum anderen ausgesprochen praktikabel ist. Hinsichtlich des obigen Beispiels wäre also die Strafbarkeit von A.E. nur wegen Verstosses nach Art. 19 Ziff. 1 gegeben.

c. Die bandenmässig verübten Delikte

Die zweite explizit aufgeführte Variante der schweren Widerhandlung gegen das BetmG betrifft die Bandenmässigkeit. Gemäss geltender Rechtsprechung⁵⁸ umfasst dieser Begriff dasselbe Verhalten wie im Vermögensstrafrecht, auch wenn das *fortgesetzte* Verüben keinen Eingang in den Gesetzestext gefunden hat. D.h. es ist Bandenmässigkeit anzunehmen, wenn zwei oder mehr Täter sich mit dem ausdrücklich oder konkludent geäusserten Willen zusammengefunden haben, in Zukunft bei mehreren konkretisierten oder auch noch nicht konkretisierten Straftaten zusammenzuwirken⁵⁹.

d. Die gewerbsmässig verübten Delikte

Der dritte, ausdrücklich aufgeführte Tatbestand betrifft die Gewerbsmässigkeit. Gemäss Botschaft 1973, S. 1367/1377, wurde nur erwähnt *wenn der Täter gewerbsmässig handelt*. Der Gesetzgeber nahm jedoch noch den grossen Umsatz bzw. den erheblichen Gewinn in Art. 19 Ziff. 2 lit. c auf; dieser wurde vom BGer bei Fr. 100'000.-- bzw. bei Fr. 10'000.-- festgesetzt⁶⁰.

⁵⁶ FINGERHUTH/TSCHURR, N 181 zu Art. 19, mit Hw. auf ALBRECHT, Kommentar, N 235 ff. zu Art. 19, und auf SCHÜTZ, S. 160 f.; BGE 119 IV 180 (186) und BGE 122 IV 360, bestätigt bezüglich Art. 19 Ziff. 2 lit. c in BGE 129 IV 188, E. 3.3; s. auch die Übersicht von Lösungsvorschlägen bezüglich BGE 119 IV 180 bei HANSJAKOB, AJP 1994, S. 1479 ff.

⁵⁷ BGE 125 IV 90.

⁵⁸ BGE 106 IV 227 (233).

⁵⁹ Nachweise bei ALBRECHT, Kommentar, N 241 zu Art. 19, der selber für eine erheblich restriktivere Auslegung der Bandenmässigkeit im Betäubungsmittelverkehr eintritt; gl.M. wie das BGer: FINGERHUTH/TSCHURR, N 182 zu Art. 19.

⁶⁰ S. oben, FN 30.

II. Die gescheiterte Revision von 2001/2004

A. Die allgemeinen Ziele der Revision 2001/2004

Nachdem 1995 noch geringfügige (strafrechtlich unmassgebliche) Änderungen vorgenommen worden waren⁶¹, legte der BR mit Datum vom 9. März 2001 der BVers eine Botschaft zur Änderung des BetmG vor. Darin wurde einleitend im Wesentlichen Folgendes ausgeführt⁶²:

Mit der Revision von 1975 verlor das BetmG seinen Charakter als reines Stoffkontrollgesetz, indem erstmals sozialmedizinische und fürsorgerische Massnahmen Aufnahme fanden. Mit den damaligen Bestimmungen versuchte der Gesetzgeber, den zunehmenden Drogenproblemen wirksamer und gezielter zu begegnen. Seither hat sich die Suchtproblematik in der Schweiz entscheidend verändert.

Ab Mitte der Achtzigerjahre nahm die Zahl der Abhängigen von Betäubungsmitteln und die Anzahl der Gelegenheitskonsumenten deutlich zu⁶³. Seit Mitte der Neunzigerjahre deuten die Zahlen auf eine Stabilisierung des Konsums harter Drogen hin; beim Heroin wurde ein leichter Rückgang verzeichnet, beim Kokain eine leichte Zunahme. Allerdings wies der Cannabiskonsum wie in den meisten europäischen Ländern eine steigende Tendenz auf. Weiter traten in spezifischen Szenen (z.B. Technoszene) Designerdrogen auf und breiteten sich rasch aus.

Das Auftreten der Immunschwäche AIDS setzte den Konsumenten, die Drogen injizieren, einem zusätzlichen Risiko aus und rief nach gezielten präventiven Massnahmen. Die Ende der Achtziger-, anfangs der Neunzigerjahre entstandenen offenen Drogenszenen lösten im Weiteren heftige öffentliche und politische Debatten aus und zwangen die betroffenen Städte zur Suche nach geeigneten Massnahmen, um die Problematik zu entschärfen und die Bevölkerung zu entlasten. Dazu gehörten u.a. die Abgabe von Spritzen, die Schliessung der offenen Drogenszenen oder der Ausbau von Hilfsangeboten. Der Bund erliess zudem 1991 das erste Massnahmepaket Drogen (MaPaDro) und ermöglichte die Abgabe von Heroin an Schwerstsuchtige⁶⁴.

⁶¹ Dies im Zusammenhang mit der Genehmigung des Übereinkommens über psychotrope Stoffe von 1971 (SR 0.812.121.02) und der Genehmigung des Zusatzprotokolls von 1972 zur Änderung des Einheitsübereinkommens von 1961 (SR 0.812.121.01); s. hierzu Botschaft 1994, S. 1273 ff. Weiter wurde dem Parlament Ende November 1995 die Botschaft hinsichtlich der Genehmigung des Betäubungsmittelübereinkommens von 1988 (SR 0.812.121.03) vorgelegt; die Genehmigung erfolgte dann per Bundesbeschluss vom 16. März 2005. Im Dezember 2005 trat das Übereinkommen von 1988 in Kraft. S. dazu auch Botschaft 2001, S. 3723 und Botschaft 2006, S. 8582 f.

⁶² Botschaft 2001, S. 3717 ff.

⁶³ Anzahl Verurteilungen im Jahr 1980: ca. 8000; im Jahr 1990: ca. 18500; im Jahr 2000: ca. 46500. Nachweise in der Botschaft 2001, S. 3720, und bei VAUCHER/BAARLI, S. 43.

⁶⁴ Art. 8 Abs. 6-8 und Art. 8a; Bundesbeschluss über die ärztliche Verschreibung von Heroin vom 9. Oktober 1998 (AS 1998, S. 2293 f.), in Kraft bis längstens 31. Dezember 2004, verlängert bis am 31. Dezember 2009 durch Art. 1 des Bundesgesetzes über die Verlängerung des Bundesbeschlusses über die ärztliche Verschreibung von Heroin vom 20. Juni 2003 (AS 2004, S. 4387); Verordnung vom 8. März 1999 über die ärztliche Verschreibung von Heroin (SR 812.121.6).

Darauffolgend entstand ein nationales Konzept hinsichtlich des Umgangs mit der Drogenproblematik: das Vier-Säulen-Modell bzw. -Prinzip⁶⁵, welches das in den Siebzigerjahren entwickelte Drei-Säulen-Modell, bestehend aus Repression, Prävention und Therapie, ablöste. Das Vier-Säulen-Prinzip beinhaltet⁶⁶:

- Prävention (Verhinderung des Einstiegs in den unbefugten Drogenkonsum)
- Therapie und Wiedereingliederung (Behandlung und Reintegration von Drogenabhängigen)
- Schadenminderung und Überlebenshilfe (Risikoverminderung und Überlebenshilfe für Abhängige in der Suchtphase)
- Kontrolle und Repression (strafrechtliche Verfolgung der unbefugten Produktion, des unbefugten Verkehrs und des unbefugten Konsums der dem Gesetz unterstellten Stoffe sowie Kontrolle des befugten Umgangs mit Drogen zur Vermeidung von Abzweigungen)

Das Vier-Säulen-Prinzip fand breite Unterstützung in Politik und Fachkreisen⁶⁷. Die entwickelte Stossrichtung wurde denn auch bis dahin dreimal vom Stimmvolk gutgeheissen⁶⁸. Die Umsetzung dieser Massnahmen wurden allesamt im Rahmen des geltenden BetmG vollzogen. Die nun vorgeschlagene Revision war gemäss der Botschaft 2001 weitgehend der gesetzliche Nachvollzug dessen, was sich in den letzten Jahren entwickelt hatte. Das Gesetz sollte mithin der Realität angepasst werden. Die Hauptpunkte der Revision waren gemäss Botschaft 2001⁶⁹:

- Entkriminalisierung des Cannabiskonsums
- Verstärkung des Jugendschutzes⁷⁰
- Gezielte Verstärkung der Repression in ausgewählten Bereichen
- Praktikable Regelung für Anbau, Fabrikation und Handel betreffend Cannabis
- Vereinheitlichung des Vollzugs

Gemäss der Botschaft 2001 würden die meisten dieser Änderungen keine einschneidende Auswirkungen auf die Praxis haben, nur beim Umgang mit der Cannabisproblematik dränge sich aufgrund der geschätzten 500'000.-- regelmässigen oder gelegentlichen Cannabiskonsumenten eine Neuorientierung auf. Einerseits sei aufgrund dieser Gege-

⁶⁵ S. Art. 1a nBetmG.

⁶⁶ Botschaft 2001, S. 3723; Beiträge insbesondere in medizinischer Sichtweise hiezu bei Saner, S. 165 ff.

⁶⁷ S. z.B. HUG-BEELI, Handbuch, S. 63 ff.; BBD-MÖRIKOFER-ZWEZ, S. 279 ff.; anschaulich: MEROTTO, S. 72 ff. und 119 ff.

⁶⁸ Ablehnung der Volksinitiative „Jugend ohne Drogen“ am 28. September 1997 mit 70.7% der Stimmen; Ablehnung der Volksinitiative „für eine vernünftige Drogenpolitik“ am 29. November 1998 mit 74.0% der Stimmen; Zustimmung zum Bundesbeschluss über die ärztliche Verschreibung von Heroin am 13. Juni 1999 mit 54.4% Stimmen.

⁶⁹ Botschaft 2001, S. 3718.

⁷⁰ S. z.B. KILLIAS, S. 395 ff.

benheit der Vollzug der geltenden Regelung bzw. der Vollzug der Bestrafung des Cannabiskonsums mit vernünftigem Aufwand nicht zu gewährleisten. Zudem seien die gesundheitlichen Risiken bei moderatem Konsum von Cannabis gegenüber legalen Substanzen (angesprochen waren dabei wohl insbesondere der Alkohol und der Tabak) nicht grösser. Daher liege die Aufhebung der Strafbarkeit des Konsums und der Vorbereitungshandlungen bezüglich Cannabis dazu nahe.

Weiter habe das geltende Gesetz hinsichtlich der Bekämpfung des Anbaus von Drogenhanf sowie der Herstellung und des Verkaufs von Cannabisprodukten deutliche Schwächen, was zu einem uneinheitlichen und aufwendigen Vollzug sowie zu einem kaum zu kontrollierenden Graumarkt führe. Mittels der vorgeschlagenen Regelung soll so dem BR (im Rahmen des Gesetzes sowie auf dem Verordnungsweg) die Kompetenz gegeben werden, dass unter gegebenen Umständen auf eine entsprechende Strafverfolgung verzichtet werden könne.

