

NATIONALRAT

Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK)

Bericht der Subkommission Drogen

April 1999

Im Namen der Subkommission
Der Präsident

Marc Suter

Vorentwurf über die

Aenderung des Betäubungsmittelgesetzes

betreffend Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes

Vorentwurf und erläuternder Bericht
der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates
vom ...

Vorentwurf vom ... April 1999
(Variante 1; Vorschlag der
Subkommission)

Bundesgesetz
über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe
(Strafbestimmungen)
Aenderung vom ...

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,
gestützt auf Artikel 69, 69bis und 64bis der Bundesverfassung¹
nach Einsicht in den Bericht der SGK des Nationalrates vom²
und in die Stellungnahme des Bundesrates vom³,

beschliesst:

Art. 19 (neu) (*„Grundtatbestand“ für die Varianten 1 bis 3*)⁴

1. Wer unbefugt alkaloidhaltige Pflanzen oder Hanfkraut zur Gewinnung von Betäubungsmitteln anbaut,
wer unbefugt Betäubungsmittel herstellt, auszieht, umwandelt oder verarbeitet,

¹ SR 101

²

³

⁴ Die Bestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes verfügen über keine Sachüberschriften. Zur Erleichterung der Arbeit werden im vorliegenden Entwurf Arbeitstitel verwendet. Der Begriff 'Grundtatbestand' ist nicht im juristisch-technischen Sinne zu verstehen.

wer sie unbefugt lagert, versendet, befördert, einführt, ausführt oder durchführt,
wer sie unbefugt veräussert, verwendet, verordnet, sonstwie einem anderen verschafft
oder in Verkehr bringt,

wer als Arzt, Zahnarzt, Tierarzt oder Apotheker Betäubungsmittel anders als nach
Artikel 11 oder 13 verwendet oder abgibt oder sie als Arzt oder Tierarzt anders als nach
Artikel 11 verordnet,

wer Betäubungsmittel unbefugt besitzt, aufbewahrt, erwirbt oder sonstwie erlangt,

wer den unerlaubten Verkehr mit Betäubungsmitteln finanziert,

wer ein Gesuch mit unwahren Angaben stellt, um sich oder einem anderen eine Einfuhr-
, Ausfuhr oder Durchfuhrerlaubnis zu verschaffen,

wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft.

Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Gefängnis bis zu einem Jahr, Haft oder
Busse.

2. Der Täter wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder mit Gefängnis nicht unter
sechs Monaten bestraft, wenn er

a. die Tat in der Absicht begeht, einen grossen Umsatz oder einen erheblichen
Gewinn zu erzielen;

b. als Mitglied einer kriminellen Organisation (Art. 260^{ter} StGB) handelt.

Die Freiheitsstrafe kann mit einer Busse bis zu 1 Million Franken verbunden werden.

Absatz 1 Buchstabe a ist nicht anwendbar, wenn der Täter mit Betäubungsmitteln des
Wirkungstyps Cannabis handelt.

3. Wer öffentlich zum Betäubungsmittelkonsum auffordert oder öffentlich eine Ge-
legenheit zum Erwerb oder Konsum von Betäubungsmitteln bekanntgibt, wird mit Haft
oder mit Busse bestraft.

4. Diesem Gesetz ist auch unterworfen, wer im Ausland eine vorsätzliche Tat nach
Ziffer 1 oder 2 begeht, wenn er sich in der Schweiz befindet und nicht ausgeliefert wird
und wenn die Tat auch am Begehungsort strafbar ist.

Ist das Gesetz des Begehungsortes für den Täter das mildere, so ist dieses anzu-
wenden.

Artikel 6^{bis} Ziffer 2 des schweizerischen Strafgesetzbuches ist anwendbar.

Art. 19a (neu) *(Drogenkonsum)*

Nicht strafbar ist,

wer Betäubungsmittel konsumiert oder Betäubungsmittel zur Ermöglichung des gleichzeitigen und gemeinsamen Konsums unentgeltlich abgibt,

wer zum eigenen Konsum eine Widerhandlung nach Artikel 19 begeht, mit der er sich Betäubungsmittel beschafft, ohne dadurch den Konsum Dritter zu ermöglichen.

Art. 19b (neu) *(Opportunitätsprinzip für geringfügige Fälle und zur Unterstützung einer Therapie)*

1. Die zuständige Behörde sieht von der Strafverfolgung, der Ueberweisung an das Gericht oder der Bestrafung ab, wenn das Unrecht der Tat und die Schuld des Täters geringfügig sind oder wenn eine Strafe von nicht mehr als sechs Monaten zu erwarten und nicht anzunehmen ist, dass es der Bestrafung bedarf, um der erneuten Begehung von Straftaten entgegenzuwirken.

2. Ist der Täter von Betäubungsmitteln abhängig und hat er zur Finanzierung seines Bedarfs Betäubungsmittel verkauft, vermittelt oder sonstwie in Verkehr gebracht oder hat er eine andere Straftat begangen, die mit seiner Abhängigkeit in Zusammenhang steht, so kann die zuständige Behörde, sofern kein Einstellungsgrund nach Ziffer 1 vorliegt, von der Ueberweisung an das Gericht oder der Bestrafung vorläufig absehen, wenn eine Strafe von nicht mehr als achtzehn Monaten zu erwarten ist und der Täter ärztlicher Behandlung oder Betreuung untersteht oder sich ihr unterzieht.

Das Strafverfahren wird fortgesetzt, wenn

- a. der Täter sich der Behandlung oder Betreuung entzieht;
- b. er erneut eine strafbare Handlung begeht, die in Verbindung mit der früheren Tat erkennen lässt, dass die Erwartung, die dem Verzicht auf die Strafverfolgung zugrundelag, sich nicht erfüllt hat;

- c. aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel eine Freiheitsstrafe von mehr als achtzehn Monaten zu erwarten ist.

Der Täter kann wegen der strafbaren Handlung, auf die sich die vorläufige Einstellung des Verfahrens bezog, nicht mehr verfolgt oder bestraft werden, wenn das Verfahren nicht innerhalb von zwei Jahren fortgesetzt wird.

(Artikel 19b des bisherigen Rechts entfällt)

Art. 19c (neu) *(Opportunitätsprinzip für den Kleinhandel mit Cannabis)*

¹Der Bundesrat erlässt nach Anhörung der Kantone Bestimmungen über die Strafverfolgung wegen strafbarer Handlungen, welche Betäubungsmittel des Wirkungstyps Cannabis betreffen.

²Diese können vorsehen, dass von polizeilichen Ermittlungen, der Strafverfolgung, der Ueberweisung an das Gericht oder der Bestrafung abzusehen ist, wenn der Täter

- a. Betäubungsmittel des Wirkungstyps Cannabis in geringen Mengen an Personen über 16 Jahren abgibt oder verkauft, auch wenn dies gewerbsmässig geschieht, sofern dadurch die öffentliche Ordnung nicht gestört und keine Werbung betrieben wird;
- b. eine Widerhandlung begeht, die auf eine Veräusserung nach Buchstabe a gerichtet ist oder mit ihr zusammenhängt, namentlich Betäubungsmittel des Wirkungstyps Cannabis in grösseren Mengen anbaut, herstellt, erwirbt oder lagert.

³Abweichende Bestimmungen in Berücksichtigung örtlich unterschiedlicher Verhältnisse sind zulässig, soweit dem nicht das Gebot rechtsgleicher Behandlung entgegensteht. Insbesondere kann der Erlass von Vorschriften zum Schutze der öffentlichen Ordnung und über die zahlenmässige Begrenzung gewerblich betriebener Verkaufsstellen sowie die von ihnen einzuhaltenden Auflagen den Kantonen überlassen werden.

(Artikel 19c des bisherigen Rechts entfällt)

(Artikel 20 des bisherigen Rechts entfällt)

(Artikel 21 bis 27 unverändert)

Art. 28 (neu)

¹Die Strafverfolgung ist unter Vorbehalt von Artikel 19c Sache der Kantone.

²(unverändert)

Erläuternder Bericht zum Vorentwurf

über die Aenderung des Betäubungsmittelgesetzes

betreffend

Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes

INHALTSVERZEICHNIS

Uebersicht

I Allgemeiner Teil

1 Ausgangslage

11 Anlass

12 Historischer Ueberblick

2 Die Arbeiten der SGK

21 Ausarbeitung des Entwurfs

22 Prioritäten der Subkommission hinsichtlich der Entkriminalisierungsmodelle

221 Variante 2

222 Variante 3

23 Total- oder Teilrevision der Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes

II Besonderer Teil

3 Revisionsvorschlag für die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes (Artikel 19 bis 28)

31 Grundzüge des Vorentwurfs

311 Grundzüge der Revision des „Grundtatbestandes“ (Artikel 19)

a) "Grundtatbestand" nach Artikel 19 Ziffer 1 BetmG

b) Schwere Fälle nach Artikel 19 Ziffer 2 BetmG

c) Strafraumen

312 Grundzüge des Vorschlags zur Teilentkriminalisierung des Drogenkonsums und zur Einführung des Opportunitätsprinzipes für den Kleinhandel mit Cannabisprodukten (Artikel 19a, 19b, 19c)

3121 Materiellrechtliche und prozessrechtliche Entkriminalisierung

a) Opportunität im schweizerischen Recht

b) Opportunität im niederländischen Sinn

c) **Ausgestaltung des schweizerischen Rechts in Anlehnung an das niederländische Modell**

32 **Kommentar zu den einzelnen Bestimmungen**

321 **Artikel 19 und 20**

322 **Artikel 19a, 19b und 19c**

323 **Artikel 28**

4 Finanzielle und personelle Auswirkungen

5 Verhältnis zum internationalen Recht

6 Verfassungsmässigkeit

Uebersicht

Aufgrund der heutigen Erkenntnisse über die gesundheitlichen Folgen des Cannabiskonsums stiess die 1975 ins Betäubungsmittelgesetz eingefügte Regelung, welche den Konsum von Betäubungsmitteln ausdrücklich für strafbar erklärte, in den letzten Jahren vermehrt auf Kritik, insbesondere hinsichtlich des Cannabiskonsums. Schliesslich wurde mit drei Standesinitiativen (ZH, BL und SO) und der parlamentarischen Initiative Vermot die Entkriminalisierung des Cannabiskonsums und des Kleinhandels mit Cannabisprodukten gefordert. Auch im übrigen richtete sich die Kritik am Betäubungsmittelgesetz im wesentlichen gegen die Strafbestimmungen (insbesondere Artikel 19) während über die anderen Teile des Betäubungsmittelgesetzes weitgehender Konsens herrscht.

Die Subkommission arbeitete zunächst drei Varianten zur Entkriminalisierung des Betäubungsmittelkonsums und des Kleinhandels mit Cannabisprodukten aus. Die erste Variante ist die Hauptvariante der Subkommission. Sie umfasst im wesentlichen die Entkriminalisierung des Konsums sämtlicher Betäubungsmittel und ein Opportunitätsprinzip für geringfügige Fälle oder als Unterstützung einer Therapie. Zudem wird eine Opportunitätsregelung nach niederländischem Muster zu Gunsten des Kleinhandels mit Cannabis geschaffen. Variante 2 (vgl. Anhang) unterscheidet sich von der Hauptvariante in erster Linie dadurch, dass nur der Cannabiskonsum nicht aber der Konsum sämtlicher Betäubungsmittel für straflos erklärt wird. Variante 3 (vgl. Anhang) begnügt sich mit der Einführung eines Opportunitätsprinzipes nach niederländischem Muster für den Betäubungsmittelkonsum und den Kleinhandel mit Cannabisprodukten.

Um dem Kern der Kritik am Betäubungsmittelgesetz Rechnung zu tragen, erarbeitete die Subkommission zudem einen Revisionsvorschlag für den „Grundtatbestand“ (Artikel 19), der Bestandteil aller drei Varianten bildet.