B. Die gescheiterte Revision der Strafbestimmungen 2001/2004

1. Ausgangslage

In der Botschaft 2001 bezüglich der Revision der Strafbestimmungen wird aufgeführt⁷¹, dass es fraglich bleibe, ob die Strafbarkeit des Drogenkonsums dessen Ausdehnung verhindere. Die Hauptziele der Repression im Betäubungsmittelbereich seien die Bekämpfung des illegalen Handels, des organisierten Verbrechens und der Geldwäscherei. Ob die Bekämpfung des Drogenkonsums abschreckend wirke, sei umstritten. 1975 sei die Strafbarkeit des Konsums primär aus fürsorgerischen Gründen ins Gesetz aufgenommen worden. In der Folge sei sie jedoch insbesondere aus ordnungspolitischen und generalpräventiven Überlegungen angewendet worden. Die Strafbarkeit des Konsums könne sich im Weiteren vor allem bei Jugendlichen je nach Intensität und Ausgestaltung der Strafverfolgung aufgrund der Kriminalisierung und ev. Stigmatisierung nachteilig auswirken.

Weiter werden die Cannabisprodukte als dergestalt angesehen, als dass sie bezüglich anderer Betäubungsmittel wie z.B. Heroin oder Kokain eine Sonderstellung einnehmen: Im Bereich Cannabis würden die Wirklichkeit und die gesetzlichen Bestimmungen auseinanderklaffen. Weiter könne mit Verweis auf den Cannabisbericht der EKDF der Cannabiskonsum durch Verbote nicht eingeschränkt werden. Weiter sei, anders noch als 1975, Cannabis keine Einstiegsdroge und als weniger gesundheitsschädigend als Alkohol oder Tabak⁷² einzustufen. Dann wird ausgeführt, dass in den Neunzigerjahren der Hanf als Nutzpflanze wieder entdeckt worden sei, der, wenn er nicht dem Gewinn von Betäubungsmitteln diene, nicht dem Strafrecht unterworfen sei (Art. 19 Ziff. 1 al. 1). Der entsprechende Nachweis gestalte sich jedoch nach wie vor als schwierig. Es sei in den letzten Jahren jedenfalls ein eigentliches Netzwerk für Anbau, Produktion und Ver-

⁷¹ Botschaft 2001, S. 3731 ff.

⁷² Was sich jedoch insofern widerspricht, als dass Cannabis, sofern es geraucht wird (was meistens der Fall sein dürfte), in aller Regel mit Tabak vermischt wird und dieser natürlich auch mitgeraucht wird.

trieb von Cannabisprodukten entstanden⁷³. In diesen würden allerlei Cannabisprodukte umgesetzt, wovon zahlreiche illegal seien.

2. Die Ziele der Revision 2001/2004 in strafrechtlicher Hinsicht

a. Der Entwurf 2001

Im Entwurf 2001 waren unter anderem folgende Bestimmungen vorgesehen:

E-Art. 8 Abs. 1 Bst. d

¹Die folgenden Betäubungsmittel dürfen nicht angebaut, eingeführt, hergestellt oder in Verkehr gebracht werden:

- d. Betäubungsmittel des Wirkungstyps Cannabis.

E-Art. 19

¹Mit Gefängnis oder Busse wird bestraft, wer:

- a. Betäubungsmittel unbefugt anbaut, herstellt oder sonstwie erzeugt;
- b. Betäubungsmittel unbefugt lagert, versendet, befördert, einführt, ausführt oder durchführt;
- c. Betäubungsmittel unbefugt veräussert, verordnet, sonstwie einem andern verschafft oder in Verkehr bringt;
- d. Betäubungsmittel unbefugt besitzt, aufbewahrt, erwirbt oder sonstwie erlangt;
- e. den unerlaubten Handel mit Betäubungsmitteln finanziert oder seine Finanzierung vermittelt;
- f. zu einer Widerhandlung nach den Buchstaben a–e Anstalten trifft.

²Der Täter wird mit Zuchthaus oder mit Gefängnis nicht unter einem Jahr bestraft, wenn er:

- a. weiss oder annehmen muss, dass die Widerhandlung mittelbar oder unmittelbar die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann;
- b. als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Ausübung des unerlaubten Betäubungsmittelhandels zusammengefunden hat;
- c. durch gewerbsmässigen Handel einen grossen Umsatz oder einen erheblichen Gewinn erzielt.

³In den Fällen nach Absatz 2 kann die Freiheitsstrafe mit einer Busse bis zu 1 Million Franken verbunden werden.

⁴Der Richter kann in folgenden Fällen die Strafe nach freiem Ermessen mildern:

- a. bei einer Widerhandlung nach Absatz 1 Buchstabe f;
- b. bei einer Widerhandlung nach Absatz 2, wenn der Täter von Betäubungsmitteln abhängig ist und diese Widerhandlung zur Finanzierung des eigenen Betäubungsmittelkonsums hätte dienen sollen.

⁵(...)

E-Art. 19a

Mit Gefängnis und Busse wird bestraft, wer einer Person unter 16 Jahren ohne medizinische Indikation Betäubungsmittel anbietet, abgibt oder sonstwie zugänglich macht.

E-Art. 19b

Mit Busse wird bestraft, wer Betäubungsmittel vorsätzlich ohne medizinische Indikation konsumiert oder hierzu eine Widerhandlung im Sinne von Artikel 19 Absatz 1 begeht. Vorbehalten bleibt Artikel 19c.

⁷³ Womit wohl die damals weitverbreiteten Hanfläden gemeint sind.

E-Art. 19c

Nicht strafbar ist, wer:

- a. Betäubungsmittel des Wirkungstyps Cannabis konsumiert;
- b. für den eigenen Konsum von Betäubungsmitteln des Wirkungstypes Cannabis eine Widerhandlung im Sinne von Artikel 19 Absatz 1 Buchstaben a und d begangen hat, ohne dadurch den Konsum Dritter zu ermöglichen.

E-Art. 19d

¹ Der Bundesrat kann nach Anhörung der Kantone Prioritäten der Strafverfolgung von Handlungen festlegen. Hierfür kann er die allgemeine Pflicht zur Verfolgung bestimmter Widerhandlungen innerhalb des gesetzlichen Rahmens von Artikel 19e–19f beschränken.

² Der Bundesrat regelt die Einzelheiten im Sinne der Artikel 19e–19f.

E-Art. 19e

Beschränkt der Bundesrat nach Artikel 19d die Pflicht zur Verfolgung strafbarer Handlungen, die den nicht medizinisch indizierten Konsum von Betäubungsmitteln nach Artikel 19b betreffen, so ist von polizeilichen Ermittlungen, der Eröffnung eines Strafverfahrens, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung abzusehen, wenn:

- a. die sichergestellten Betäubungsmittel für den eigenen Konsum bestimmt sind;
- b. der Konsum nicht in der Öffentlichkeit erfolgt; und
- c. die Widerhandlung des Täters den Konsum eines Dritten nicht ermöglicht.

E-Art. 19f

¹ Beschränkt der Bundesrat nach Artikel 19d die Pflicht zur Verfolgung strafbarer Handlungen nach Artikel 19 Absatz 1, welche Betäubungsmittel des Wirkungstyps Cannabis betreffen, so ist von polizeilichen Ermittlungen, der Eröffnung eines Strafverfahrens, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung wegen strafbarer Handlungen abzusehen, wenn der Täter:

- a. Betäubungsmittel des Wirkungstyps Cannabis, soweit sie keine erhöhten Risiken für die Gesundheit bergen, in geringen Mengen an Personen über 18 Jahren abgibt oder verkauft, auch gewerbsmässig, sofern dadurch die öffentliche Ordnung nicht gefährdet, keine Werbung betrieben und keine Ein- und Ausfuhr ermöglicht wird;
- b. glaubhaft macht, dass die Widerhandlung, namentlich der Anbau, das Herstellen, Erwerben und Lagern von Betäubungsmitteln des Wirkungstyps Cannabis, auf eine Veräusserung im Sinne von Buchstabe a gerichtet ist oder mit ihr zusammenhängt.

² Der Bundesrat beschränkt die Strafverfolgungspflicht dieser Widerhandlungen nur insoweit, als der Schutz der öffentlichen Ordnung gewährleistet bleibt sowie öffentliche Ansammlungen, Ausfuhren und grenzüberschreitender Handel vermieden werden. Er kann zu diesem Zweck Vorschriften erlassen, namentlich über Grösse und Ausgestaltung der Anbauflächen, Anzahl und Lage von Verkaufsstellen, die Buchführungspflichten und persönlichen Verhältnisse des Täters.

³ Er regelt, wie die Einhaltung der Vorschriften gemäss Absatz 2 überprüft werden.

⁴ Die Kantone können mit Rücksicht auf örtlich unterschiedliche Verhältnisse diese Bestimmungen einschränken, namentlich betreffend Anzahl und Lage von Anbauflächen und Verkaufsstellen.

E-Art. 136 StGB

Verabreichen gesundheitsgefährdender Stoffe an Kinder

Wer einem Kind unter 16 Jahren alkoholische Getränke oder andere Stoffe in einer Menge, welche die Gesundheit gefährden kann, verabreicht oder zum Konsum zur Verfügung stellt, wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft.

b. Einzelne Bemerkungen zu den Strafartikeln des Entwurfs 2001⁷⁴

aa. Anbau von Hanf zur Betäubungsmittelgewinnung

Art. 19 Ziff. 1 al. 1 des geltenden Rechts (Anbau von alkaloidhaltige Pflanzen oder Hanfkraut zur Betäubungsmittelgewinnung) soll i.V.m. E-Art. 8 Abs. 1 lit. d zu Recht gestrichen werden. Dies würde dazu führen, dass nicht mehr nachgewiesen werden müsste, wozu Hanf angebaut wurde, sondern es könnte auf den THC-Gehalt⁷⁵ abgestellt werden, um Industrie- und Drogenhanf zu unterscheiden.

bb. Öffentliche Aufforderung zum Betäubungsmittelkonsum

Die 1975 eingeführte Bestimmung von Art. 19 Ziff. 1 al. 7 wurde kommentarlos gestrichen. Es wurde damit derzeit die Propaganda für den Konsum von Betäubungsmitteln unter Strafe gestellt. Bezüglich der Meinungsäusserungsfreiheit erwies sich die Anwendung dieser Tatbestandsvariante jedoch ohnehin als problematisch⁷⁶.

cc. Zum schweren Fall im allgemeinen

Auch im Entwurf 2001 sind qualifizierte Widerhandlungen gegen das BetmG aufgeführt, E-Art. 19 Abs. 2. Die Strafandrohungen bleiben gleich wie bis anhin, es sind Freiheitsstrafen zwischen 1 und 20 Jahren vorgesehen. Die Erläuterungen in der Botschaft 2001 zu E-Art. 19 Abs. 2 sind diesbezüglich jedoch äusserst dürftig. So wurde insbesondere nicht einmal darauf hingewiesen, ob bei der Neuformulierung die explizit aufgeführten Fälle (mengenmässig/bandenmässig/gewerbsmässig) die einzigen Tatbestandsvarianten sind⁷⁷. Denn neu fehlt eine Umschreibung der weiteren Fälle wie im geltenden Recht durch die Wendung: „ein schwerer Fall liegt insbesondere vor“. Nun kann man sich mit Verlaub die Frage stellen, ob der BR neben den drei expliziten keine weiteren qualifizierten Fälle mehr vorsehen wollte oder ob er der Meinung war, dass das geltende Recht diesbezüglich weiter gelten soll. Aufgrund dessen, dass in der Botschaft 2001 nichts erwähnt ist, eine Plenardebatte darüber im StR nicht stattfand⁷⁸ (der NR war gar nicht auf die Revision 2001/2004 eingetreten) und die Botschaft 2006 und die Stellungnahme BR 2006 sich ebenfalls nicht darüber äusserten⁷⁹, kann die Auffassung vertreten werden, dass sich gegenüber dem geltenden Recht diesbezüglich nichts ändern soll.

⁷⁴ S. hierzu auch Botschaft 2001, S. 3772 ff.

⁷⁵ Dieser liegt derzeit gemäss der Sortenkatalog-Verordnung, Anhang 4 (SR 916.151.6) bei Industriehanf bei 0.3%, gemäss der FIV bei Lebensmittel bei 0.005%; s. auch BGE 126 IV 198; weitere Nw. bei FIN-GERHUTH/TSCHURR, N 16 zu Art. 8; HUG-BEELI, Rechtsprechung III, S. 19 f.

⁷⁶ ALBRECHT, Kommentar, N 93 zu Art. 19, m.w.Hw.

⁷⁷ Botschaft 2001, S. 3773.

⁷⁸ Das einzige, was zu E-Art. 19 Abs. 2 gesagt wurde, war eine Erläuterung von Kommissionssprecherin StR Beerli, AB 2001 S 990: „Absatz 2 definiert den schweren Fall und sagt, wann besonders schwere, scharfe Strafen ausgesprochen werden sollen.“

⁷⁹ Botschaft 2006, S. 8612 f.

Diese Meinung schlägt m.E. jedoch fehl⁸⁰. Nur schon aus dem Grundsatz der Legalität (*nulla poena sine lege*) und dem Gesichtspunkt des Bestimmtheitsgebots (*lex stricta* bzw. *certa*) nach Art. 1 StGB kann bzw. darf neben den drei aufgeführten Fällen keine weitere qualifizierte Strafbarkeit abgeleitet werden⁸¹.

dd. Der ehemals mengenmässig schwere Fall

Im Entwurf 2001 wurde bezüglich Art. 19 Ziff. 2 lit. a des geltenden Rechts auf den Mengenbegriff verzichtet⁸². Die Botschaft 2001 führt hiezu aus, dass die Qualifikation grösstenteils dem geltenden Recht entspreche. Jedoch sei der Mengenbezug aufgegeben worden, da nicht alleine die Menge als Kriterium für die stoffinhärente Gesundheitsgefährdung⁸³ herangezogen werden solle. Folgende diesbezügliche Risiken müssten ebenfalls in Erwägung gezogen werden: Gefahr der Überdosierung, problematische Applikationsform, Mischkonsum, etc.⁸⁴ Der Verzicht auf den Mengenbegriff hatte wohl den Hintergrund, dass diesbezüglich seit der Revision von 1975 anhaltend Diskussionen und Unsicherheiten einhergingen, so z.B. hinsichtlich der Grenzwerte, dem zu berücksichtigenden Reinheitsgrad oder der z.T. vorgenommenen schematischen Strafzumessung⁸⁵. Was bedeutet nun der Verzicht auf den Mengenbegriff? Spielt die abgesetzte Drogenmenge nun keine Rolle mehr und kommt es nur noch darauf an, ob die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr gebracht werden konnte? Hiezu sei hinten auf den Punkt III.B.2.b.bb. verwiesen.

ee. Der bandenmässig begangene schwere Fall

Beim schweren Fall wurde bei der Variante Bandenmässigkeit das Wort *fortgesetzt* in den Entwurf aufgenommen (E-Art. 19 Abs. 2 lit. b), um damit explizit festzusetzen, dass damit dieselbe Regelung hinsichtlich der Bandenmässigkeit wie im Vermögensstrafrecht bzw. im allgemeinen Strafrecht⁸⁶ gelten soll. Diese Änderung im Gesetzestext wäre eine Nachführung dessen, was ohnehin praktiziert wird, und hätte im Rechtsalltag keine Auswirkungen.

ff. Fakultative Strafmilderung hinsichtlich des Anstaltentreffens

Bei der Strafbarkeit der Widerhandlung gegen das BetmG wird durch das Anstaltentreffen die Strafbarkeit vor das Versuchsstadium gelegt⁸⁷. Das Anstaltentreffen umfasst

⁸⁰ S. auch HUG-BEELI, NZZ, S. 15 und HANSJAKOB, NZZ, S. 16.

⁸¹ TRECHSEL/JEAN-RICHARD, N 1, 7 und 20 zu Art. 1; s. auch ALBRECHT, Kommentar, N 257 zu Art. 19.

⁸² Eine Aufhebung des ganzen Art. 19 Ziff. 2 lit. a war von einem Teil der Lehre gefordert worden: s. nur ALBRECHT, Kommentar, N 238 ff. zu Art. 19.

⁸³ Zur Gesundheitsgefahr, die gemäss dem BGer eine naheliegende und ernstliche sein muss: BGE 125 IV 90.

⁸⁴ Botschaft 2001, S. 3773.

⁸⁵ Ausführlich zur Festlegung der Grenzmenen: ALBRECHT, Kommentar, N 205 ff. zu Art. 19 und dessen Kritik in den N 238 ff. S. hinsichtlich des Mengenbegriffs auch FINGERHUTH/TSCHURR, N 165 ff. zu Art. 19.

⁸⁶ ALBRECHT, Kommentar, N 241 ff. zu Art. 19.

⁸⁷ S. zum Versuch z.B. BSK-JENNY, N 10 zu Art. 22.

daneben auch den Versuch selber⁸⁸, der nach allgemeinem Strafrecht der fakultativen Strafmilderung unterliegt (Art. 22 Abs. 1 StGB). Da im BetmG nicht nur die Strafmilderung des Versuchs ausgeschlossen ist (da er im Anstaltentreffen aufgeht bzw. dort umfasst ist) und ein Anstaltentreffen bereits die Strafbarkeit auslöst, rechtfertigt es sich, dafür eine Strafmilderung vorzusehen (E-Art. 19 Abs. 4 lit. a). Diese sollte bezüglich Handlungen, die noch nicht im Versuchsstadium sind, quasiobligatorisch ausgestaltet werden, wenn man bedenkt, dass im allgemeinen Strafrecht die Vorbereitungshandlungen nur bei schweren Verbrechen strafbar sind (vgl. Art. 260^{bis} StGB)⁸⁹.

gg. Fakultative Strafmilderung für Drogensucht bei qualifizierten Fällen

Nach E-Art. 19 Abs. 4 lit. b soll ein weiterer fakultativer Strafmilderungsgrund eingeführt werden. Wenn der Täter abhängig von Betäubungsmitteln ist, soll er bei einer Widerhandlung gegen E-Art. 19 Abs. 2, d.h. bei qualifizierter Widerhandlung gegen das BetmG, milder bestraft werden können, wenn seine entsprechenden Verfehlungen dazu dienen, seine Drogensucht zu finanzieren.

Schon bei der Revision 1975 wurde hinsichtlich der Neufassung der Strafbestimmungen immer wieder das Ziel genannt, die nichtsüchtigen und profitorientierten Drogenhändler härter zu bestrafen⁹⁰. Insbesondere ALBRECHT moniert dabei jedoch, dass dieses Ziel nicht erreicht worden sei, die Grenzwerte für den schweren Fall seien viel zu tief angesetzt und es würden so vor allem Kleindealer, die meistens selber süchtig seien, vom qualifizierten Tatbestand erfasst⁹¹. Ob mit dieser Regelung entsprechende Fortschritte gemacht werden, wird sich weisen. Es sei an dieser Stelle aber die Frage aufgeworfen, wie *süchtig* überhaupt definiert werden soll. Weiter ob graduelle Abstufungen der Sucht (und der damit zusammenhängenden Strafmilderung) vorgenommen werden sollen und ob ein Strafmilderungsgrund überhaupt notwendig ist, wenn bei einem Suchtverhalten ohnehin regelmässig die Schuld vermindert ist (s. Art. 19 Abs. 2 StGB).

hh. Aufhebung der Strafbarkeit der fahrlässigen Widerhandlung

Im BetmG von 1924 wurde die fahrlässige Widerhandlung mit Busse bis Fr. 5'000.-- bestraft. Nach der Fassung von 1951 wurde Haft oder Busse bis Fr. 10'000.-- vorgesehen, was in der Revision 1975 dergestalt verschärft wurde, als dass entweder wie bis anhin auf eine Übertretung oder aber neu auf Gefängnis bis zu einem Jahr erkannt werden konnte. Im Entwurf 2001 wurde jedoch vorgesehen, dass die fahrlässige Widerhandlung gegen das BetmG zu streichen sei bzw. die Strafbarkeit wurde vielmehr nicht mehr aufgeführt. ALBRECHT hatte diesbezüglich schon seit längerem (nicht erstaunlich) *de lege ferenda* die Streichung von Art. 19 Ziff. 3 gefordert⁹². Aufgrund dessen, dass die Bedeutung der Norm sowieso nicht gross ist⁹³ und die Strafbarkeit des (Eventual-) Vor-

⁸⁸ FINGERHUTH/TSCHURR, N 93 zu Art. 19.

⁸⁹ Für vollständige Aufhebung der Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen rechtspolitisch kaum gangbar, rechtsdogmatisch jedoch korrekt: ALBRECHT, Kommentar, N 159 zu Art. 19.

⁹⁰ Botschaft 1973, S. 1367.

⁹¹ ALBRECHT, Kommentar, N 214 ff. zu Art. 19, m.w.Hw.

⁹² ALBRECHT, Kommentar, N 272 ff. zu Art. 19; so auch schon in der Voraufgabe im Jahr 1995: N 215 ff. zu Art. 19.

⁹³ FINGERHUTH/TSCHURR, N 204 zu Art. 19.

satzes schon früh einsetzt, scheint die Aufhebung der Strafbarkeit der fahrlässigen Widerhandlung gegen das BetmG ein durchaus gangbarer Weg zu sein⁹⁴.

ii. Einführung eines Jugendschutzartikels

Gemäss der Botschaft 2001 soll mit E-Art. 19a ein expliziter Jugendschutzartikel, basierend auf Art. 136 StGB, ins BetmG eingeführt werden. Mit der Strafandrohung Gefängnis *und* Busse soll dabei bestraft werden, wer einer Person unter 16 Jahren ohne medizinische Indikation Betäubungsmittel anbietet. Die Botschaft 2001 spricht diesbezüglich davon, dass hinsichtlich der geplanten Strafbefreiung des Cannabiskonsums die Bestrafung der Betäubungsmittelabgabe an Jugendliche härter erfolgen müsse. Weiter soll Art. 136 StGB daher dergestalt angepasst werden, als dass dort die Betäubungsmittel nicht mehr erfasst sind.