Bericht

I Allgemeiner Teil

1 Ausgangslage

11 Anlass

Die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates (SGK) diskutierte an ihrer Sitzung vom 11. 9. 1999 die Parlamentarische Initiative zur Revision des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG) betreffend Hanfkonsum und -handel (Vermot; 97.438) sowie die Standesinitiativen des Kantons Zürich (98.300), des Kantons Basel-Landschaft (97.302) und des Kantons Solothurn (92.312) in gleicher Sache. Anlässlich dieser Sitzung beschloss die SGK, eine Subkommission Drogen einzusetzen und diese mit der Ausarbeitung eines entsprechenden Gesetzesentwurfes zu beauftragen.

12 Historischer Ueberblick¹

Das erste Betäubungsmittelgesetz wurde im Jahre 1924 in Zusammenhang mit der Genehmigung der Opiumkonvention erlassen. In der Schweiz herrschte wie in Grossbritannien, aber anders als in den USA, die Ansicht vor, Opiat- und Kokain-süchtige seien nicht Straftäter, sondern Kranke, die ärztlicher Behandlung bedürfen.

Erst als *Ende der 60er Jahre* der Drogenkonsum unter Minderjährigen und jungen Erwachsenen grössere Verbreitung fand, änderte sich diese Haltung auch in der Schweiz.² Obwohl das Gesetz den Konsum von Betäubungsmitteln nicht explizit mit Strafe bedrohte, begründete das Bundesgericht die Praxis, Betäubungsmittelkonsumenten zwar nicht wegen des Konsums, wohl aber wegen des *Erlangens der anschliessend konsumierten Betäubungsmittel* zu bestrafen (BGE 95 IV 179).

Im Jahr 1975 wurden die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes - in erster Linie um dem Ende 60er Jahre zunehmenden Gebrauch von Halluzinogenen zu

begegnen - grundlegend revidiert.³ Die Höchststrafe für den Handel betrug nunmehr zwanzig statt wie bisher fünf Jahre Zuchthaus, und der Konsum wurde *ausdrücklich* für strafbar erklärt. Dabei ist zu betonen, dass es sich im letzten Punkt aus damaliger Sicht um eine *Milderung* handelte⁴, da das *Erlangen* von Betäubungsmitteln, auch für den eigenen Verbrauch, nach dem früheren Recht bzw. seiner Auslegung durch das Bundesgericht ein Vergehen darstellte. Demgegenüber wurde der Konsum von Betäubungsmitteln 1975 lediglich als Uebertretung ausgestaltet. Trotzdem ist nicht zu übersehen, dass die Revision von 1975 den vom Bundesgericht vorgezeichneten Wechsel zu einer repressiven Drogenpolitik nachvollzog, und damit dem damals *allgemein vorherrschenden kriminalpolitischen Trend* folgte, dem Drogenproblem durch eine flächendeckende Kriminalisierung entgegenzuwirken. Von der Kriminalisierung jeglichen Kontaktes mit Betäubungsmitteln und der massiven Erhöhung der Strafdrohungen für den Handel mit Betäubungsmitteln erhoffte man sich eine generalpräventive (abschreckende) Wirkung.

Bezüglich Cannabisprodukten äusserte sich die damalige bundesrätliche Botschaft dahingehend, dass es beim gegenwärtigen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis aus gesundheitlichen Gründen nicht zu verantworten wäre, solche Produkte aus dem Kontrollsystem des Betäubungsmittelgesetzes auszuklammern und als Genussmittel für den freien Verkehr zuzulassen. Sogar ein Einfluss auf die Erbmasse wurde nicht ausgeschlossen. Die Botschaft ging ferner davon aus, Cannabis sei eine Droge, die zu dauernden Beeinträchtigungen der Persönlichkeitsentwicklung und zu sozialen Schädigungen führe und die darüber hinaus die Funktion einer Einstiegsdroge haben könne. Der Schaden bei einer Massenverwendung von Cannabis als Genussmittel wurde als hoch veranschlagt. Dabei war dem Gesetzgeber bewusst, dass diese Annahmen nicht als gesichert gelten konnten, sondern in absehbarer Zeit einer Ueberprüfung bedürfen.⁵

Kennzeichnend für die Revision von 1975 ist ferner, dass der Gesetzgeber von einem Drogenmarkt ausging, bei dem sich abhängige Drogenkonsumenten als Opfer und nicht abhängige Drogenhändler als Profiteure gegenüberstehen. Durch die Ausgestaltung des Konsumverbotes als blosse Uebertretung einerseits und die harten Strafdrohungen

für den Handel mit Betäubungsmitteln andererseits sollte ein rigoroses Vorgehen gegen die Profiteure des Drogenhandels ermöglicht werden, für die Konsumenten hingegen nur milde Strafen Anwendung finden. Die Erfahrungen zeigten jedoch bald, dass die Trennung in reine Händler und blossе Konsumenten beim Drogenkleinhandel an der Realität vorbeigeht, da Abhängige regelmässig nicht in der Lage sind, ihren eigenen Bedarf über längere Zeit aus legalen Quellen zu finanzieren. Damit traf die in Artikel 19 Ziffer 2 BetmG vorgesehene massive Erhöhung des Strafrahmens von mindestens einem Jahr Gefängnis bis zu zwanzig Jahren Zuchthaus entgegen der eigentlichen Intention des Gesetzgebers in erster Linie abhängige Bedarfshändler. Ebenso erlangte die in Artikel 19a Ziffer 3 BetmG vorgesehene Möglichkeit, Strafen durch Therapien zu ersetzen, nicht die ihr zgedachte Bedeutung, weil der Gesetzgeber dieses Verfolgungsprivileg aufgrund der damaligen Fehleinschätzung des Drogenmarktes auf blossе Drogenkonsumenten beschränkte. Statt der Betäubungsmittelabhängigkeit, wie primär beabsichtigt, vor allem mit Therapien zu begegnen, wurden in der Praxis extrem hohe Gefängnisstrafen verhängt, was wiederum für den Strafvollzug massive Probleme heraufbeschwor.

2 Die Arbeiten der SGK

21 Ausarbeitung des Entwurfs

Die Subkommission Drogen beauftragte den Strafrechtler Prof. Dr. iur. Guido Jenny mit der Ausarbeitung eines Entwurfes für eine Teilentkriminalisierung im Betäubungsmittelstrafrecht. Der Entwurf, der am 27. Januar 1999 präsentiert wurde, enthielt drei Varianten in Form ausformulierter Gesetzesbestimmungen einschliesslich dazugehöriger Begründung. Professor Jenny nahm in der Folge an den Beratungen der Subkommission teil.

Die Subkommission übernahm Variante 1 als Modell für die Teilentkriminalisierung des Betäubungsmittelkonsums und des Kleinhandels mit Cannabis. Dieses enthält:

- 1) eine Regelung, welche den Konsum **sämtlicher Betäubungsmittel** sowie die Widerhandlungen zur Beschaffung von Betäubungsmitteln für den eigenen Konsum für straflos erklärt;
- 2) die Einführung einer Opportunitätsregelung herkömmlichen Zuschnitts für Fälle, in denen ein Strafbedürfnis fehlt;
- 3) eine Bestimmung, welche bei drogenabhängigen Tätern, namentlich bei Klein- und Bedarfshändlern, in Analogie zu Artikel 19a Ziffer 3 des geltenden Rechts die Einstellung des Verfahrens zugunsten einer Therapie ermöglicht; und
- 4) die gesetzliche Verankerung einer Opportunitätsregelung nach niederländischem Muster für den Kleinhandel mit Cannabis und die Tolerierung entsprechender Verkaufsstellen.

Die Ziffern 1 bis 3 sind eine Ausformulierung der Reformvorschläge der Kommission Schild. Sämtliche Varianten (auch Variante 2 und 3; vgl. Anhang) stehen mit der Vier-Säulenpolitik des Bundesrates in Einklang. Dabei ist zu betonen, dass mit keinem der vorgeschlagenen Modelle eine Legalisierung von Drogen (auch nicht von Cannabis) erfolgt. Drogen (inklusive Cannabis) werden auch nach der Revision nicht wie andere Güter des alltäglichen Lebens behandelt. Vorgesehen ist lediglich eine teilweise, keine umfassende Entkriminalisierung.

Für ein Modell, das den Konsum von Betäubungsmitteln und entsprechende Beschaffungshandlungen straflos lässt, sprechen im wesentlichen folgende Argumente:

Ein strafrechtliches Verbot eines (möglicherweise) selbstgefährdenden Verhaltens widerspricht den grundlegenden Wertentscheidungen einer **freiheitlich verfassten Rechtsordnung** und damit der legitimen Funktion, die ein auf eine solche Ordnung verpflichtetes Strafrecht haben kann. Die verbreitete Vermutung einer ins Gewicht fallenden **generalpräventiven Wirkung** der Konsumstrafbarkeit kann nicht nachgewiesen werden und scheint auch wenig plausibel: Gegen die Annahme einer

generalpräventiven Wirkung spricht bereits, dass das Bestrafungsrisiko des Einsteigers gegen Null tendiert, weil der illegale Konsum von Betäubungsmitteln in aller Regel nicht entdeckt wird. Anders als bei den meisten Straftaten fehlt nämlich ein Geschädigter, der das Delikt den Strafverfolgungsbehörden durch eine entsprechende Anzeige zur Kenntnis bringen würde. Sämtliche empirischen Untersuchungen und statistischen Daten, sowohl im internationalen wie im interkantonalen Quervergleich deuten dementsprechend mit steter Regelmässigkeit darauf hin, dass zwischen der Verbreitung/Häufigkeit des Drogenkonsums und der strafrechtlichen Verfolgungs- und Sanktionierungspraxis kein signifikanter Zusammenhang besteht⁶. Auch steht die Tatsache, dass rund 25% der 15-30jährigen schon Cannabis, hingegen bloss annähernd 3% Opiate konsumiert haben, der Annahme einer generalpräventiven Wirkung des Konsumverbots entgegen, denn das Gesetz bedroht beide Verhaltensweisen mit (derselben) Strafe.

Die Bestrafung wegen Drogenkonsums kann ferner immer nur einen verschwindend geringen Bruchteil derjenigen treffen, die dem Verbot zuwiderhandeln. Es besteht die Gefahr, dass die (überdies regional erst noch höchst unterschiedliche) Strafverfolgung von den Betroffenen als willkürlicher Akt sinnloser Repression begriffen wird, die eigentlich kaum jemand noch wirklich ernst nimmt, mit der Folge, dass die **Drogenpolitik insgesamt an Glaubwürdigkeit verliert** - und dies auch insoweit, als die Prävention mit sinnvolleren Mitteln als dem Strafrecht betrieben wird.

Auch in der ihm zugeschriebenen Funktion als eine Art **Warntafel**, welche auf die Gefährlichkeit von Drogen aufmerksam macht, ist das Konsumverbot entbehrlich. Für die ausreichende Vermittlung dieser „Botschaft“ genügt, dass der Handel strafbar bleibt. Sie lässt sich überdies ebenso und in der Sache angemessener durch das Mittel **aufklärender Prävention** verbreiten und ist bereits in hohem Masse durch die anhaltende Aktualität des Themas in den Medien präsent.

Gegen „lästige Begleiterscheinungen“ des (öffentlichen) Drogenkonsums (**offene Szenen**) kann bei Straflosigkeit des Drogenkonsums auf der Grundlage eines entsprechend ausgestalteten **kantonalen Polizeirechts** (in extremis gestützt auf die polizeiliche Generalklausel) eingeschritten werden, wie dies beispielsweise bei Nebenerscheinungen der Prostitution (vgl. Artikel 199 StGB) bereits heute der Fall ist. Überdies werden in offenen Szenen regelmässig nicht nur Drogen konsumiert. Es wird

auch mit Betäubungsmitteln gehandelt, so dass polizeiliches Einschreiten auch aus diesem Grunde möglich ist⁷.