Diese Ziele mögen hehr sein, jedoch würde es m.E. kaum weniger Verfehlungen bezüglich der Abgabe von Drogen an Jugendliche unter 16 Jahren geben, nur weil Gefängnis *und* Busse anstelle von nur einer Sanktion angedroht wird. Um Menschen in generalpräventiver Hinsicht von der entsprechenden Widerhandlung abzuhalten, würde es weitaus schärferer Sanktionen bedürfen als neu Gefängnis *und* Busse, wenn denn der Ansicht gefolgt wird, dass scharfe Strafen potentielle Täter von der entsprechenden Deliktsbegehung abhalten⁹⁵. Schliesslich würde die entsprechende separate Bestimmung im BetmG einen Täter kaum stärker von einer Widerhandlung abhalten, als wenn das Verbot im StGB aufgeführt ist.

jj. Strafbarkeit des Betäubungsmittelkonsums

E-Art. 19b beschreibt die geplante Strafbarkeit des Betäubungsmittelkonsums. Dieser bleibt gemäss dem Entwurf 2001 strafbar, solange nicht der BR von der in E-Art. 19e aufgeführten Möglichkeit der Einschränkung der Strafbarkeit des Konsums Gebrauch gemacht hat. Nicht strafbar wäre gemäss E-Art. 19c lit. a der Cannabiskonsum. Die Strafandrohung beim Konsum wäre von Haft oder Busse auf nurmehr Busse zurückgenommen worden, was seit dem 1. Januar 2007 bzw. dem Inkrafttreten des revidierten AT StGB unerheblich geworden wäre, da seitdem bei Übertretungen ohnehin nur noch Bussen vorgesehen sind (s. Art. 103 StGB).

⁹⁴ A.M. HUG-BEELI, NZZ, S. 15, der m.E. eher grundlos befürchtet, dass Transporteure von Drogenpaketen fortan nicht mehr bestraft werden können, wenn sie behaupten, die Drogen seien ihnen untergejubelt worden. Ob einem Reisenden aber überhaupt eine Pflicht auferlegt werden kann, andauernd darauf zu schauen, dass ihm niemand Drogen ins Gepäck legt, scheint mir doch fraglich zu sein und es werden diesbezüglich kaum Verurteilungen wegen fahrlässigen Verhaltens erfolgen. Die entsprechende Problematik liegt denn auch vielmehr beim Nachweis des Vorsatzes. So auch HANSJAKOB, NZZ, S. 16. S. auch HUG-BEELI, Rechtsprechung II, S. 157 ff.

⁹⁵ S. z.B. LANDMANN, S. 84 ff.

kk. Strafflosigkeit des Cannabiskonsums und der Vorbereitungshandlungen

E-Art. 19c sah (gemäss dem Wortlaut) die generelle Strafflosigkeit des Konsums von Cannabisprodukten und der diesbezüglichen Vorbereitungshandlungen nach E-Art. 19 Abs. 1 lit. a und d vor, wenn damit kein Konsum Dritter ermöglicht wird. Bis zum Entscheid 95 IV 179 des BGer im Jahr 1969 war der Konsument von Betäubungsmitteln nicht bestraft worden, auch wenn dem Konsum eine Handlung nach Art. 19 vorausging, z.B. durch Kauf oder Besitz. Nachdem das BGer jedoch im genannten Entscheid diese dem Konsum vorausgehenden Handlungen unter Strafe gestellt haben wollte, blieb für den reinen Konsum wenig (rechtlicher) Raum mehr⁹⁶.

Nachdem sich der Drogenverkehr ab Ende der Sechzigerjahre rasch ausweitete und der Gesetzgeber dieser Verbreitung mit härteren Strafen entgegenwirken wollte, wurde, politisch durchwegs verständlich, rechtsdogmatisch jedoch problematisch, eine Norm in den Entwurf 1973 genommen, die explizit den Konsum unter Strafe stellen wollte. Mit geringfügigen Änderungen wurden dann die derzeit immer noch in Kraft stehenden Art. 19a und 19b verabschiedet.

Interessanterweise wurde auf S. 3776 der Botschaft 2001 eine Einschränkung von E-Art. 19c beschrieben: Entsprechend holländischer Erfahrungen könne in der Regel eine Menge, die über einen Wochenbedarf bzw. über 30 Gramm Cannabis hinausgehe, nicht mehr als Eigenbedarf angesehen werden. Es wird dabei wohl auf die Rechtsprechung zum geltenden Art. 19b Bezug genommen bzw. auf die Frage, ob noch eine geringe Menge vorliege oder nicht mehr⁹⁷. Hiezu jetzt eine solche (30 Gramm-) Regelung aufzustellen, wäre m.E. allerdings heikel. Denn beim strafbaren Eigenkonsum nach E-Art. 19b (analog geltendem Art. 19a) wird explizit keine Menge festgelegt, die als Eigenkonsum gelten würde, d.h. die Menge kann auch (wie bis anhin) eine grosse sein⁹⁸. Beim straflosen Eigenkonsum nach E-Art. 19c hingegen sollen nur noch 30 Gramm Cannabis straflos sein, obschon im Entwurfstext nichts von Geringfügigkeit erwähnt ist. M.E. hätte bezüglich E-Art. 19c entweder auf eine maximale Menge, die der Täter besitzen kann, verzichtet werden oder die Grenzmenge hätte im Gesetz aufgeführt werden müssen.

Seit der Strafbarkeit des Drogenkonsums gemäss dem BGE von 1969 bzw. seit der entsprechenden Gesetzesrevision im Jahr 1975 wurde, wie vorhin erwähnt, immer wieder mit rechtsdogmatisch guten Gründen (dabei sei beispielsweise das Stichwort strafbare Selbstgefährdung genannt) die Strafflosigkeit des Betäubungsmittelkonsums gefordert⁹⁹. Aus gesundheitlichen Gründen muss wohl jedoch am Verbot des Drogenkonsums bzw. zumindest am Verbot des Konsums harter Drogen festgehalten werden. Politisch ist im Übrigen ein strafloser Drogenkonsum zur Zeit auch gar nicht mehrheitsfähig, was durch die Ablehnung der Hanfinitiative am 30. November 2008 mit 63.3% Nein-Stimmen und

⁹⁶ S. oben FN 23; SCHÜTZ, S. 170 ff. Vgl. den nun geltenden Art. 19b.

⁹⁷ Nachweise bei ALBRECHT, Kommentar, N 13 ff. zu Art. 19b; s. auch BGE 124 IV 184.

⁹⁸ S. zum geltenden Recht: ALBRECHT, Kommentar, N 17 zu Art. 19a.

⁹⁹ Allen voran ALBRECHT, Kommentar, N 3 ff. zu Art. 19a; DERS., NZZ, S. 15; SCHULTZ, strafrechtliche Behandlung I, S. 233 ff.; THOMMEN, S. 180; BERNASCONI, S. 161 ff.; BBD-SCHILD, S. 205 ff.; vgl. auch LAUTERBURG, S. 5 f.; a.A. HUBER, S. 90 ff. und gemäss Botschaft 2001, S. 3737, auch HUG-BEELI, DERS., Handbuch, S. 289 ff.

durch alle Kantone (nicht überraschend) sinngemäss bestätigt wurde¹⁰⁰. Ob die Legalisierung jedoch nur des Cannabiskonsums beim Stimmvolk politisch durchsetzbar wäre, ist gegenwärtig zumindest fraglich.

II. Konsumlegalisierung und kontrollierter Cannabishandel

E-Art. 19d wollte dem BR die Kompetenz geben, auf Verordnungsstufe nach Anhörung der Kantone Prioritäten bei der Strafverfolgung hinsichtlich des Konsums von Drogen ausser dem Typ Cannabis, der ohnehin nach E-Art. 19c straffrei werden sollte, festzulegen.

Nebenbei sei erwähnt, dass die Botschaft 2001 m.E. bezüglich der neuen Strafbestimmungen (S. 3775-3781) so abgefasst ist, dass der Eindruck vermittelt werden soll, dass es unter dem neuem Recht in vielerlei Hinsicht beim Angestammten bleibe. Wahrscheinlich ging es darum, den Parlamentariern die Revision schmackhaft zu machen bzw. ihnen die Angst zu nehmen, dem Cannabismarkt würden fortan die Schleusen geöffnet. Störend ist m.E. am Botschaftsgedanken 2001 grundsätzlich Folgendes: Entweder zielt die Botschaft darauf ab, am Angestammten festzuhalten und dieses wird sodann als bewährt verteidigt oder aber es wird Reformbedarf ausgewiesen und dann sollte das Neue als das Bessere als das Angestammte hingestellt werden. Ansonsten man sich effektiv fragen muss, warum denn Neues eingebaut werden soll, wenn doch das Alte besser ist.

mm. Strafflosigkeit des Betäubungsmittelkonsums

Wenn der BR nach E-Art. 19d von der Kompetenz Gebrauch macht, den Betäubungsmittelkonsum unter gegebenen Umständen für straffrei zu erklären, werden diesbezüglich Rahmenbedingungen festgesetzt, und zwar derart, dass es sich nur um Betäubungsmittel für den eigenen Konsum handeln dürfe, dass der Konsum nicht in der Öffentlichkeit erfolge und dass kein Konsum Dritter ermöglicht werde (E-Art. 19e).

Dass nach dem Entwurf 2001 hinsichtlich des Konsums von Betäubungsmitteln ausser Cannabis die Grenzen des Erlaubten durch das Verbot des Konsums in der Öffentlichkeit enger gesetzt werden sollten als beim Cannabiskonsum, ist nachvollziehbar, hat aber m.E. einen widersprüchlichen Aspekt: wenn der Drogenkonsum erlaubt sein soll, wieso ist er es nur im Geheimen und warum kann er nicht in der Öffentlichkeit erfolgen? Sollen andere, insbesondere Jugendliche, den Drogenkonsum aus präventiven

¹⁰⁰ Bei der Hanfinitiative ging es im Wesentlichen um den straffreien Hanfanbau und straffreien Hanfkonsum. Ein Art. 105a hätte dergestalt in die BV aufgenommen werden sollen:

¹ *Der Konsum psychoaktiver Substanzen der Hanfpflanze sowie ihr Besitz und Erwerb für den Eigenbedarf sind straffrei.*

² *Der Anbau von psychoaktivem Hanf für den Eigenbedarf ist straffrei.*

³ *Der Bund erlässt Vorschriften über Anbau, Herstellung, Ein- und Ausfuhr von sowie Handel mit psychoaktiven Substanzen der Hanfpflanze.*

⁴ *Der Bund stellt durch geeignete Massnahmen sicher, dass dem Jugendschutz angemessen Rechnung getragen wird. Werbung für psychoaktive Substanzen der Hanfpflanze sowie Werbung für den Umgang mit diesen Substanzen sind verboten.*

Gründen nicht sehen? Entweder ging es dem BR um Prävention oder aber er versuchte damit, das Parlament milde zu stimmen. Oder aber es hat damit zu tun, dass der BR eigentlich gar keine Straffreiheit wollte, sondern sich einfach mit der Realität abfindet, dass Drogen konsumiert werden, ob sie verboten sind oder nicht. Und wenn sie schon konsumiert werden, soll dies bitte nicht in der Öffentlichkeit geschehen.

nn. Kontrollierter Cannabishandel

Wenn der BR gemäss E-Art. 19d beschliessen sollte, die Verfolgung strafbarer Handlungen im Zusammenhang mit dem Cannabishandel zu beschränken, würden nach E-Art. 19f diesbezüglich mehr oder minder enge Grenzen gesetzt werden¹⁰¹:

Bezüglich der Cannabisabgabe muss es sich um geringe Mengen an Personen über 18 Jahre handeln, wobei die gewerbsmässige Abgabe erlaubt sein soll (was widersprüchlich anmutet und wahrscheinlich auch ist). Dies, wenn die öffentliche Ordnung nicht gefährdet ist (was einen erheblichen Interpretationsspielraum offen lässt), keine Werbung betrieben und keine Ein- und Ausfuhr ermöglicht wird (E-Art. 19f lit. a). Weiter muss der Anbau, das Lagern etc. von Cannabis auf eine Veräusserung im Sinne von lit. a gerichtet sein, was glaubhaft gemacht werden muss (E-Art. 19f lit. b). Dem BR ist nach E-Art. 19f Abs. 2 auferlegt, die Strafverfolgungspflicht nur insoweit zu beschränken, als dass der Schutz der öffentlichen Ordnung gewährleistet bleibt. Weiter müssen öffentliche Ansammlungen, die Ausfuhr und der grenzüberschreitende Handel vermieden werden. Schliesslich können die Kantone die vom BR beschlossenen Bestimmungen einschränken (E-Art. 19f Abs. 4).