Die **Verfolgung des Drogenhandels** wird durch die Straflosigkeit des Drogenkonsums ebenfalls nicht beeinträchtigt. Der Drogenkonsument kann als Zeuge befragt werden und steht dann, anders als wenn er als Angeschuldigter einvernommen wird, unter Aussagezwang und Wahrheitspflicht. Hinzu kommt, dass wirkliche Erfolge in der Bekämpfung des Drogenhandels ohnehin aufwendige Ermittlungen voraussetzen und vor allem durch verdeckte Fahndung und Ueberwachungsmassnahmen zustande kommen, nicht durch die Befragung von Konsumenten, die häufig genug nur den Kleindealer, nicht dagegen die eigentlichen Drahtzieher des Drogengeschäfts kennen⁸.

22 Prioritäten der Subkommission hinsichtlich der Entkriminalisierungsmodelle

Die Subkommission hatte nach Variante 1 im übrigen folgende Prioritäten:

221 Variante 2

Variante 2 (vgl. Anhang) umfasst im wesentlichen:

- 1) die Strafloserklärung des Konsums und der Beschaffungshandlungen zur Ermöglichung des eigenen Konsums ausschliesslich **bei Betäubungsmitteln des Wirkungstyps Cannabis**;
- 2) eine Neufassung von Artikel 19a Ziffer 3 des geltenden Rechts für die Sistierung des Verfahrens zugunsten einer Therapie bei Tätern, die lediglich Betäubungsmittel konsumiert oder sich der Beschaffung von Betäubungsmitteln für den eigenen Konsum strafbar gemacht haben; und
- 3) eine der veränderten Ausgangslage - Straflosigkeit des Konsums nur von Cannabis und der darauf gerichteten Beschaffungshandlungen - angepasste Opportunitätsregelung, die diejenige von Artikel 19a Ziffer 2 des geltenden Rechts („leichte Fälle“) ersetzt und zugleich erweitert, indem sie nicht nur auf

Täter Anwendung findet, die eine strafbare Handlung nach Artikel 19a Ziffer 1 begangen haben.

- 4) die gesetzliche Verankerung einer Opportunitätsregelung nach niederländischem Muster für den Kleinhandel mit Cannabis und die Tolerierung entsprechender Verkaufsstellen.

222 Variante 3

Variante 3 (vgl. Anhang) sieht - abgesehen von der Uebernahme des revidierten „Grundtatbestandes“ (Artikel 19) - von jeglicher Aenderung des materiellen Rechts ab und begnügt sich mit der Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für eine Entkriminalisierung allein im Wege der Einführung eines Opportunitätsregimes nach niederländischem Muster. Sie entspricht in der Sache weitgehend dem Vorschlag von Prof. M. Killias zur Revision des Artikel 28 BetmG, der der Subkommission Drogen vorlag. In einigen Punkten wurde dieser Entwurf jedoch modifiziert. Namentlich wurde die gesetzliche Grundlage präziser gefasst.

23 Totalrevision oder Teilrevision der Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes

In den Beratungen der Subkommission Drogen zeigte sich, dass es gesetzgeberisch wenig sinnvoll und politisch unangemessen gewesen wäre, die Revision der Strafvorschriften des Betäubungsmittelgesetzes auf die Fragen der Strafbarkeit des Betäubungsmittelkonsums und einer allfälligen Teilentkriminalisierung des Kleinhandels mit Cannabis zu beschränken. Zwischen den verschiedenen Bestimmungen des BetmG besteht ein systematischer und vor allem auch ein wertungsmässiger Zusammenhang, der durch bloss partielle Aenderungen möglicherweise aus dem Gleichgewicht geraten wäre. Zudem wäre es nicht möglich gewesen, den Grundgedanken der Entkriminalisierung des Drogenkonsums, der dieser Vorlage zugrundeliegt, kohärent umzusetzen, wenn Artikel 19 und 20 des Betäubungsmittelgesetzes ausser Acht gelassen worden wären. Namentlich Artikel 19 Ziffer 2 BetmG ist darüber hinaus auch

aus anderen Ueberlegungen revisionsbedürftig: Entgegen der Intention des historischen Gesetzgebers richtet sich die in dieser Bestimmung vorgesehene, massive Strafverschärfung kaum je gegen die eigentlichen Profiteure des Drogenhandels. Erfasst werden von der Bestimmung hauptsächlich abhängige Kleindealer, was in der Praxis teils zu massiv überhöhten Strafen führt. Das bestehende Missverhältnis wäre durch eine Beschränkung der Revision auf die blosse Entkriminalisierung des Drogenkonsums weiter verschärft worden.

Die Subkommission erteilte Herrn Professor Guido Jenny daher den Auftrag zur Ausarbeitung eines Entwurfes für die Revision der Artikel 19 und 20 BetmG. Dieser wurde der Subkommission am 5. März 1999 vorgelegt. Die präsentierten Vorschläge wurden mit geringfügigen Aenderungen übernommen.

Die nun im Entwurf der Subkommission vorgeschlagenen Bestimmungen basieren auf dem Grundgedanken, dass die wahren Profiteure des Drogenhandels, die die Abhängigkeit der Konsumenten bedenkenlos zur Erzielung von Gewinnen kommerziell ausnützen, ins Auge gefasst werden. Dagegen sollen untergeordnete Hilfeleistungen bei Betäubungsmitteldelikten nach Möglichkeit als Gehilfenschaft und nicht mehr als selbständige Tat erfasst werden. Auch wurden die Grenzen zwischen straflosen Vorbereitungshandlungen, Versuch und vollendeter Tat klarer gezogen und gewisse redaktionelle und systematische Bereinigungen vorgenommen. Damit konnte insbesondere Artikel 19 des Betäubungsmittelrechtes, der mit den ihm zugrundeliegenden Wertungen einen Fremdkörper im Bereich des Strafrechtes darstellte, wieder mit dem System des allgemeinen Strafrechtes in Einklang gebracht werden.

II Besonderer Teil

3 Revisionsvorschlag für die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes (Artikel 19 bis 20 und 28)

31 Grundzüge des Vorentwurfs

311 Grundzüge der Revision des „Grundtatbestandes“ (Artikel 19)

a) „Grundtatbestand“ nach Artikel 19 Ziffer 1 BetrMG (Kritik und Neufassung)

Artikel 19 befasst sich mit der Strafbarkeit von Handlungen, die den Konsum von Betäubungsmitteln *ermöglichen*. Gesetzgeberisch fassbar sind im Betäubungsmittelrecht aus Gründen der Beweisbarkeit nur typisierte Gefährdungshandlungen. Für die Differenzierungen zwischen Versuch und Vollendung sowie zwischen (Mit)täterschaft und Beihilfe bleibt deshalb weniger Raum als in anderen Bereichen des Strafrechts. Indessen weist *das geltende Recht* in dieser Hinsicht unnötigerweise erhebliche Mängel auf: Nach Artikel 19 Ziffer 1 Absatz 6 macht sich schon strafbar, wer zu einer der in den Absätzen 1-5 genannten Tathandlungen, etwa dem Einführen, Befördern oder Kaufen, auch nur „Anstalten trifft“ - und untersteht dafür (ohne dass die Strafe gemildert oder von ihr abgesehen werden könnte, selbst nicht im Falle eines Rücktritts) derselben Strafdrohung, wie wenn er diejenigen Betäubungsmittel, die er erwerben wollte, bereits verkauft hätte. Damit kann es insoweit nicht nur keinen Versuch mehr geben, es werden auch entfernteste und durchaus nicht nur auf ein erhebliches Unrecht gerichtete Vorbereitungshandlungen für strafbar erklärt und erst noch der Vornahme der eigentlichen Tathandlungen gleichgestellt. Dadurch steht das Betäubungsmittelrecht in einem Spannungsverhältnis zum übrigen Strafrecht, wo Vorbereitungshandlungen nur mit Zurückhaltung bestraft werden. Beispielsweise erfasst Artikel 260^{bis} StGB nur Vorbereitungshandlungen zu einigen wenigen Kapitalverbrechen (Vorsätzlich Tötung, Mord, Schwere Körperverletzung, Raub, Freiheitsberaubung, Geiselnahme und Brandstiftung) und knüpft die Strafbarkeit an genauer bezeichnete und eng begrenzte Voraussetzungen. Zudem findet auf die Vorbereitung des Delikts ein wesentlich niedrigerer Strafrahmen Anwendung. Tritt der Täter von den Vorbereitungshandlungen zurück, bleibt er straflos.

Ein weiteres Problem liegt darin, dass *Artikel 19 Ziffer 1 des geltenden Rechts* nicht zwischen eigentlichen Haupthandlungen und Teilnahmehandlungen (Anstiftung und Gehilfenschaft) unterscheidet. Die Bestimmung bezeichnet zunächst nahezu jegliches Verhalten, das den Konsum von Betäubungsmitteln ermöglichen kann, sei es der eigene oder derjenige anderer, als selbständige Tat. Dabei kommt es weder auf das Gewicht des jeweiligen Beitrags an, noch darauf, als wie „gefährlich“ er erscheint, d.h. in welcher Nähe die Möglichkeit des Konsums schon gerückt oder wie entfernt sie noch ist.

Diese „flächendeckende“ und unterschiedslose Kriminalisierung setzt sich in hohem Masse über sonst selbstverständliche Grenzen und Abstufungen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit hinweg⁹. Untergeordnete Mitwirkungen an fremden Drogengeschäften können kaum noch als mit geringerer Strafe bedrohte Beihilfe (vgl. Artikel 25 StGB) erfasst werden, weil bereits das entsprechende Verhalten eine selbständige Tat darstellt, wie etwa blosse Vermittlungstätigkeiten oder das Befördern, Besitzen, Aufbewahren usw. für einen andern.

Obwohl es aufgrund der oben dargelegten Besonderheiten des Betäubungsmittelrechtes nicht möglich war, diese Mängel vollständig zu beheben, konnten *mit dem vorliegenden Entwurf* durch die Ueberarbeitung des Artikels 19 Ziffer 1 die stossendsten Wertungsdifferenzen korrigiert werden, und dem Grundsatz, dass sich strafrechtliche Verantwortlichkeit entscheidend nach der unterschiedlichen Schwere der begangenen Widerhandlung richtet, Rechnung getragen werden.

b) Schwere Fälle nach Artikel 19 Ziffer 2 BetmG (Kritik und Neufassung)

Während die Verwirklichung des Grundtatbestandes mit Gefängnis (von drei Tagen bis zu drei Jahren) bestraft wird, lautet die Strafdrohung *im geltenden Recht* auf Gefängnis nicht unter einem Jahr oder Zuchthaus (von einem bis zu zwanzig Jahren), wenn ein schwerer Fall nach Ziffer 2 vorliegt.

Problematisch an *der bisherigen Regelung* ist die Umschreibung der Erschwerungsgründe im einzelnen, ihre bloss beispielhafte („insbesondere“) statt abschliessende Aufzählung sowie die Höhe der Mindeststrafe und die Strafobergrenze. Im Vordergrund der Kritik steht jedoch die in lit. a vorgenommene Koppelung des Strafmasses mit der Betäubungsmittelmenge¹⁰. Im Grundsatz steht zwar ausser Frage, dass die Strafzumessung bei Betäubungsmitteldelikten zu einem wesentlichen Teil von der Menge der Droge abhängt, auf die sich die Widerhandlung bezieht. Es macht, einfach gesagt, natürlich einen Unterschied, ob jemand Drogen kilo- oder bloss grammweise verkauft. In der Gerichtspraxis wird dieser Gesichtspunkt jedoch massiv überbewertet. Nach der Rechtsprechung machen bereits 12 gr. Heroin oder 18 gr. Kokain die Tat zu einem schweren Fall¹¹, wobei bei mehreren, selbst zeitlich

auseinanderliegenden, Widerhandlungen die jeweils betroffenen Einzelmengen zusammenzuzählen sind^{12,13}. Ein Heroinabhängiger, der seinen Eigenbedarf über den Drogenhandel oder durch Vermittlungsgeschäfte finanziert, hat damit die Schwelle zum schweren Fall im Handumdrehen überschritten¹⁴.

Die Regelung des *bisherigen* Artikel 19 Ziffer 2 ist darauf zurückzuführen, dass der historische Gesetzgeber davon ausging, dass sich auf illegalen Drogenmärkten in der Regel nicht-abhängige Händler und reine Konsumenten gegenüberstehen. Mit der 1975 eingefügten Strafverschärfung sollten dementsprechend in erster Linie die Profiteure des Drogengeschäfts getroffen werden, nicht dagegen Betäubungsmittelabhängige¹⁵. Die Annahme des historischen Gesetzgebers ist insofern falsch, als der Kleinhandel von Betäubungsmitteln vorwiegend von abhängigen Händlern betrieben wird, die sich mit dem Handel von Betäubungsmitteln oder mit der Vermittlung entsprechender Geschäfte ihren Eigenkonsum finanzieren. Erst auf 'höherer Stufe' finden sich jene Profiteure des Drogenhandels, die den eigentlichen kommerziellen Gewinn aus diesen Geschäften ziehen. Artikel 19 Ziffer 2 bedarf daher zwar einer Korrektur. Diese steht aber nicht in Widerspruch mit den Wertungsentscheiden des Gesetzgebers von 1975.

Der *vorliegende Entwurf* beruht auf dem Gedanken, dass die Strafschärfung bei dem Täter eingreifen soll, der selbstgefährdendes Verhalten anderer bedenkenlos zu Profitzwecken ausnutzt. Der durch die Betäubungsmittelabhängigkeit begründete Handel soll dementsprechend nicht mehr dem kommerziell motivierten Handel gleichgestellt werden. Mit der neuen Regelung soll darüber hinaus dem allgemeinen Grundgedanken, dass bei der Strafzumessung neben dem Verschulden auch die Willensrichtung und die Beweggründe des Täters zu berücksichtigen sind (vgl. Artikel 63 StGB), Rechnung getragen werden. Infolge der Neufassung von Artikel 19 wird der bisherige Artikel 20 gegenstandslos und kann gestrichen werden.

Durch *die vorgeschlagene Neuregelung konnten weitere Inkonsistenzen behoben werden:*

- Das Zusammenspiel der Strafverschärfung nach Ziffer 2 lit. a und der weiten Fassung der Tathandlungen nach Ziffer 1 führte teilweise zu absurden Ergebnissen.

Das mag, pars pro toto, nur ein besonderes eindrückliches Beispiel veranschaulichen: Wer von seinen Vorkehrungen, für einen andern 12 gr. Heroin zu kaufen, freiwillig Abstand nimmt, hat mindestens eine Freiheitsstrafe von einem Jahr verwirkt (so, wie wenn er das Heroin tatsächlich gekauft hätte). Wer hingegen von einem Tötungsversuch zurücktritt, ist milder zu bestrafen als im Falle der Vollendung der Tat und könnte sogar von Strafe befreit werden (vgl. Artikel 21 Absatz 2 StGB); der Rücktritt von auf die Begehung einer Tötung gerichteten Vorbereitungshandlungen führt gar zwingend zur Straflosigkeit (vgl. Artikel 260^{bis} Absatz 2 StGB).

- Unerträgliche Wertungswidersprüche bestehen auch im Verhältnis zu Artikel 19a Ziffer 1. Nach dieser Vorschrift wird nur mit Haft oder mit Busse bestraft, wer sich Drogen zum eigenen Konsum beschafft. Das gilt selbstverständlich auch dann, wenn er dies in mehreren Malen tut, z.B. von einem anderen Abhängigen täglich Heroin kauft, um seinen Bedarf zu decken, unabhängig davon, ob er auf diese Weise - zusammengerechnet - 12 gr. oder mehr erwirbt. In einem solchen Fall wird der Verkäufer aber mit mindestens einem Jahr Gefängnis bestraft, obwohl er wie der Käufer nur den eigenen Bedarf sicherstellt. Der Käufer wird durch den Umstand, dass er durch seine Einkäufe seinerseits zum Konsum des Veräusserers beiträgt, nicht belastet. Die hier zutage tretende Unstimmigkeit lässt sich auch durch die Aufhebung der Qualifikation von Ziffer 2 lit. a nicht völlig ausräumen, aber immerhin auf ein erträgliches Mass abschwächen.

c) Strafraumen

Auf Bedenken stösst bei der *geltenden Regelung* der schweren Fälle auch die massive Anhebung der Strafobergrenze von drei Jahren Gefängnis auf zwanzig Jahre Zuchthaus. Das ist ein Strafmass, wie es sich im StGB nur bei schweren Angriffen auf höchstpersönliche Rechtsgüter, insbesondere auf Leib und Leben findet - z.B. Artikel 111 f. (vorsätzliche Tötung, Mord), Artikel 185 (Geiselnahme), Artikel 190 Absatz 2 (schwere Vergewaltigung), Artikel 221 (Brandstiftung), *nicht* aber etwa Artikel 122 (schwere Körperverletzung), Artikel 231 (Verbreitung gefährlicher menschlicher Krankheiten). In der Praxis werden Strafen über zehn Jahren fast nur bei „klassischen

Kapitalverbrechen“ ausgesprochen.^{16,17} . Aus diesem Grund soll der Strafraumen für die qualifizierten Fälle im Zuge dieser Revision herabgesetzt werden.

312 Grundzüge des Vorschlags zur Teilentkriminalisierung des Drogenkonsums und zur Einführung des Opportunitätsprinzipes für den Kleinhandel mit Cannabisprodukten (Artikel 19a, 19b, 19c)

3121 Materiellrechtliche und prozessrechtliche Entkriminalisierung

Materiellrechtliche Entkriminalisierung bedeutet die Aufhebung der Strafbarkeit eines bis anhin verbotenen Verhaltens. Die prozessrechtliche Entkriminalisierung erfolgt im Wege von Opportunitätsüberlegungen. Das Opportunitätsprinzip als solches gibt es allerdings nicht. Vielmehr bezeichnet der Begriff einen gemeinsamen Grundgedanken, der jedoch unterschiedlich ausgestaltet werden kann. Gemeinsam ist allen Regelungen, dass das materielle Recht (das Strafgesetz) unverändert bleibt. Es muss jedoch nicht jede (bekanntgewordene) strafbare Handlung auch strafrechtlich verfolgt bzw. sanktioniert werden.

a) *Opportunität im schweizerischen Recht*

Nach diesem Verständnis bedeutet Opportunität die den Organen der Strafrechtspflege eingeräumte (und nach pflichtgemäßem Ermessen auszuübende) Möglichkeit, strafrechtlich verbotenes Verhalten unter bestimmten Voraussetzungen *ausnahmsweise* nicht (weiter) zu verfolgen bzw. straflos zu lassen. Die Voraussetzungen für ein Absehen von der Strafverfolgung werden *im Gesetz* (meist in den kantonalen Prozessgesetzen, z.T. auch in einem Strafgesetz) näher bezeichnet. Ein entsprechender Entscheid steht nur den Organen der Strafrechtspflege nicht dagegen der Polizei zu. Eine Strafnorm darf durch den Verzicht auf die Strafverfolgung nicht ausgehöhlt werden. So darf etwa das Verbot des Cannabiskonsums nicht dadurch unterlaufen werden, dass solcher Konsum stets als leichter Fall nach Artikel 19a Ziffer 2 behandelt und das Verfahren eingestellt bzw. von Strafe abgesehen wird (BGE 124 IV 44 E. 2 b).

b) *Opportunität im niederländischen Sinn*

Nach niederländischer Auffassung¹⁸ begründet das Strafgesetz (grundsätzlich bei allen, vor allem aber bei Drogendelikten) bloss eine *Ermächtigung* zur Strafverfolgung, nicht jedoch (wie nach dem in der Schweiz überwiegend massgeblichen Legalitätsprinzip)

eine entsprechende *Pflicht*. Das gilt nicht nur für den konkreten Einzelfall; zulässig ist vielmehr auch, gewissermassen in „Korrektur“ des materiellen Rechts, bestimmte Straftaten schlechthin von der Verfolgung auszunehmen.¹⁹

In Nutzung dieses Instrumentariums haben die Niederlande unter anderem den Kleinhandel mit Cannabis (sowie den Besitz geringer Mengen und den Konsum) weitgehend entkriminalisiert, primär durch den Erlass von Richtlinien, die vorsehen, dass gegen sog. Coffeeshops keine Strafverfolgungsmassnahmen wegen illegalen Verkaufs ergriffen werden, wenn und solange sie gewisse Bedingungen einhalten.²⁰

c) *Ausgestaltung des schweizerischen Rechts in Anlehnung an das niederländische Modell*²¹

Die niederländische Lösung verfügt über eine Reihe von Vorzügen. Da der blosser Verzicht auf die Strafverfolgung das materielle Recht und damit den Verbotsgedanken als solchen unberührt lässt, gerät sie, wie die niederländischen Erfahrungen belegen, mit den internationalen Übereinkommen nicht (wirklich) in Konflikt^{22,23}. Die Richtlinien sind überdies rasch revidierbar und können damit veränderten Verhältnissen (unter Umständen auch miterzeugt durch aussenpolitischen Druck) umgehend angepasst werden - wie es in Holland etwa durch die Herabsetzung der Toleranzmenge beim Cannabis von ursprünglich 30 Gramm auf nunmehr 5 Gramm geschah²⁴. Solche Flexibilität entspricht ferner dem Grundgedanken einer pragmatischen Drogenpolitik, die sich erfahrungsgestützt fortbewegt und Lösungen, die sich später oder unter dem Wandel der Verhältnisse vielleicht nur noch als teilweise richtig erweisen können, nicht auf Jahre hinaus festschreibt. Des weiteren liegt in der Beschränkung/Aufhebung bloss der Pflicht zur Strafverfolgung durch Richtlinien insoweit ein Gewinn, als diese einer Vielfalt von unterschiedlichen Sachverhalten und Problemlagen differenziert Rechnung tragen können, im Gegensatz zu einem notwendigerweise abstrakt und kurz gefassten Gesetz. Schliesslich ermöglicht ein durch Richtlinien strukturiertes, landesweit und auch für das Ermittlungshandeln der Polizei geltendes Opportunitätsprinzip eine aus Gründen der Rechtsgleichheit erwünschte Vereinheitlichung der Verfolgungspraxis, ohne dass es ausgeschlossen wäre, in begründeten Fällen auf lokale oder regionale Unterschiede

Rücksicht zu nehmen. Zudem würden solche Abweichungen transparent und damit auch der Kritik zugänglich.