M.E. folgerichtig ist es, bezüglich der Festlegung der Straflosigkeit des Cannabiskonsums Möglichkeiten der legalen Beschaffung vorzusehen¹⁰². Verständlich und zu Recht müssen hierbei enge Rahmenbedingungen geschaffen werden, ansonsten die Gefahr des Cannabistourismus entsteht, solange zumindest in den umliegenden Staaten nicht auch ähnliche Regelungen aufgestellt werden.

oo. Aufhebung der versuchten Anstiftung zum Drogenkonsum

Ohne dass in der Botschaft 2001 entsprechende Bemerkungen gemacht worden wären, wurde die Strafbarkeit der *versuchten* Anstiftung zum Betäubungsmittelkonsum nicht mehr vorgesehen, mithin der geltende Art. 19c inhaltlich gestrichen. Die *versuchte* Anstiftung zu einer Übertretung ist nach allgemeinem Strafrecht nicht strafbar und bedeutete im Betäubungsmittelrecht eine kaum sachgerechte Ausweitung der Strafbarkeit. Was die *vollendete* Anstiftung zu einer Übertretung betrifft, wäre diese ohnehin durch Art. 104 i.V.m. Art. 105 Abs. 2 i.V.m. Art. 24 StGB geregelt. Das inhaltliche Streichen von Art. 19c ist kaum von Bedeutung, insbesondere aufgrund dessen, als dass die Bestimmung ohnehin wenig praktische Relevanz hatte¹⁰³.

¹⁰¹ Hiezu ausführlich die Botschaft 2001, S. 3778 ff.

¹⁰² S. auch schon JOSET, Drogenpolitik, S. 166.

¹⁰³ BSK-HEIMGARTNER, N 5 zu Art. 105; ALBRECHT, Kommentar, N 3 zu Art. 19c.

3. Resultat der parlamentarischen Debatten

Als Erstrat beschäftigte sich der StR am 12. Dezember 2001 mit der Botschaft 2001. Es wurde hiezu ausgeführt, dass die Hauptziele der Betäubungsmittelgesetzrevision die Festsetzung des Viersäulenprinzips und die Entkriminalisierung des Cannabiskonsums seien. Weiter wurde genannt, dass der Cannabishandel kontrolliert freigegeben werden soll und gegenüber den harten Drogen eine konsequente und harte Haltung vertreten werde¹⁰⁴. Ohne Gegenantrag wurde Eintreten auf die Vorlage beschlossen. Nach kurzer Diskussion wurde beschlossen, E-Art. 8 Abs. 1 lit. d dahingehend abzuändern, als dass *zur Betäubungsmittelgewinnung* gestrichen wurde. Bei den Straftatbeständen wurde E-Art. 19 diskussionslos angenommen. Bei E-Art. 19a wurde das Alter der betroffenen Personen nach Antrag der Kommission oppositionslos auf 18 Jahre erhöht. Bezüglich der Straffreiheit des Konsums von Cannabis wurde ein Minderheitsantrag, der darauf verzichten wollte, mit 32:8 Stimmen abgelehnt¹⁰⁵. Hinsichtlich des Konsums der übrigen Betäubungsmittel schlug die Kommission vor, nicht wie im Entwurf angegeben, dem BR die Kompetenz zu geben, unter gegebenen Umständen Straffreiheit zu beschliessen, sondern es wurde beschlossen, diesbezüglich mehr oder weniger das System des geltenden Art. 19a anzuwenden. Dem BR die Kompetenz zu geben, den kontrollierten Cannabishandel zuzulassen, wurde praktisch getreu dem Wortlaut des Entwurfs zugestimmt. Mit 25:0 Stimmen wurde die Revision schliesslich einstimmig angenommen.

Am Nachmittag des 24. September 2003 befasste sich dann der NR mit der Vorlage. Sechs Nichteintretensanträge (Liberale Fraktion, SVP-Fraktion, NR Schenk, Waber, Guisan und Maître) waren eingereicht worden, dazu kamen vier Rückweisungsanträge (NR Neirynek, Leuthard, Studer und Wasserfallen). Nach langen Debatten, die sich, wie zu erwarten war, vornehmlich um die notwendige bzw. nicht notwendige Revision der Strafbestimmungen drehten, wurde tags darauf nicht auf die Vorlage eingetreten (mit 89:96 Stimmen).

So war der StR wieder an der Reihe, der am Morgen des 2. März 2004 diesbezüglich zusammentrat. Die StR Hofmann und Schwaller hatten den Antrag gestellt, sich dem NR anzuschliessen und nicht auf die Vorlage einzutreten. Nach ähnlich gelagerten Diskussionen wie im NR wurde Ende des Morgens sodann mit 28:12 Stimmen aber erneut Eintreten beschlossen.

Am Nachmittag des 14. Juni 2004 führte der NR seinerseits zum zweiten Mal die Eintretensdebatte. Die Kommission hatte hiezu mit 12:11 Stimmen beschlossen, nicht auf die Vorlage einzutreten. Dazu waren zwei Rückweisungsanträge gestellt worden (NR Fattebert und Studer). NR Humbel Näf argumentierte für die Kommission¹⁰⁶, dass die Stossrichtung verfehlt sei, da unterschätzt werde, dass immer mehr Süchtige in der Schweiz leben würden, ob sie jetzt von legalen oder illegalen Drogen abhängig seien. Dem könne nicht mit der Freigabe von bisher verbotenen Stoffen begegnet werden. Weiter werde die Situation durch den in den letzten Jahren stark angestiegenen THC-Wert in Cannabisprodukten verschärft. Dann treffe nicht zu, dass sich Süchtige nur selber schaden würden, denn ihr Umfeld sei davon auch betroffen. NR Humbel Näf führte

¹⁰⁴ S. z.B. Kommissionssprecherin StR Beerli, AB 2001 S 972 und StR Frick, AB 2001 S 975.

¹⁰⁵ AB 2001 S 992 ff.

¹⁰⁶ AB 2004 N 1038 f.

weiter aus, dass es illusorisch sei, mit der Legalisierung von weichen Drogen könnten diese vom Markt der harten Drogen getrennt werden. Weiter sei die Kommission der Ansicht, dass Prävention und Jugendschutz besser gewährleistet seien, wenn das Konsumverbot aufrechterhalten werde. Schliesslich sei die Verträglichkeit der geplanten Änderungen des BetmG mit internationalen Betäubungsmittelabkommen problematisch. Letztlich wurde noch ausgeführt, dass durch die Liberalisierung in Europa ein falsches Zeichen gesetzt werde und die Schweiz zu einem Drogenumschlagplatz werden würde. NR Wehrli führte in der Debatte aus, dass die CVP-Fraktion nicht auf die Vorlage eintrete und stattdessen eine parlamentarische Initiative einreiche. Es seien hiezu drei wesentliche Elemente vorgesehen¹⁰⁷: (1) Der Konsum bleibe strafbar, Cannabiskonsum werde jedoch im Ordnungsbussenverfahren behandelt. (2) Das Viersäulenprinzip soll im Gesetz verankert werden. (3) Weitergehende Verbesserungen von Prävention und Jugendschutz sowie konsequente Verfolgung des Handels sollen beschlossen werden.

Nach intensiver Debatte wurde spätabends mit 92:102 Stimmen erneut das Nichteintreten beschlossen, womit die Revision gescheitert war.

¹⁰⁷ AB 2004 N 1046.

III. Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes in der Fassung vom 20. März 2008

A. Der Gesetzesentwurf 2006

1. Ziele und Schwerpunkte der Revision 2006

Am 4. Mai 2006 wurde dem Parlament eine neue Vorlage zur Revision des BetmG vorgelegt, die jedoch nicht vom BR verfasst wurde, sondern von der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des NR. Vorgängig waren drei parlamentarische Initiativen (von den Fraktionen der CVP und der Grünen sowie von NR Waber) sowie eine Petition eingereicht worden. Die dabei vorgeschlagene Revision des BetmG umfasste die mehrheitsfähigen Teile der gescheiterten Vorlage von 2001/2004, insbesondere war dabei die Cannabisproblematik ausgeklammert worden. Mit der Revision 2006 sollte hauptsächlich die Viersäulenpolitik¹⁰⁸ ins BetmG aufgenommen werden, dazugehörend die gesetzliche Verankerung der bis anhin befristeten heroingestützten Behandlung. Weiter sollten der Jugendschutz und die Prävention verstärkt sowie die ärztliche Verschreibung von Cannabisprodukten ermöglicht werden¹⁰⁹.

Im Entwurf 2006 wurden der BVers unter anderem folgende Bestimmungen vorgeschlagen:

E-Art. 8 Abs. 1 nBetmG

- d. Betäubungsmittel des Wirkungstyps Cannabis, davon ausgenommen sind entsprechende Betäubungsmittel, welche als Wirkstoffe in Arzneimitteln eingesetzt werden und über eine Zulassung des Instituts verfügen.*

E-Art. 19 nBetmG

¹Mit Freiheits- oder Geldstrafe wird bestraft, wer:

- a. Betäubungsmittel unbefugt anbaut, herstellt oder auf andere Weise erzeugt;*
- b. Betäubungsmittel unbefugt lagert, versendet, befördert, einführt, ausführt oder durchführt;*
- c. Betäubungsmittel unbefugt veräussert, verordnet, auf andere Weise einem andern verschafft oder in Verkehr bringt;*
- d. Betäubungsmittel unbefugt besitzt, aufbewahrt, erwirbt oder auf andere Weise erlangt;*
- e. den unerlaubten Handel mit Betäubungsmitteln finanziert oder seine Finanzierung vermittelt;*
- f. öffentlich zum Betäubungsmittelkonsum auffordert oder öffentlich eine Gelegenheit zum Erwerb oder Konsum von Betäubungsmitteln bekannt gibt;*
- g. zu einer Widerhandlung nach den Buchstaben a–f Anstalten trifft.*

²Der Täter wird mit einer Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr und allenfalls einer Geldstrafe bis zu 1 Million Franken bestraft, wenn er:

- a. weiss oder annehmen muss, dass die Widerhandlung mittelbar oder unmittelbar die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann;*
- b. als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Ausübung des unerlaubten Betäubungsmittelhandels zusammengefunden hat;*
- c. durch gewerbsmässigen Handel einen grossen Umsatz oder einen erheblichen Gewinn erzielt;*
- d. in Ausbildungsstätten oder in ihrer unmittelbaren Umgebung gewerbsmässig Betäubungsmittel anbietet, abgibt oder auf andere Weise zugänglich macht.*

¹⁰⁸ Botschaft 2006, S. 8586 f.