Auf der anderen Seite ist ebenso offensichtlich, dass sich das niederländische Modell nicht tel quel ins schweizerische Recht übernehmen lässt. Dem stehen schon die unterschiedlichen staatsrechtlichen Voraussetzungen entgegen, insbesondere das andere Verständnis des Prinzips der Gewaltenteilung in Verbindung mit dem Umstand, dass es in der Schweiz keine für das ganze Land zuständige Generalstaatsanwaltschaft gibt, sondern sechszwanzig autonome, regelmässig weisungsunabhängige (und jedenfalls nicht an Weisungen des Vorstehers des EJPD gebundene) kantonale Staatsanwaltschaften. Auch bedeutet die Möglichkeit, bei bestimmten Straftaten *generell* von der Strafverfolgung abzusehen, im Ergebnis nichts anderes als eine faktische Ausserkraftsetzung des materiellen Rechts und damit eine Verschiebung legislatorischer Befugnisse vom Gesetzgeber auf das die Richtlinien erlassende Organ. Als solches kommt nach dem Gesagten und aufgrund der in den Artikel 69 und 69^{bis} BV begründeten umfassenden Zuständigkeit des Bundes zur Gesetzgebung über die Betäubungsmittel ohne Frage (aber auch nur) der Bundesrat in Betracht. Dem Bundesrat wird daher in Artikel 19c des vorliegenden Entwurfes die Kompetenz zum Erlass einer entsprechenden *Verordnung* übertragen. Dabei wurde angesichts der soeben angeführten Bedenken in besonderem Masse darauf geachtet, dass die wesentlichen Voraussetzungen des Absehens von der Strafverfolgung aus Gründen der Opportunität bereits im Gesetz selbst festgelegt werden, so dass der bundesrätlichen Verordnung, wie sonstigen Ausführungsverordnungen, nur noch gesetzessvollziehende Funktion zukommt.

32 Kommentar zu den einzelnen Bestimmungen

321 Artikel 19 und 20 BetmG

Artikel 19 Ziffer 1 Grundtatbestand

Ziffer 1 Absatz 4 sieht davon ab, das *Anbieten* als eigenständige Tathandlung aufzuführen. Die Offerte ist, abhängig von den konkreten Umständen, entweder eine blossere Vorbereitungshandlung zum Verkauf, die straflos bleiben sollte, oder allenfalls ein Versuch dazu, der auch nur als solcher zu erfassen ist. Aus analogen Gründen wird das *Vermitteln* von Betäubungsmitteln nicht mehr gesondert erwähnt. Die Vermittlung ist typischerweise Unterstützung einer fremden Tat²⁵, entweder der Veräusserung oder des Erwerbs, und sollte deshalb auch bloss als solche, d.h. als Gehilfenschaft nach Artikel 25 StGB behandelt werden.

Die Neufassung von Ziffer 1 Absatz 4 ersetzt ferner den Begriff des *Verkaufens* durch den weiteren Begriff des *Veräusserns*, der jede entgeltliche oder unentgeltliche Abgabe an einen anderen umfasst, so dass sich die zusätzliche Nennung der Tathandlungen des *Abgebens* und *Verteilens* erübrigt. Zur Bereinigung nicht sehr bedeutsamer, aber einsichtig nicht zu begründenden Lücken und Unstimmigkeiten wurde neu das *Verwenden* in den Katalog der strafbaren Handlungen aufgenommen. Es ist hier so zu verstehen wie in Artikel 20 Ziffer 1 Absatz 3 des geltenden Rechts bzw. in Artikel 19 Absatz 5 der Neufassung.²⁶

Die Absätze 5 und 8 übernehmen mit geringfügigen redaktionellen Änderungen die Regelungen des Artikel 20 Absatz 1, 3 des geltenden Rechts. Damit wurden zugleich auch die nicht sehr bedeutenden, aber wenig einleuchtenden Differenzen bei den Strafdrohungen beseitigt (in schweren Fällen Busse bis zu 500'000 Franken statt bis zu einer Million; bloss Haft oder Busse statt Gefängnis bis zu einem Jahr, Haft oder Busse bei fahrlässigem Handeln). Im übrigen konnte Artikel 20 Absatz 2 gestrichen werden, da das entsprechende Verhalten (Umleitung von Betäubungsmitteln ohne Bewilligung) bereits durch Artikel 19 erfasst wird. Absatz 5 ist eine Sondervorschrift für Medizinalpersonen: Anknüpfungspunkt des Verbots ist hier nicht schon das Abgeben

oder Verordnen ohne Befugnis, sondern die Abgabe und Verordnung durch Befugte, aber *entgegen den anerkannten Regeln der medizinischen Wissenschaften* oder - bei Apothekern - *ohne ärztliche bzw. tierärztliche Verordnung* (vgl. Artikel 11, 13). Zudem wird auch noch das Verwenden genannt, d.h. die direkte Zuführung von Betäubungsmitteln etwa in Form der Injektion.

Aufgehoben wurde Absatz 6 des geltenden Rechts („wer hiezu Anstalten trifft“), da die Strafbarkeit mit dieser Bestimmung unnötigerweise zu weit ins Vorfeld einer eigentlichen Rechtsgutverletzung verlagert wurde. Absatz 6 neu spricht anders als Absatz 5 alt nicht mehr vom *Kaufen*, sondern allgemeiner vom *unbefugten Erwerben* von Betäubungsmitteln. Damit wird auch die *unentgeltliche Uebernahme des Besitzes* im Einverständnis mit dem Vortäter erfasst. Die Generalklausel des Sonstwie-Erlangens wird somit auf Fälle beschränkt, in denen die Besitzergreifung ohne oder gegen den Willen des bisherigen Besitzers geschieht oder nur die Betäubungsmittel, nicht aber der Besitz an ihnen erlangt werden.

In Absatz 7 wurde die *Vermittlung der Finanzierung* des Betäubungsmittelverkehrs gestrichen. Wie das Vermitteln von Betäubungsmitteln selbst ist das Vermitteln der Finanzierung des Betäubungsmittelverkehrs lediglich eine Unterstützung einer fremden Tat und somit als Gehilfenschaft zu erfassen.

Artikel 19 Ziffer 1 Absatz 8 enthält die Regelung des bisherigen Artikels 20 Absatz 1 bezüglich *Stellen eines unwahren Gesuchs* zur Erlangung einer Erlaubnis zur Ein-, Durch- oder Ausfuhr von Betäubungsmitteln.

Artikel 19 Ziffer 2 Qualifizierte Fälle

Ziffer 2 Absatz 1 ersetzt die bisherige Regelung der schweren Fälle durch zwei abschliessende Qualifikationsgründe, die beide auf dem Gedanken beruhen, dass die Strafschärfung bei dem Täter eingreifen soll, der selbstgefährdendes Verhalten anderer bedenkenlos zu Profitzwecken ausnutzt.

Der *erste Erschwerungsgrund* lehnt sich an denjenigen der lit. c des geltenden Rechts an, setzt im Unterschied zu diesem jedoch weder gewerbsmässiges Handeln voraus,

noch dass der „grosse Umsatz“ bzw. der „erhebliche Gewinn“ tatsächlich erzielt worden ist. Das bedeutet einerseits, dass schon eine einzige Tat die Qualifikation erfüllen kann, andererseits aber bei mehreren Taten die Beträge nicht zusammengezählt werden dürfen. Die Anforderungen an die Höhe des Umsatzes bzw. des Gewinns sind deshalb nicht dieselben wie nach geltendem Recht, sondern deutlich geringere. Als Anhaltspunkt zur Bestimmung des erheblichen Gewinns wäre der Grössenordnung nach an einen Betrag zu denken, bei dem, ginge es um ein Vermögensdelikt, eine Strafe dieser Höhe (sechs Monate) in Betracht käme. Damit versteht sich, dass der Kleinhandel Abhängiger zur Bestreitung ihres Eigenbedarfs ausscheidet. Das Abstellen auf den Umsatz oder Gewinn nimmt auf die Betäubungsmittelmenge nur indirekt Bezug und lässt damit keine einseitig schematisierende, nach Grammen messende Grenzziehung zu, sondern bloss die Festlegung von Richtgrössen zur Gewichtung der objektiven Schwere der Tat als eines Faktors im Gefüge einer insgesamt verschuldensabhängigen Strafzumessung.

Die *zweite Qualifikation*, dass der Täter als Mitglied einer kriminellen Organisation handelt, ersetzt diejenige der bandenmässigen Begehung *nach altem Recht*. Dass sich zwei Personen, was für die Annahme einer Bande grundsätzlich schon genügt (vgl. BGE 124 IV 86), zur Ausübung des unerlaubten Betäubungsmittelverkehrs zusammenfinden (vgl. Artikel 19 Ziffer 2 lit. b), ist - wie bei legalen Geschäftstätigkeiten auch - eine alltägliche Erscheinung und kann deshalb für sich allein, d.h. ohne die zusätzlichen Erfordernisse des erheblichen Umsatzes bzw. Gewinns für eine derart massive Strafschärfung noch nicht ausreichen²⁷. Ist der Zusammenschluss wirklich „gefährlich“, wird regelmässig schon der letztgenannte Erschwerungsgrund gegeben sein oder aber eine kriminelle Organisation vorliegen. Indem das neue Recht den Qualifikationsgrund auf solche Fälle beschränkt, wird der höhere Strafrahmen des qualifizierten Tatbestandes auf eher ungefährliche Formen gemeinsamen Handels nicht mehr angewendet.

Die *Strafobergrenze* wird von zwanzig Jahren Zuchthaus auf zehn Jahre herabgesetzt. Bei mehrfacher Tatbegehung greift allerdings Artikel 68 StGB ein, so dass die mögliche Höchststrafe unter dieser Voraussetzung fünfzehn Jahre beträgt und damit auch

schwersten Fällen angemessen Rechnung getragen werden kann. Die tiefere Strafuntergrenze von sechs Monaten statt einem Jahr stimmt mit derjenigen von Artikel 305^{bis} Ziffer 2 StGB für die qualifizierte Geldwäscherei überein. Die Gleichstellung vermeidet mindestens teilweise die paradoxe Ungleichbehandlung zwischen der unmittelbaren Reinvestierung von Drogenerlösen, die als Finanzierung nach Artikel 19 erfasst wird, und der bloss mittelbaren, durch einen Waschvorgang unterbrochenen, auf die nur Artikel 305^{bis} StGB Anwendung findet (vgl. BGE 122 IV 217 ff., 219), oder allgemeiner: dass die Beihilfe zum fremden Drogenhandel in Form der Finanzierung mit höherer Mindeststrafe bedroht wird als das Waschen des aus diesem herrührenden Erlöses.

Absatz 3 nimmt Widerhandlungen, die Betäubungsmittel des Wirkungstyps Cannabis betreffen, von der Strafschärfung nach Absatz 1 lit. a aus. Diese Regelung ist unabdingbar, wenn man die Möglichkeit schaffen will, den sich an bestimmte Auflagen haltenden Handel mit Cannabis durch gewerbsmässig betriebene Verkaufsstellen nicht mehr zu verfolgen.

Artikel 19 Ziffer 3

Werden der Betäubungsmittelkonsum und die ihn ermöglichenden Beschaffungshandlungen für straflos erklärt, beziehen sich darauf gerichtete öffentliche Aufforderungen bzw. Hinweise auf Erwerbsgelegenheiten auf strafloses Verhalten und sind damit der Sache nach bloss noch Verstösse gegen das Werbeverbot, die aufgrund dieses reduzierten Unrechtsgehalts nicht mehr mit Vergehensstrafe bedroht werden sollten.

Artikel 19 Ziffer 4

Die mit der Revision von 1951 ins Gesetz aufgenommene Regelung von Artikel 19 Ziffer 4 entspricht der Sache nach dem sog. Weltrechtsgrundsatz, wie er nunmehr in allgemeiner Form auch in Artikel 6^{bis} StGB statuiert ist (eingefügt durch BG vom 17.3.1982, in Kraft seit 1.7.1983). Sie geht dieser Bestimmung jedoch als *lex specialis* vor (BGE 116 IV 246 f.). Das bedeutet, dass die in Artikel 6^{bis} StGB enthaltenen Einschränkungen der Berücksichtigung des mildereren Rechts des Begehungsortes sowie

einer im Ausland erfolgten Beurteilung keine Anwendung finden. Sachliche Gründe gibt es dafür nicht, sondern nur historische. Die Vorschrift wird deshalb im Zuge der vorliegenden Revision an die heutige Rechtslage angepasst: Absatz 1 der Neufassung entspricht unter Vornahme einiger redaktioneller Anpassungen dem geltenden Recht, Absatz 2 der gleichlautenden Regelung in Artikel 6^{bis} Ziffer 1 StGB, während Absatz 3 dessen Ziffer 2 für anwendbar erklärt.