¹⁰⁹ Zu den Hauptgründen und den Schwerpunkten der Revision s. Botschaft 2006, S. 8587 ff.

³ Das Gericht kann in folgenden Fällen die Strafe nach freiem Ermessen mildern:

- a. bei einer Widerhandlung nach Absatz 1 Buchstabe g;
- b. bei einer Widerhandlung nach Absatz 2, wenn der Täter von Betäubungsmitteln abhängig ist und diese Widerhandlung zur Finanzierung des eigenen Betäubungsmittelkonsums hätte dienen sollen.

⁴ (...)

E-Art. 19a¹ nBetmG

Mit Freiheitsstrafe und Geldstrafe wird bestraft, wer einer Person unter 18 Jahren ohne medizinische Indikation Betäubungsmittel anbietet, abgibt oder auf andere Weise zugänglich macht.

Minderheitsantrag: ...unter 16 Jahren...

E-Art. 19b nBetmG

Wer nur eine geringfügige Menge eines Betäubungsmittels für den eigenen Konsum vorbereitet oder zur Ermöglichung des gleichzeitigen und gemeinsamen Konsums einer Person von mehr als 18 Jahren unentgeltlich abgibt, ist nicht strafbar.

Minderheitsantrag: Wer nur eine geringfügige Menge eines Betäubungsmittels für den eigenen Konsum vorbereitet oder zur Ermöglichung des gleichzeitigen und gemeinsamen Konsums unentgeltlich abgibt, ist nicht strafbar.

E-Art. 136 StGB

Verabreichen gesundheitsgefährdender Stoffe an Kinder

Wer einem Kind unter 16 Jahren alkoholische Getränke oder andere Stoffe in einer Menge, welche die Gesundheit gefährden kann, verabreicht oder zum Konsum zur Verfügung stellt, wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft.

Am 29. September 2006 gab der BR dem Parlament eine Stellungnahme hinsichtlich der Botschaft 2006 ab¹¹⁰. Bezüglich der Strafbestimmungen führte er im Wesentlichen aus, dass die Anpassungen der Strafandrohungen hinsichtlich des revidierten AT StGB, der anfangs 2007 in Kraft treten werde, nicht korrekt seien. Entsprechend werde beantragt, dass die Strafandrohungen in E-Art. 19 Abs. 1 und E-Art. 19a nBetmG so formuliert werden sollen: „Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer...“. Betreffend E-Art. 19 Abs. 2 lit. d schlug der BR vor, nach dem Wort Ausbildungsstätten noch *vorwiegend für Jugendliche* einzufügen, um klarzustellen, dass diesbezüglich nicht z.B. Universitäten gemeint sind.

2. Allgemeine Bemerkungen zu den Strafartikeln des Entwurfs 2006

a. Gestrichener Art. 19 Ziff. 1 al. 1 i.V.m. E-Art. 8 Abs. 1 lit. d nBetmG/zur Betäubungsmittelgewinnung

Wie schon bei den Revisionsbestrebungen 2001/2004 wurde zu Recht wieder das Anliegen der Strafverfolgungsbehörden berücksichtigt, dass die geltende Formulierung *Hanfkräuter zur Betäubungsmittelgewinnung* zu grossen Beweisproblemen führt. Daher wurde entsprechend in E-Art. 8 Abs. 1 lit. d nBetmG und in E-Art. 19 Abs. 1 nBetmG darauf verzichtet.

¹¹⁰ Stellungnahme BR 2006, S. 8645 ff.

b. E-Art. 19 Abs. 1 lit. f nBetmG/öffentliche Aufforderung zum Betäubungsmittelkonsum

Der im Entwurf 2001 nicht mehr vorgesehene Tatbestand der öffentlichen Aufforderung zum Betäubungsmittelkonsum und der öffentlichen Bekanntgabe für Gelegenheiten zum Erwerb oder Konsum von Betäubungsmitteln nach Art. 19 Ziff. 1 al. 8 des geltenden Rechts wurde im Entwurf 2006 (merkwürdigerweise) kommentarlos wieder aufgeführt.

c. Eine neue Variante des schweren Falls: E-Art. 19 Abs. 2 lit. d nBetmG

Mit der Revision 2006 sollte, wohl aus Gründen des Jugendschutzes, ein neues Qualifikationsmerkmal Eingang in das BetmG finden: Dabei soll strafbar sein, wer in Ausbildungsstätten oder in ihrer unmittelbaren Umgebung *gewerbsmässig* Drogen anbietet, abgibt oder auf andere Weise zugänglich macht. Die Botschaft 2006 führte hiezu aus¹¹¹: Was mit Ausbildungsstätten gemeint sei, werde der Richter zu entscheiden haben, klar sei jedoch, dass damit Schulen gemeint seien, die vorwiegend Minderjährige ausbilden, und nicht Hochschulen. Es sei nicht der Täter gemeint, der im Einzelfall an solchen Orten gegen das BetmG verstosse, sondern für die Qualifikation müssen die Widerhandlungen gewerbsmässig begangen werden. Dabei sei auf die allgemeine Definition der Gewerbsmässigkeit abzustellen¹¹².

d. Die fakultativen Strafmilderungsgründe nach E-Art. 19 Abs. 3 nBetmG

Auch im Entwurf 2006 wurden die fakultativen Strafmilderungsgründe wegen Anstaltentreffens und wegen Drogensucht des Täters qualifizierter BetmG-Widerhandlungen unverändert zum Entwurf 2001 wieder aufgenommen.

e. Aufhebung des Fahrlässigkeitstatbestands nach Art. 19 Ziff. 3

Gleich wie im Entwurf 2001 soll gemäss dem Revisionsentwurf 2006 auf die Strafbarkeit der fahrlässigen Widerhandlung gegen das BetmG verzichtet werden.

f. Der Jugendschutzartikel von E-Art. 19a¹ nBetmG

Dieser Artikel wurde gegenüber dem Entwurf 2001 dergestalt verändert, als dass sich strafbar macht, wer Personen unter 18 Jahren, anstelle gemäss dem Entwurf 2001 unter 16 Jahren, ohne medizinische Indikation Betäubungsmittel abgibt oder zugänglich macht. Gemäss Botschaft 2006 stehe diese Strafbestimmung im Einklang mit den Be-

¹¹¹ Botschaft 2006, S. 8613 f.

¹¹² Zur Gewerbsmässigkeit s. BSK-NIGGLI/RIEDO, N 81 ff. zu Art. 139.

strebungen, Drittschädigungen durch Betäubungsmittelkonsum zu verhindern und die Repression gegen Drogenhändler, die an Jugendliche Betäubungsmittel abgeben, zu verstärken¹¹³.

g. Strafflosigkeit der Vorbereitungshandlungen und der Abgabe bei Geringfügigkeit nach E-Art. 19b nBetmG

Dieser Artikel entspricht, ausser dass es Personen unter 18 Jahren betrifft, dem geltenden Art. 19b. Bezüglich der Konkurrenz mit E-Art. 19a¹ nBetmG wird ausgeführt, dass E-Art. 19b nBetmG ersterem systematisch nachgeordnet sei und ihm daher grundsätzlich vorgehe, wenn dies vom Wortlaut her nicht eindeutig ausgeschlossen werde¹¹⁴.

h. Versuchte und vollendete Anstiftung zum Drogenkonsum

Im Entwurf 2001 war vorgesehen, die *versuchte* Anstiftung zum Betäubungsmittelkonsum für straflos zu erklären; die *vollendete* Tatausführung wäre ja schon gemäss Art. 104 i.V.m. Art. 105 Abs. 2 i.V.m. Art. 24 StGB geregelt. Genauso wie diesbezüglich damals keine Bemerkungen zum Verzicht auf die Strafbarkeit gemacht worden waren, war im Entwurf 2006 die Strafbarkeit kommentarlos wieder enthalten bzw. Art. 19c sollte beibehalten werden.

B. Die neuen Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes gemäss der Fassung vom 20. März 2008

1. Die parlamentarische Debatte

a. Im Nationalrat

Am Morgen vom 14. Dezember 2006 befasste sich der NR als Erstrat mit der Vorlage hinsichtlich der Revision des BetmG. Die Kommissionssprecherin NR Jaqueline Fehr führte im Wesentlichen aus, dass die Viersäulenpolitik, und diesbezüglich insbesondere die Heroinabgabe, ins BetmG aufgenommen werden soll. Die Cannabisfrage, die zur politischen Blockade geführt habe, werde in dieser Vorlage ausgeklammert¹¹⁵. Nach längerer Diskussion wurde ohne Gegenantrag Eintreten beschlossen und mit der Detailberatung begonnen. Am 20. Dezember 2006 wurden die Beratungen weitergeführt. Nachdem eifrig über die Zwecke des Gesetzes und über die Heroinabgabe diskutiert worden waren, kamen die Strafbestimmungen an die Reihe. NR Waber wollte mit seinem Antrag (der mit 116:58 Stimmen abgelehnt wurde) hinsichtlich des E-Art. 19 nBetmG im Grundsatz am geltenden Recht festhalten. Hauptsächlich sollten beim

¹¹³ Botschaft 2006, S. 8614.

¹¹⁴ Botschaft 2006, S. 8615.