322 Artikel 19a, 19b und 19c BetmG

Artikel 19a Drogenkonsum

Die vorgeschlagene Bestimmung ersetzt Artikel 19a des geltenden Rechts. Mit der Strafloserklärung der bislang in Ziffer 1 erfassten Handlungen (Konsum von Betäubungsmitteln und Widerhandlungen nach Artikel 19 zum eigenen Konsum), fallen die Ziffern 2-4, die die Strafbarkeit des Betäubungsmittelkonsums voraussetzen, natürlich dahin. Die Regelung des geltenden Artikels 19b, wonach die Vorbereitung des eigenen Konsums straflos bleibt, wird ebenfalls überflüssig. Die bis anhin in Artikel 19b enthaltene Regelung der unentgeltlichen Abgabe geringfügiger Mengen von Betäubungsmitteln zum gleichzeitigen und gemeinsamen Konsum ist neu in Artikel 19a integriert. Dabei wurde das Erfordernis der geringfügigen Menge weggelassen, weil es sich schon daraus ergibt, dass die Tat nur auf die Ermöglichung des gleichzeitigen und gemeinsamen Konsums gerichtet sein darf, was die Abgabe nicht mehr bloss geringer Mengen ausschliesst. Andererseits erleichtert die Streichung die Einsicht, dass es bei mehrfacher Begehung nur auf die je einzeln abgegebene Menge und nicht auf die aufaddierte Gesamtmenge ankommen kann.²⁸

Mit der neuen Umschreibung der Widerhandlungen in Artikel 19a wird gleichzeitig die bundesgerichtliche Praxis zur Abgrenzung von Artikel 19a Ziffer 1 und Artikel 19 des geltenden Rechts kodifiziert.²⁹

Artikel 19c des geltenden Rechts wurde ersatzlos gestrichen. Da der Konsum von Betäubungsmitteln nicht mehr strafbar ist, erfüllt die Anstiftung zum Konsum ebenfalls

keinen Straftatbestand mehr. Wird jedoch öffentlich zum Konsum von Betäubungsmitteln aufgefordert oder eine Gelegenheit zum Erwerb oder Konsum von Betäubungsmitteln bekanntgegeben, greift der Straftatbestand von Artikel 19 Ziffer 3 BetmG.

Artikel 19b Opportunitätsprinzip für geringfügige Fälle und zur Unterstützung einer Therapie

Ziffer 1 begründet eine allgemeine Opportunitätsregelung für vielfältigste Fälle, in denen eine Strafverfolgung oder Bestrafung wegen des fehlenden Strafbedürfnisses als unangemessen erscheint - etwa wenn der Täter den Konsum eines/einer Andern finanziert hat, um ihn/sie aus der Beschaffungskriminalität oder der Drogenszene herauszuhalten; er mit gelegentlichem Kleinhandel oder Gegengeschäften seinen Eigenbedarf finanziert hat, die Tat schon einige Zeit zurückliegt und der Täter sich mittlerweile von der Drogenszene gelöst und aus der Abhängigkeit herausgefunden hat. Die Regelung entspricht in ihrer Grundstruktur einem Vorschlag der Expertenkommission zur Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches (Artikel 56 VE) sowie Artikel 52 des entsprechenden bundesrätlichen Entwurfs und Artikel 4 Absatz 1 Ziffer 3 des bernischen Strafverfahrensgesetzes. Sie wird um den Gedanken ergänzt, dass das Verfahren bei nicht allzu schweren, aber nicht mehr bloss geringfügigen Taten, auch dann einzustellen ist, wenn eine Bestrafung sich nicht als notwendig erweist, um weiterer Delinquenz entgegenzuwirken.

Ziffer 2 Absatz 1 verwirklicht die Option „Therapie statt Strafe bzw. Strafverfolgung“, die auch Artikel 19a Ziffer 3 des geltenden Rechts zugrundeliegt, dort aber wegen der Beschränkung auf blosse Konsumenten, die es bei den „harten“ Drogen praktisch nicht gibt, keinerlei Bedeutung erlangt hat. Neu soll auch bei *abhängigen Bedarfshändlern* das Verfahren zugunsten einer ärztlichen Behandlung oder Betreuung zunächst vorläufig und im Falle eines Therapieerfolgs endgültig eingestellt werden können. Sinn der Regel ist es, die Motivation zu einer Therapie durch einen positiven Anreiz zu verstärken. Um den Anwendungsbereich nicht unsachgemäss einzuschränken, werden neben Widerhandlungen gegen das BetmG weitere Straftaten einbezogen, die mit der Betäubungsmittelabhängigkeit des Täters in Zusammenhang stehen, so dass die

Bestimmung auch dann eingreifen kann, wenn der Täter der Beschaffungskriminalität zuzurechnende Delikte begangen hat. Gemeinsame limitierende Voraussetzung ist, dass insgesamt eine Strafe von nicht mehr als achtzehn Monaten zu erwarten ist. Das entspricht der derzeit für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs geltenden Schwelle. Die Beurteilung, ob dieses Erfordernis zutrifft, setzt voraus, dass der Fall ausermittelt ist, weshalb das Absehen bereits von der Strafverfolgung nicht in Frage kommt. Unter ärztlicher Behandlung oder Betreuung sind nicht bloss abstinenzorientierte Therapien zu verstehen, sondern auch Methadon- oder Heroinverschreibungsprogramme.

Wegen der Möglichkeit, die Verfolgung von Straftaten auch relativ erheblichen Gewichts zu sistieren, ist - anders als bei Artikel 19a Ziffer 3 des geltenden Rechts - eine genauere Regelung der Voraussetzungen erforderlich, unter denen das Verfahren wieder aufzunehmen bzw. endgültig einzustellen ist. Dies geschieht in den Absätzen 2 und 3 der Ziffer 2. Dass das Verfahren nicht mehr fortgesetzt werden kann, wenn seit seiner vorläufigen Einstellung mehr als zwei Jahre vergangen sind, mag auf den ersten Blick als zu kurze Fristansetzung erscheinen. Doch haben die Erfahrungen zum deutschen Recht, das in § 37 BetmG eine analoge Regelung kennt, gezeigt, dass „Rückfälle zumeist kurz nach der Entscheidung erfolgen.“³⁰

Artikel 19c Opportunitätsprinzip für den Kleinhandel mit Cannabis

Die Bestimmung schafft eine gesetzliche Grundlage zur Einführung einer Opportunitätsregelung nach niederländischem Muster. Der Anwendungsbereich ist auf Betäubungsmittel des Wirkungstyps Cannabis beschränkt. Das Absehen von der Strafverfolgung bezieht sich auch auf gewerblich betriebene Verkaufsstellen (Coffeeshops, Hanfläden). Die wesentlichen Voraussetzungen für die Möglichkeit des Absehens von der (gerichtlichen *und* polizeilichen) Strafverfolgung werden im Gesetz selbst geregelt. Damit wird erreicht, dass die bundesrätliche Verordnung bloss noch gesetzesvollziehenden Charakter haben kann.

Der Vorbehalt zugunsten einer Regelungskompetenz der Kantone (Absatz 3) hat den Zweck, auf kantonal oder lokal unterschiedliche Verhältnisse Rücksicht nehmen zu

können, wo dies einem sachlichen Bedürfnis entspricht. So erscheint es etwa als sinnvoll, den Kantonen (oder bei entsprechender Delegation: den Gemeinden) die Möglichkeit der Begrenzung der Anzahl der tolerierten Verkaufsstellen zu überlassen, z.B. um den Kontrollaufwand zu beschränken. Dasselbe gilt für die genauere Bestimmung der Auflagen, an die sich diese zu halten haben (vergleichbar etwa den polizeirechtlichen Vorschriften über Ort, Zeit oder Ausübung der Prostitution). Als problematisch zu erachten wäre es hingegen, die Zulassung zum Betrieb von Verkaufsstellen von einem entsprechenden Antrag der kommunalen/kantonalen Behörden abhängig zu machen oder die Möglichkeit zu eröffnen, die Grenzmengen abweichend festzulegen. Ersteres könnte erheblich unterschiedliche kantonale oder gar regionale Verteilungen zur Folge haben und damit den Cannabistourismus begünstigen sowie die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung unnötig erschweren. Letzteres liefe angesichts der hohen Mobilität der Bevölkerung und der Kleinräumigkeit der Schweiz auf eine anachronistische Verfolgungsvielfalt hinaus, die dem Grundsatz der Rechtsgleichheit widerspräche³¹.

323 Artikel 28 BetmG

Da nach dem hier vorgelegten Konzept die gesetzliche Verankerung des Opportunitätsprinzips in Artikel 19c, also im Kontext der Strafbestimmungen erfolgt ist, wird in Artikel 28 Absatz 1 der Vollständigkeit halber ein entsprechender Vorbehalt eingefügt.

4 Finanzielle und personelle Auswirkungen

Die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen haben keine direkt nachweisbaren finanziellen oder personellen Auswirkungen. Da jedoch eine Verwesentlichung der Strafverfolgung vorgeschlagen wird, ist in der Tendenz auf der Ebene der Strafverfolgung, insbesondere bei den strafpolizeilichen Ermittlungen, von einer kostensenkenden Wirkung auszugehen.

5 Verhältnis zum internationalen Recht

Sämtliche der unterbreiteten Vorschläge (aber auch die im Anhang 2 und 3 dargestellten Varianten) verstossen nicht gegen die von der Schweiz bislang ratifizierten Vereinbarungen, insbesondere nicht gegen das Einheitsübereinkommen von 1961. Hingegen wäre bei einer Ratifikation des Uebereinkommens der Vereinigten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen von 1988 (Wiener Uebereinkommen) für jede Variante die Anbringung eines Vorbehaltes erforderlich. Will man die Ratifikation nicht hinausschieben, bis die Revision des BetmG abgeschlossen ist, sollte dieser deshalb sinnvollerweise so abgefasst werden, dass er keine der derzeit in der Diskussion stehenden Gesetzesänderungen verbaut. Ueberdies könnte, was in einem ersten Anlauf nicht durchkommt, später einmal erwünscht sein. Auch dies spricht, angesichts der massiven Schwierigkeiten, eine einmal eingegangene völkerrechtliche Verpflichtung wieder rückgängig zu machen bzw. ein Uebereinkommen zu ändern, für einen weitgefassten Vorbehalt. Das zeigt nicht zuletzt die Festlegung in der Cannabisfrage durch das Einheitsübereinkommen von 1961. Zur Illustration sei erwähnt, dass die verschiedenen Standesinitiativen (ZH, SO, BL) für eine Teillegalisierung mit Konzessionssystem und die in die gleiche Richtung gehende parlamentarische Initiative Vermot schon mit dem von der Schweiz ratifizierten Einheitsübereinkommen von 1961 nicht vereinbar sind.

6 Verfassungsmässigkeit

Die vorgeschlagenen Gesetzesbestimmungen stützen sich auf die Artikel 69, 69bis und 64bis der Bundesverfassung. Dem Bund kommt im Bereich des Betäubungsmittelrechtes eine umfassende Gesetzgebungskompetenz zu, die ihn auch zum Erlass von Bestimmungen über den Vollzug, namentlich auch zum Erlass von Bestimmungen über die Strafverfolgung im Bereich des Betäubungsmittelrechtes ermächtigt.