¹¹⁵ AB 2006 N 1858 f.

schweren Fall das Wort *insbesondere* und auch der Mengenbegriff nicht gestrichen werden. Weiter sollte die fahrlässige Tatbegehung strafbar bleiben. Nachdem ein Minderheitsantrag zurückgezogen worden war, wurde E-Art. 19a¹ nBetmG gemäss dem Entwurf 2006 angenommen. Wohl mehr pro forma stellte NR Vischer bezüglich Art. 19a den Antrag, den Betäubungsmittelkonsum für straffrei zu erklären, was denn auch mehr oder weniger diskussionslos abgelehnt wurde. Art. 19b wurde schliesslich ohne Voten gemäss dem Entwurf 2006 angenommen. In der Gesamtabstimmung wurde der Revision sodann mit 108:65 Stimmen zugestimmt.

b. Im Ständerat

Fast ein Jahr später, am 18. Dezember 2007, nahm sich der StR der Revision an. Kommissionssprecher StR Altherr führte aus, dass es sich um die mehrheitsfähigen Teile der gescheiterten Revision 2001/2004 handle und hauptsächlich folgende Ziele verfolgt werden: Gesetzliche Verankerung der Viersäulenpolitik samt Heroinabgabe, Stärkung der Prävention und des Jugendschutzes sowie ärztliche Verschreibung von Cannabisprodukten¹¹⁶. Eintreten wurde ohne Gegenantrag beschlossen und sogleich die Detailberatung aufgenommen, die rasch vonstatten ging. Bezüglich E-Art. 19 nBetmG meinte BR Couchepin nur: *“Il s’agit simplement de l’adaptation des sanctions en fonction de la nouvelle teneur des dispositions générales du Code pénal, qui est déjà en vigueur”*¹¹⁷. E-Art. 19 nBetmG wurde denn auch ohne Diskussion angenommen. Nachdem StR Fetz einen Antrag auf straffreien Drogenkonsum ab 18 Jahren gestellt hatte, diesen jedoch wieder zurückzog, wurden die E-Art. 19a¹ (der zwischenzeitlich in E-Art. 19^{bis} umbenannt worden war) und E-Art. 19b diskussionslos angenommen. Der Vorlage wurde sodann mit 33 Stimmen einstimmig zugestimmt.

c. Schluss- und Volksabstimmung

In der Schlussabstimmung vom 20. März 2008 wurde die Revision des BetmG im NR mit 114:68 Stimmen und im StR mit 42:0 Stimmen angenommen. Daraufhin wurde das Referendum ergriffen, das am 30. November 2008 abgelehnt wurde. Der BetmG-Revision 2008 hatten dabei 68.1% der Stimmbürger zugestimmt (mit Zustimmungsquoten von zwischen 56.8% in der Waadt und 76.2% in Basel-Stadt).

2. Die neuen Strafbestimmungen im Einzelnen

Veränderungen zum Entwurf 2006 gab es bezüglich der Strafartikel eigentlich keine mehr, ausser dass die Strafandrohungen korrekt an den AT StGB angepasst wurden und bei Art. 19 Abs. 2 lit. d nBetmG nach Ausbildungsanstalten noch *vorwiegend für Jugendliche* eingefügt wurde. Schliesslich wurde E-Art. 19a¹ nBetmG in Art. 19^{bis} nBetmG umbenannt (und zwischen Art. 19 und 19a nBetmG platziert).

¹¹⁶ AB 2007 S 1146 f.

¹¹⁷ AB 2007 S 1150.

a. Der Grundtatbestand: Art. 19 Abs. 1 nBetmG

Bei Abs. 1 des Art. 19 nBetmG liegt der grösste Unterschied zum geltenden Art. 19 Ziff. 1 darin, dass al. 1 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 lit. d nBetmG gestrichen wurde. Im geltenden Recht darf einerseits Haschisch und andererseits Hanfkraut zur Betäubungsmittelgewinnung nicht angebaut, eingeführt, hergestellt oder in Verkehr gebracht werden. Dies hatte zur Folge, dass es hinsichtlich der in den Neunzigerjahren in grosser Zahl aufgekommen Hanfshops und generell beim Anbau von Hanf den Betreffenden jeweils nachgewiesen werden musste, dass ihr Hanf als Betäubungsmittel in Verkehr gebracht bzw. zur Betäubungsmittelgewinnung angebaut worden sei, was sich häufig als problematisch herausstellte¹¹⁸. Wenn der entsprechende Teil des revidierten BetmG in Kraft tritt (gemäss Auskunft des BAG ca. 2011), sollte diese Problematik dann entfallen. Es wird dann allein anhand des THC-Gehalts festgestellt werden, ob das betreffende Cannabisprodukt als Betäubungsmittel gilt oder nicht¹¹⁹.

Bezüglich der einzelnen Tatbestände des geltenden Art. 19 Ziff. 1 wurden in Art. 19 Abs. 1 nBetmG sprachliche Anpassungen vorgenommen, was jedoch kaum Änderungen hinsichtlich des strafbaren Verhaltens zur Folge haben wird.

Im neuen Recht wurde durch das Stellen des Tatbestandes Anstaltentreffen (Art. 19 Abs. 1 lit. g nBetmG) an den Schluss von Art. 19 Abs. 1 nBetmG diese Tathandlung ausgeweitet, indem neu die Finanzierung des unerlaubten Betäubungsmittelverkehrs nach lit. e und die Aufforderung zum öffentlichen Betäubungsmittelkonsum nach lit. f auch umfasst sind, was bisher nicht der Fall war¹²⁰.

b. Die qualifizierten Fälle: Art. 19 Abs. 2 nBetmG

aa. Allgemein

In Art. 19 Abs. 2 nBetmG wurde das Wort *insbesondere* gestrichen, was bedeutet, dass die lit. a-d nun die einzigen Varianten des schweren Falls darstellen. Das wird jedoch keine wesentlichen Auswirkungen haben, denn die Anzahl Fälle, die neben den bisherigen Tatvarianten von Art. 19 Ziff. 2 lit. a-c aufgetreten bzw. denkbar sind, blieben in den rund 35 Jahren des Bestehens von Art. 19 Ziff. 2 in bescheidenem Rahmen. Dass nicht mehr Fälle auftraten, ist m.E. zu begrüssen, denn aufgrund des hohen Strafrahmens von zwischen 1 und 20 Jahren Freiheitsstrafe sind Verurteilungen neben den explizit aufgeführten Varianten in Bezug auf Art. 1 StGB rechtsstaatlich bedenklich.

¹¹⁸ Die Zulässigkeit und die Beweisschwierigkeiten betreffend Hanfanbau zur Betäubungsmittelgewinnung bzw. zum Hanfverkauf als Betäubungsmittel lösten Ende der Neunzigerjahre in der Lehre grössere Diskussionen aus. Hiezu sei beispielsweise verwiesen auf: HANSJAKOB, Hanfshops, S. 273 ff.; DERS., Duftkissen, S. 23 f.; ALBRECHT, Duftkissen, S. 496 ff.; DERS., Hanfprodukte, S. 599 ff.; DERS., LMG, S. 597 ff.; OMLIN, S. 1042 ff.; WEISSENBERGER, Hanf, S. 231 ff.

¹¹⁹ Gemäss geltendem Recht beträgt dieser maximal 0.3%. Gemäss NZZ vom 9. Dezember 2008, S. 17, sind derzeit beim Bund Bestrebungen im Gange, den künftigen THC-Wert festzulegen. Empfehlungen von forensischen Chemikern der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin lauten dahingehend, den zulässigen THC-Gehalt auf 1% zu erhöhen. Es könnten aber auch Angleichungen ans EU-Recht geschehen, wo nur 0.2% THC zugelassen sind. Oder aber es bleibt in der Schweiz bei den 0.3%; s. auch BGE 126 IV 198.

¹²⁰ SCHÜTZ, S. 134.

Wenn nun argumentiert wird, es würden im Vergleich zum alten im neuen Recht weniger qualifizierte Fälle auftreten¹²¹, da die Aufzählung nun abschliessend ist, mag das theoretisch zutreffen, es wird aber verschwindend wenige Täter betreffen. Schliesslich sei erwähnt, dass der Drogenhändler, der akut gesundheitsgefährdende Streckmittel beibringt, neben der Widerhandlung gegen das BetmG sich ohnehin zusätzlich wegen eines Delikts gegen Leib und Leben (Art. 111 ff. StGB) strafbar macht¹²².

bb. Der ehemals (?) mengenmässig schwere Fall

Die augenscheinlich bedeutendste Änderung im neuen Recht ist bei Art. 19 Abs. 2 lit. a nBetmG zu finden. Gemäss geltender Rechtsprechung macht sich ein Täter grundsätzlich nach Art. 19 Ziff. 2 lit. a strafbar, wenn er bezüglich der Gefährdung der Gesundheit vieler Menschen bzw. bezüglich einer Menge von mindestens netto 12 Gramm Heroin oder netto 18 Gramm Kokain oder netto 36 Gramm Amphetamine oder aber 200 LSD-Trips Widerhandlung nach Art. 19 Ziff. 1 begeht und beim Täter hiezu zumindest Eventualvorsatz vorliegt¹²³.

Vermutlich aufgrund von teilweiser Kritik aus der Lehre, wobei insbesondere jeweils schematische Strafzumessungen und tiefe Grenzwerte beklagt wurden¹²⁴, sowie eigenen Erwägungen des BGer, dass Art. 19 Ziff. 2 lit. a restriktiv zu handhaben sei¹²⁵, kamen die Botschaften 2001 und 2006 zum Schluss, dass der Mengenbezug aufgegeben werden soll, „da nicht allein die Menge als Kriterium für die stoffinhärente Gesundheitsgefährdung herangezogen werden soll¹²⁶“. Nichts geändert hat sich dabei am Willen des Gesetzgebers, die abstrakte und nicht erst die konkrete Gefährdung von vielen Personen unter Strafe zu stellen. Etwas anderes wäre im BetmG denn auch ein systematischer Fremdkörper.

Dass nun nicht alleine auf die Menge, sondern mehr auf die Tathandlung selber abgestellt werden soll, scheint soweit noch einleuchtend zu sein. Allerdings schliesst der Verzicht auf den Mengenbezug keine Problemfelder, sondern öffnet im Gegenteil neue. Der Bezug zur abgegebenen Drogenmenge wurde nämlich gar nicht aufgegeben, sondern stellt nur eines von mehreren Kriterien dar, das die Gefährdung der Gesundheit, die nach ständiger Rechtsprechung eine naheliegende und ernstliche sein muss, bewirken kann¹²⁷. Das BGer hält seit BGE 108 IV 63 bzw. seit knapp dreissig Jahren daran fest, dass damit zwanzig oder mehr Personen gemeint sind. Dass diese Zahl aufgrund der Gesetzesrevision erhöht wird, ist wenig wahrscheinlich und auch kaum nur mit dem neuen Gesetzestext zu begründen¹²⁸. Dies lässt vermuten, dass auch die Berechnung der

¹²¹ HUG-BEELI, NZZ, S. 15.

¹²² Der Unrechtsgehalt einer solchen Handlung ist durch das *abstrakte* Gefährdungsdelikt der Widerhandlung gegen das BetmG nicht abgedeckt. Im Vordergrund wird im gegebenen Fall ein Körperverletzungs- oder Tötungsdelikt stehen bzw. eine Widerhandlung gegen den Tatbestand Gefährdung des Lebens (als *konkretes* Gefährdungsdelikt).

¹²³ FINGERHUTH/TSCHURR, N 165 ff. zu Art. 19, m.w.Hw. auf die Rechtsprechung des BGer.

¹²⁴ S. beispielsweise ALBRECHT, FS Rehberg, S. 20 ff.; DERS., Kommentar, N 214 und N 238 ff. zu Art. 19.

¹²⁵ FINGERHUTH/TSCHURR, N 168 zu Art. 19.

¹²⁶ Botschaft 2001, S. 3773; Botschaft 2006, S. 8612.

¹²⁷ S. nur BGE 125 IV 90.

¹²⁸ A.A. ALBRECHT, Jusletter, Rz 16.

Betäubungsmittelmenge, die im gegebenen Fall den betreffenden mindestens zwanzig Personen abstrakt zugeführt worden ist, dieselbe bleibt wie bis anhin bzw. wie seit 1983¹²⁹. Weiter wird die diesbezüglich neue Regelung kaum Drogen betreffen, bei denen die Anwendung von lit. a nach bisherigem Recht ausgeschlossen war, z.B. Cannabis oder Ecstasy. Schliesslich wird sich das BGer vermutlich auch in Zukunft an der jeweiligen reinen Wirkstoffmenge und nicht an der Masse des Gemischs orientieren.

Nun kann man sich mit Verlaub fragen, wie denn sonst neben der Menge die Gesundheit vieler Menschen gefährdet werden kann. Die Botschaft spricht dabei von Gefahr der Überdosierung, von problematischen Applikationsformen oder von Mischkonsum. Diesbezüglich sind auch noch weitere Varianten denkbar, die die Strafbarkeit nach Art. 19 Abs. 2 lit. a nBetmG auszulösen vermögen. Ob die in der Botschaft genannten Varianten bzw. weitere (neben der gehandelten Menge) eine massgebliche Anzahl von Verurteilungen nach sich ziehen, kann bezweifelt werden. Dies auch bezüglich der Tatsache, dass unter dem geltenden Recht durch die Umschreibung *insbesondere* von Art. 19 Ziff. 2 keine nennenswerte Anzahl von Fällen auftraten. Verschärft hat sich jedenfalls durch die allgemeiner gehaltene Abfassung von Art. 19 Abs. 2 lit. a nBetmG das Spannungsfeld mit dem Bestimmtheitsgebot nach Art. 1 StGB. Zu vermuten ist jedenfalls eine neuerliche Diskussion darüber, wie es quantitativ zu einer qualifizierten gehandelten Drogenmenge kommt, wie diese Menge Einfluss auf die Strafbarkeit hat und welches Verhalten neben der gehandelten Menge sonst noch zur Qualifikation führt¹³⁰.

cc. Der Verkauf in Ausbildungsstätten

Aufgrund des Revisionsziels Jugendschutz wurde im neuen Recht Art. 19 Abs. 2 lit. d nBetmG eingeführt, der bestimmt, dass der Täter, der *gewerbsmässig* in Ausbildungsstätten vorwiegend für Jugendliche oder in ihrer unmittelbaren Umgebung Drogen handelt oder sonstwie zugänglich macht, der qualifizierten Strafandrohung von Art. 19 Abs. 2 lit. d nBetmG untersteht. Diese Bestimmung mag generalpräventiv seine Berechtigung haben, ist letztlich aber unnötig, denn es wurde vom Gesetzgeber bestimmt, dass die entsprechende Widerhandlung gewerbsmässig geschehen muss, damit gegen lit. d verstossen wird. Wenn der Täter aber gewerbsmässig handelt, wird er in aller Regel auch gegen Art. 19 Abs. 2 lit. c verstossen, so dass wohl für die alleinige Anwendung von lit. d nur Raum für den gewerbsmässigen Täter bleibt, der nicht einen grossen Umsatz bzw. einen erheblichen Gewinn erzielt. Mithin ist zu vermuten, dass der neue lit. d von Art. 19 Abs. 2 nBetmG ausser im generalpräventiven Sinn sowie ev. als Straferhöhungsgrund keine grosse Bedeutung erlangen wird.

¹²⁹ BGE 109 IV 143 i.V.m. BGE 117 IV 314 und BGE 119 IV 180. A.A. ALBRECHT, Jusletter, Rz 25 ff., der im neuen Recht erheblich angestiegene Voraussetzungen hinsichtlich der Anwendung von Art. 19 Abs. 2 lit. a nBetmG sieht, die sich m.E. nur schlecht mit dem Gesetzestext vereinbaren lassen. Beispielsweise will er diese Bestimmung nur bei Weitergabehandlungen und nicht bei Erwerbshandlungen angewendet wissen oder verlangt das Vorliegen einer konkreten Gefahr, dass die Drogen an nicht verantwortungsvolle Personen gelangen. Weiter fordert ALBRECHT in traditioneller Manier die Erhöhung der Grenzwerte und eine Neuorientierung hinsichtlich der Umschreibung der Gesundheitsgefährdung.

¹³⁰ S. HANSJAKOB, NZZ, S. 16.

c. Die Strafmilderungsgründe nach Art. 19 Abs. 3 nBetmG

aa. Beim Anstaltentreffen

Es ist zu begrüßen, dass für Handlungen nach Art. 19 Abs. 1 nBetmG, die im Versuchsstadium stehen bzw. noch davor, ein fakultativer Strafmilderungsgrund vorgesehen ist. Bei Handlungen, die dem Versuch vorgelagert sind, wäre m.E. regelmässig eine Strafmilderung angezeigt (s. auch vorne, Punkt II.B.2.b.ff.)

bb. Beim süchtigen Dealer

Ebenfalls ist es begrüssenswert, wenn süchtige Dealer bei Widerhandlungen nach Art. 19 Abs. 2 nBetmG milder bestraft werden (s. auch vorne, Punkt II.B.2.b.gg.). Die Schwierigkeit wird aber darin bestehen, einerseits zu eruieren, was mit *süchtig* genau gemeint ist, und andererseits, ob künftig bei der Sucht Abstufungen vorgenommen werden, beispielsweise zwischen leichter, psychischer Sucht und schwerer, körperlicher Sucht, und wie sich dies auf die Strafmilderung auswirkt. Weiter muss erwähnt werden, dass diese Bestimmung insoweit verzichtbar ist, als dass eine Sucht grundsätzlich mit einer Verminderung der Schuldfähigkeit¹³¹ (Art. 19 Abs. 2 StGB) einhergeht, was schon unter geltendem Recht obligatorisch zu Strafmilderung führte. Art. 19 Abs. 3 lit. b nBetmG scheint daher dem Richter einfach deutlich anzuzeigen, dass die Drogensucht als Strafmilderungsgrund zu berücksichtigen ist.

d. Die fehlende Strafbarkeit des fahrlässigen Handelns gemäss Art. 19 Ziff. 3

Hiezu sei mit Verweis auf die entsprechenden Ausführungen hinsichtlich des Entwurfs 2001 nochmals erwähnt, dass aufgrund dessen, dass die Bedeutung dieser Bestimmung bis anhin nicht erheblich war und bei den einzelnen Tatbeständen von Art. 19 Ziff. 1 bzw. bei Art. 19 Abs. 1 nBetmG die Strafbarkeit des (Eventual-) Vorsatzes früh einsetzt, die Aufhebung der Strafbarkeit der fahrlässigen Widerhandlung gegen das BetmG durchaus verzichtbar ist.

e. Der Jugendschutzartikel nach Art. 19^{bis} nBetmG/Art. 136 nStGB

Nachdem, wie mehrfach erwähnt, mit den Revisionen 2001/2004 und 2006 ein Hauptaugenmerk auf dem verstärkten Jugendschutz lag¹³², wurde dem Parlament im Entwurf 2001 ein E-Art. 19a bzw. im Entwurf 2006 ein E-Art. 19a¹ nBetmG vorgelegt, der dann als Art. 19^{bis} nBetmG verabschiedet wurde und das Verhalten der Abgabe bzw. das Zugänglichmachen von Betäubungsmitteln ohne medizinische Indikation an Personen unter 18 Jahren unter Strafe stellt. Dies entspricht hinsichtlich Drogen eigentlich dem gel-

¹³¹ THOMMEN, S. 156 ff.

¹³² S. hierzu KILLIAS, S. 404 ff.

tenden Art. 136 StGB¹³³, der aber ohne weitreichende Bedeutung ist. Der einzige Unterschied besteht darin, dass bei Art. 136 StGB die Strafbarkeit erst bei Personen ansetzt, die weniger als 16 Jahre alt sind. Somit muss bezweifelt werden, dass Art. 19^{bis} nBetmG eine markant grössere Bedeutung erlangt als Art. 136 StGB, denn schliesslich wurde nur die Strafbarkeit der Tathandlung um zwei Jahre angehoben.

In der Botschaft 2001 und in den zugehörigen Parlamentsberatungen wurde offenbar grosser Wert darauf gelegt, dass die Widerhandlung gegen E-Art. 19a (bzw. gegen den mit gleichem Inhalt verabschiedeten Art. 19^{bis} nBetmG) mit Gefängnis *und* Busse bestraft werden. Dabei wurde vermittelt, der Jugendschutz sei dabei stärker als wenn der Täter gemäss Art. 136 StGB bestraft würde, wo nur Gefängnis *oder* Busse angedroht sei. Im Entwurf 2006 wurde beim E-Art. 19a¹ nBetmG denn auch noch Freiheitsstrafe *und* Geldstrafe angedroht. Nach dem angenommenen bundesrätlichen Korrekturvorschlag bleibt davon aber nichts mehr übrig. Die Strafandrohung von Art. 19^{bis} nBetmG lautet nun auf Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren *oder* Geldstrafe und liegt nun bei derselben Strafdrohung wie Art. 19 Abs. 1 nBetmG. Ähnlich wie bei Art. 19 Abs. 2 lit. d nBetmG geht so von Art. 19^{bis} nBetmG ev. eine Wirkung im Sinn der Generalprävention aus und dient gegebenenfalls als Straferhöhungsgrund.

f. Die straflosen Vorbereitungshandlungen etc. nach Art. 19b nBetmG

Bezüglich der geringfügigen Menge wurde dem Richter bezüglich des geltenden (und kaum bedeutungsvollen) Art. 19b bewusst ein grosser Ermessensspielraum gelassen. Allerdings sind diese Spielräume kantonale sehr unterschiedlich ausgestaltet. Hinsichtlich der ersten Tatbestandsvariante wird häufig eine Wochenration erwähnt und bezüglich der zweiten Variante die Menge, die unmittelbar dem kollektiven Konsum dient¹³⁴. Wenn Betäubungsmittel an eine Person unter 16 Jahren abgegeben werden, widerhandelt der Täter allerdings nach Art. 136 StGB. Mit dem neuen Art. 19b nBetmG ändert sich nur dergestalt etwas, als dass die mit dieser Bestimmung verbundene Straflosigkeit dahinfällt, wenn Betäubungsmittel an Personen unter 18 Jahren abgegeben werden, anstelle bezüglich Personen unter 16 Jahren wie bis anhin. Dass in Zukunft, gleich wie bei Art. 19^{bis} nBetmG/Art. 136 nStGB, die Bedeutung von Art. 19b nBetmG ansteigt, ist zu bezweifeln.

g. Die unveränderten Art. 19a und 19c nBetmG

Unverändert wurde Art. 19a hinsichtlich der Bestrafung des Eigenkonsums sowie der diesbezüglichen Vorbereitungshandlungen weiter im Gesetz belassen, genauso wie Art. 19c hinsichtlich der Strafbarkeit der *vollendeten* und der *versuchten* Anstiftung zum Betäubungsmittelkonsum.

¹³³ Zu Art. 19 besteht Idealkonkurrenz, gegenüber Art. 19b ist Art. 136 StGB *lex specialis*: TRECHSEL/FINGERHUTH, N 6 zu Art. 136.

¹³⁴ ALBRECHT, Kommentar, N 13 ff. zu Art. 19b, WEISSENBERGER, BetmG 19b, S. 353 ff.

Erklärung:

Ich erkläre hiermit, dass ich die vorliegende Arbeit resp. die von mir ausgewiesene Leistung selbständig, ohne Mithilfe Dritter und unter Ausnützung der angegebenen Quellen verfasst resp. erbracht habe.