¹ Ausführliche historische Darstellung mit weiteren Hinweisen: Irma Weiss, Die schweizerische Betäubungsmittel-Gesetzgebung in ihrer Entwicklung, Beihefte zur ZSR, Heft 1, 1982, 63 ff.

² Die Verurteilungen wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz stiegen in dieser Zeit sprunghaft an, von 9 im Jahre 1965 auf 367 im Jahre 1969 und 1024 im Jahre 1970, wobei der grösste Teil der Verurteilten jünger als 30 Jahre alt war (vgl. Hans Schultz, Die strafrechtliche Behandlung der Betäubungsmittel, SJZ 68 (1972), 229).

³ Vor 1975 wurde das Betäubungsmittelgesetz im Jahr 1951 einer Totalrevision und im Jahr 1968 einer Teilrevision unterzogen. Mit letzterer wurde das Betäubungsmittelgesetz an die Anforderungen des Einheits-Uebereinkommens von 1961 angepasst. Die heutige schweizerische Regelung geht aber in einigen Punkten über die Anforderungen des internationalen Rechtes hinaus.

⁴ Vgl. Botschaft vom 9. Mai 1973 betreffend die Aenderung des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel, BBl 1973 I 1367.

⁵ BBl 1973 I 1355 f.

⁶ Vgl. nur Frits Rüter, Drogenbekämpfung mit wenig(er) Strafrecht. Niederländische Erfahrungen der letzten 20 Jahre, in: Böker/Nelles (Hrsg.), Drogenpolitik wohin?, 2. Aufl. Bern 1992 (Fn. 3), 157 ff.; Martin Killias/Martin Grapendaal, Entkriminalisierung des Drogenkonsums oder Einschränkung der Strafverfolgungspflicht?, in: ZStrR 115 (1997) (Fn. 3), 100 Fn. 21.

⁷ Vgl. auch Bericht der Expertenkommission für die Revision des Betäubungsmittelgesetzes (Kommission Schild) 1996 (Fn. 12), 51 f. mit Fn. 6

⁸ Vgl. auch Expertenbericht 1996 (Fn. 12), 51

⁹ Einlässlich dazu und zum folgenden, Albrecht (Fn. 1), Artikel 19 N. 3 ff., 115 ff., 129 ff., mit Nachweisen.

¹⁰ Für ersatzlose Streichung Albrecht (Fn. 1), Artikel 19 N. 180; Dieter Thommen, Die Behandlung Drogenabhängiger, Bern/Frankfurt/New York 1984, 201 ff.; vgl. auch Guido Jenny, Strafrecht in der Drogenpolitik: eine kritische Bilanz, in: Böker/Nelles (Hrsg.), Drogenpolitik wohin? 2. Aufl. 1992, (Fn. 1), 170 ff.

¹¹ BGE 109 IV 144 f., 111 IV 101.

¹² BGE 112 IV 109 ff.; im Ergebnis gleich, nur mit anderer Begründung BGE 114 IV 164 ff.

¹³ Eine solch unverrückbare „Eichung“ der Strafskala allein durch die Drogenmenge wäre jedoch bloss unter *der* Bedingung unbedenklich, dass die so festgelegte Strafe selbst dann noch als angemessen erschiene, wenn sämtliche übrigen Strafzumessungsgründe zugunsten des Täters sprächen. Und umgekehrt müsste eine Strafe derselben Höhe auch in Fällen mit geringeren Mengen, aber aus anderen Gründen erhöhtem Verschulden, ohne weiteres in Betracht kommen. Damit aber wird offensichtlich, dass diese Voraussetzung bei *den* Grenzmengen, die nach der gegenwärtigen Rechtslage zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr führen, unmöglich erfüllt sein kann.

¹⁴ Vgl. das Beispiel bei Thommen (Fn. 3), 154: Umsatz von 2-4 gr. Heroin zur Bestreitung eines täglichen Verbrauchs von 0,4 gr.

¹⁵ Albrecht (Fn. 1), Artikel 19 N. 149, Artikel 19a N. 2, 17, 20; Jenny (Fn. 1), 171 - je mit Nachweisen.

¹⁶ Albrecht (Fn. 1), Artikel 19 N. 204.

¹⁷ Allerdings wird mitunter zur Begründung entsprechender Strafen auch für den Drogenhandel unter Verweis auf die Lebens- und Gesundheitsrisiken des Konsums explizit eine Parallele zu den Tötungsdelikten gezogen. Der Vergleich verkennt jedoch, dass es, anders als bei den genannten Delikten, nicht der Drogenhändler ist, der solche Gefahren für andere gegen deren Willen schafft, und schon gar keine hochgradigen oder unmittelbaren. Es ist vielmehr der Konsument, der sich selbst gefährdet und derjenige, der ihm die Drogen verschafft, trägt dazu nur sehr mittelbar bei. Wenn man darin keinen entscheidenden Unterschied sehen wollte, was rechtfertigte es dann, den Verkauf von Alkohol und Tabak straflos zu lassen und nicht einmal im entferntesten daran zu denken, ihn „in schweren Fällen“ mit Zuchthaus bis zu zwanzig Jahren zu bestrafen? Weit näher als der Blick auf Kapitalverbrechen läge jedenfalls, wenn schon, jener auf den Tatbestand der „Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord“ (Artikel 115 StGB) mit einer Höchststrafe von fünf Jahren. Auch setzen sich solche Vergleiche über den Umstand hinweg, dass die Mortalitäts-, Morbiditäts- und Verelendungsrisiken Abhängiger zu einem hohen Anteil nicht auf das Konto des Drogenkonsums als solchen gehen, sondern in dem bestehenden Ausmass gerade erst und nur durch die Kriminalisierung geschaffen werden. Schliesslich gibt es keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass Strafen auf dem Niveau der für Tötungsdelikte ausgesprochenen generalpräventiv wirksamer wären. Vielmehr münden sämtliche empirischen Untersuchungen zur Erforschung signifikanter Korrelationen zwischen einer bestimmten Strafpraxis und der Kriminalitätsentwicklung übereinstimmend in den Befund, dass strafrechtliche Sanktionen innerhalb eines weiten Spektrums austauschbar sind, ohne dass dies an der Geltung der Norm etwas änderte. Vor diesem Hintergrund ist eine massvolle Herabsetzung der Strafobergrenze für die qualifizierte Tatbegehung angezeigt, auch wenn man im übrigen die Ausnutzung des Leichtsinns oder der Abhängigkeit anderer, um daraus Kapital zu schlagen, für durchaus verwerflich hält.

¹⁸ Eingehend dazu und zum folgenden Killias/ Grapendaal 94 ff.; Frits Rütters, Die strafrechtliche Drogenbekämpfung in den Niederlanden. Ein Königreich für Aussteiger?, in: ZStrW 100 (1988) 385 ff.; derselbe 1992, 147 ff.

¹⁹ Dies geschieht vornehmlich dadurch, dass die Konferenz der fünf Generalprokuratoren in Abstimmung mit dem ihnen gegenüber weisungsberechtigten Justizminister generelle, landesweit verbindliche, amtlich zu veröffentlichende und auch das Ermittlungshandeln der Polizei beschränkende Richtlinien erlässt, die festlegen, welche Straftaten in welcher Priorität und welche überhaupt nicht (mehr) zu verfolgen sind. Der Justizminister seinerseits ist für die Ausübung seines Weisungsrechts gegenüber dem Parlament verantwortlich, so dass mindestens mittelbar eine gewisse Kontrolle durch den Gesetzgeber gewährleistet ist, da die (parlamentsabhängige) Regierung in ihrem eigenen politischen Interesse darauf achten wird, dass die die Strafverfolgung begrenzenden Direktiven sich von den im Parlament herrschenden Mehrheitsauffassungen (und damit indirekt auch vom Wählerwillen) nicht allzu weit entfernen.

²⁰ Folgende Bedingungen werden den sog. Coffeeshops auferlegt: keine Werbung, keine harten Drogen, keine Störung der öffentlichen Ordnung, kein Verkauf an Minderjährige sowie von den Bedarf für den Eigenverbrauch übersteigenden Mengen (früher nicht mehr als 30 gr., derzeit nicht mehr als 5 gr.). Nicht geregelt ist hingegen die ebenso bedeutsame Frage, in welchen Mengen die Coffeeshops Cannabis erwerben bzw. auf Vorrat halten dürfen. Vielmehr weisen die Richtlinien insoweit darauf hin, dass dafür mangels gesetzlicher Grundlagen keine Grenzwerte angegeben werden können (so dass der Betreiber des Coffeeshops, der stets grössere bzw. grosse Mengen mindestens besitzt und, zählt man die einzelnen Geschäfte zusammen, auch verkauft, eigentlich verfolgt werden müsste). Doch wird diese Lücke in der Praxis offenbar mehr oder minder informell geschlossen: entweder durch faktisches Gewährenlassen von Seiten der Polizei oder durch die in den Richtlinien vorbehaltene Möglichkeit, die Strafverfolgung durch Absprachen zwischen der lokalen Staatsanwaltschaft, der örtlichen Polizei und dem Stadt- bzw. Gemeindepräsidium zusätzlich zu begrenzen, auf solche Absprachen gestützte Vereinbarungen mit den Inhabern der Coffeeshops oder gar durch das Betreiben von Coffeeshops in gemeindeeigener Regie. Von der Strafbarkeit nicht ausgenommen ist hingegen, mindestens „offiziell“, der Belieferer des Coffeeshops, mit der paradoxen Folge, dass die Beschaffung des Cannabis, das de facto legal verkauft werden darf, nur aus illegalen Quellen möglich ist und damit die Coffeeshops, entgegen der beabsichtigten Trennung der Märkte, mehr als erwartet im Dunstkreis der harten Drogenszene, von Geldwäscherei und organisierter Kriminalität verblieben sind.

²¹ Ausführlich dazu Killias/Grapendaal (Fn. 3), 100 ff.; Killias (Fn. 2) VII ff.

²² In diesem Zusammenhang dürfte es nicht ganz überflüssig sein, daran zu erinnern, dass in den USA, der treibenden Kraft für das Zustandekommen der internationalen Vereinbarungen, sich die Strafverfolgung nach dem Opportunitätsgrundsatz richtet, mit einem sehr weiten Ermessen der Polizei, und es zudem in gegen 90% der Fälle nicht zu einem ordentlichen Prozess, sondern zu einem Abschluss des Verfahrens im Wege des plea bargaining kommt.

²³ Demgegenüber sind die verschiedenen Standesinitiativen (ZH, SO, BL) für eine Teillegalisierung mit Konzessionssystem ebenso wie die in die gleiche Richtung gehende parlamentarische Initiative Vermot schon mit dem von der Schweiz ratifizierten Einheitsübereinkommen von 1961 nicht vereinbar.

²⁴ vgl. Killias/Grapendaal (Fn. 3), 98 Fn. 14, 101 Fn. 22.

²⁵ Ebenso Albrecht (Fn. 1), Artikel 19 N. 54.

²⁶ Nach der heutigen Regelung macht sich der Arzt, der eine Erlaubnis zur Verwendung von Betäubungsmitteln besitzt, strafbar, wenn er z.B. einem Patienten Heroin oder Methadon entgegen den anerkannten Regeln der medizinischen Wissenschaften injiziert; er bleibt hingegen straflos, wenn dies an sich in Übereinstimmung mit den genannten Regeln, aber ohne die entsprechende Bewilligung geschieht. Nicht strafbar macht sich auch, wer (ohne Arzt zu sein) einem andern mit dessen Einverständnis Betäubungsmittel injiziert, jedenfalls dann, wenn man für das „Verschaffen“ bzw. In-Verkehr-Bringen beim „Empfänger“ das Erlangen eigenständiger „Verfügungsmöglichkeit“ voraussetzt (so Albrecht, Fn. 1 zu Artikel 19 N. 61).

²⁷ Wie hier Albrecht (Fn. 1), Artikel 19 N. 184.

²⁸ So die herrschende Meinung; anders allerdings unveröffentlicher BGE vom 11.11.1998 - vgl. Ph. Weissenberger, AJP 1999, 353 ff., mit Nachweisen.

²⁹ Danach sind mit „Widerhandlungen zum eigenen Konsum“, entgegen dem weiterreichenden Wortlaut, bloss „Beschaffungshandlungen“ gemeint, also nur solche, die, wie sich das BGer ausdrückt, „mit eigenem Konsum überhaupt vereinbar sind“, nicht dagegen sog. „Weitergabehandlungen“ (BGE 118 IV 203).

³⁰ Harald Körner, Betäubungsmittelgesetz, Kurz-Kommentar, 4. Aufl. 1994, § 37 N. 2 a.E.

³¹ In diesem Sinn auch Killias/Grapendaal (Fn. 3), 105 mit Fn. 35, als Einwand gegen eine umfassende Kompetenzdelegation an die Kantone und unter Hinweis darauf, dass in Holland landesweit einheitliche Direktiven gelten, da - wie es in den Richtlinien heisse - bei der Anwendung des Gesetzes „eine möglichst grosse Einheitlichkeit im Fahndungs-, Strafverfolgungs- und Strafzumessungswesen nicht allein um der Rechtsgleichheit willen von grosser Bedeutung“ sei, „sondern auch um territoriale Verschiebungen im Bereich der Drogen zu vermeiden.“

Darstellung der in der Subkommission verabschiedeten Varianten

Variante 2; Vorschlag der Subkommission

Art. 19 (neu) (*Grundtatbestand für die Varianten 1 bis 3*)¹

1. Wer unbefugt alkaloidhaltige Pflanzen oder Hanfkraut zur Gewinnung von Betäubungsmitteln anbaut,
wer unbefugt Betäubungsmittel herstellt, auszieht, umwandelt oder verarbeitet,
wer sie unbefugt lagert, versendet, befördert, einführt, ausführt oder durchführt,
wer sie unbefugt veräußert, verwendet, verordnet, sonstwie einem anderen verschafft oder in Verkehr bringt,
wer als Arzt, Zahnarzt, Tierarzt oder Apotheker Betäubungsmittel anders als nach Artikel 11 oder 13 verwendet oder abgibt oder sie als Arzt oder Tierarzt anders als nach Artikel 11 verordnet,
wer Betäubungsmittel unbefugt besitzt, aufbewahrt, erwirbt oder sonstwie erlangt,
wer den unerlaubten Verkehr mit Betäubungsmitteln finanziert,
wer ein Gesuch mit unwahren Angaben stellt, um sich oder einem anderen eine Einfuhr-, Ausfuhr oder Durchfuhrerlaubnis zu verschaffen,
wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft.
Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Gefängnis bis zu einem Jahr, Haft oder Busse.

¹ Die Bestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes verfügen über keine Sachüberschriften. Zur Erleichterung der Arbeit werden im vorliegenden Entwurf Arbeitstitel verwendet. Der Begriff 'Grundtatbestand' ist nicht im juristisch-technischen Sinne zu verstehen.

2. Der Täter wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder mit Gefängnis nicht unter sechs Monaten bestraft, wenn er

a. die Tat in der Absicht begeht, einen grossen Umsatz oder einen erheblichen Gewinn zu erzielen;

b. als Mitglied einer kriminellen Organisation (Art. 260^{ter} StGB) handelt.

Die Freiheitsstrafe kann mit einer Busse bis zu 1 Million Franken verbunden werden.

Absatz 1 Buchstabe a ist nicht anwendbar, wenn der Täter mit Betäubungsmitteln des Wirkungstyps Cannabis handelt.

3. Wer öffentlich zum Betäubungsmittelkonsum auffordert oder öffentlich eine Gelegenheit zum Erwerb oder Konsum von Betäubungsmitteln bekanntgibt, wird mit Haft oder mit Busse bestraft.

4. Diesem Gesetz ist auch unterworfen, wer im Ausland eine vorsätzliche Tat nach Ziffer 1 oder 2 begeht, wenn er sich in der Schweiz befindet und nicht ausgeliefert wird und wenn die Tat auch am Begehungsort strafbar ist.

Ist das Gesetz des Begehungsortes für den Täter das mildere, so ist dieses anzuwenden.

Artikel 6^{bis} Ziffer 2 des schweizerischen Strafgesetzbuches ist anwendbar.

Art. 19a (neu) (*Strafbarer Drogenkonsum*)

¹Wer vorsätzlich unbefugt Betäubungsmittel konsumiert oder eine Widerhandlung nach Artikel 19 begeht, mit der er sich Betäubungsmittel zum eigenen Konsum beschafft, ohne dadurch den Konsum Dritter zu ermöglichen, wird mit Haft oder mit Busse bestraft. Artikel 19b bleibt vorbehalten.

²Untersteht oder unterzieht sich der Täter wegen des Konsums von Betäubungsmitteln einer ärztlichen Behandlung oder einer ärztlich beaufsichtigten Betreuung, so sieht die zuständige Behörde, sofern kein Einstellungsgrund nach Artikel 19c Ziffer 1 vorliegt, von der Strafverfolgung, der Ueberweisung an das Gericht oder der Bestrafung vorläufig ab.

Das Strafverfahren wird fortgesetzt, wenn sich der Täter der Behandlung oder der Betreuung entzieht.

Art. 19b (neu) (*Strafloser Drogenkonsum; Cannabis*)

Nicht strafbar ist,

wer Betäubungsmittel zur Ermöglichung des gleichzeitigen und gemeinsamen Konsums unentgeltlich abgibt,

wer Betäubungsmittel des Wirkungstyps Cannabis konsumiert oder eine Widerhandlung nach Artikel 19 begeht, mit der er sich solche Betäubungsmittel beschafft, ohne dadurch den Konsum Dritter zu ermöglichen.

(Artikel 19b des bisherigen Rechts entfällt)

Art. 19c (neu) (*Opportunitätsprinzip für geringfügige Fälle und zur Unterstützung einer Therapie*)

1. Die zuständige Behörde sieht von der Strafverfolgung, der Ueberweisung an das Gericht oder der Bestrafung ab, wenn

- a. der Täter nicht während längerer Zeit oder nur gelegentlich Betäubungsmittel konsumiert oder sich nach Artikel 19a Ziffer 1 beschafft;
- b. das Unrecht der Tat und die Schuld des Täters aus einem anderen Grund geringfügig sind;
- c. eine Strafe von nicht mehr als sechs Monaten zu erwarten und nicht anzunehmen ist, dass es der Bestrafung bedarf, um der erneuten Begehung von Straftaten entgegenzuwirken.

2. Ist der Täter von Betäubungsmitteln abhängig und hat er zur Finanzierung seines Bedarfs Betäubungsmittel verkauft, vermittelt oder sonstwie in Verkehr gebracht oder hat er eine andere Straftat begangen, die mit seiner Abhängigkeit in Zusammenhang steht, so kann die zuständige Behörde, sofern kein Einstellungsgrund nach Ziffer 1 vorliegt, von der Ueberweisung an das Gericht oder der Bestrafung vorläufig absehen,

wenn eine Strafe von nicht mehr als achtzehn Monaten zu erwarten ist und der Täter ärztlicher Behandlung oder Betreuung untersteht oder sich ihr unterzieht.

Das Strafverfahren wird fortgesetzt, wenn

- a. der Täter sich der Behandlung oder Betreuung entzieht;
- b. er erneut eine strafbare Handlung begeht, die in Verbindung mit der früheren Tat erkennen lässt, dass die Erwartung, die dem Verzicht auf die Strafverfolgung zugrundelag, sich nicht erfüllt hat;
- c. aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel eine Freiheitsstrafe von mehr als achtzehn Monaten zu erwarten ist.

Der Täter kann wegen der strafbaren Handlung, auf die sich die vorläufige Einstellung des Verfahrens bezog, nicht mehr verfolgt oder bestraft werden, wenn das Verfahren nicht innerhalb von zwei Jahren fortgesetzt wird.

(Artikel 19c des bisherigen Rechts entfällt)

Art. 19d (neu) (*Opportunitätsprinzip für den Kleinhandel mit Cannabis*)

¹Der Bundesrat erlässt nach Anhörung der Kantone Bestimmungen über die Strafverfolgung wegen strafbarer Handlungen, welche Betäubungsmittel des Wirkungstyps Cannabis betreffen.

²Diese können vorsehen, dass von polizeilichen Ermittlungen, der Strafverfolgung, der Ueberweisung an das Gericht oder der Bestrafung abzusehen ist, wenn der Täter

- a. Betäubungsmittel des Wirkungstyps Cannabis in geringen Mengen an Personen über 16 Jahren abgibt oder verkauft, auch wenn dies gewerbsmässig geschieht, sofern dadurch die öffentliche Ordnung nicht gestört und keine Werbung betrieben wird;
- b. eine Widerhandlung begeht, die auf eine Veräusserung nach Buchstabe a gerichtet ist oder mit ihr zusammenhängt, namentlich Betäubungsmittel des

Wirkungstyps Cannabis in grösseren Mengen anbaut, herstellt, erwirbt oder lagert.

³Abweichende Bestimmungen in Berücksichtigung örtlich unterschiedlicher Verhältnisse sind zulässig, soweit dem nicht das Gebot rechtsgleicher Behandlung entgegensteht. Insbesondere kann der Erlass von Vorschriften zum Schutze der öffentlichen Ordnung und über die zahlenmässige Begrenzung gewerblich betriebener Verkaufsstellen sowie die von ihnen einzuhaltenden Auflagen den Kantonen überlassen werden.

(Artikel 20 des bisherigen Rechts entfällt)

(Artikel 21 bis 27 unverändert)

Art. 28 (neu)

¹Die Strafverfolgung ist unter Vorbehalt von Artikel 19d Sache der Kantone.

²(unverändert)

Variante 3; Vorschlag der Subkommission**Art. 19 (neu)** *(Grundtatbestand für die Varianten 1 bis 3)*

1. Wer unbefugt alkaloidhaltige Pflanzen oder Hanfkraut zur Gewinnung von Betäubungsmitteln anbaut,
wer unbefugt Betäubungsmittel herstellt, auszieht, umwandelt oder verarbeitet,
wer sie unbefugt lagert, versendet, befördert, einführt, ausführt oder durchführt,
wer sie unbefugt veräussert, verwendet, verordnet, sonstwie einem anderen verschafft oder in Verkehr bringt,
wer als Arzt, Zahnarzt, Tierarzt oder Apotheker Betäubungsmittel anders als nach Artikel 11 oder 13 verwendet oder abgibt oder sie als Arzt oder Tierarzt anders als nach Artikel 11 verordnet,
wer Betäubungsmittel unbefugt besitzt, aufbewahrt, erwirbt oder sonstwie erlangt,
wer den unerlaubten Verkehr mit Betäubungsmitteln finanziert,
wer ein Gesuch mit unwahren Angaben stellt, um sich oder einem anderen eine Einfuhr-, Ausfuhr oder Durchfuhrerlaubnis zu verschaffen,
wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft.
Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Gefängnis bis zu einem Jahr, Haft oder Busse.

2. Der Täter wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder mit Gefängnis nicht unter sechs Monaten bestraft, wenn er

- a. die Tat in der Absicht begeht, einen grossen Umsatz oder einen erheblichen Gewinn zu erzielen;
- b. als Mitglied einer kriminellen Organisation (Art. 260^{ter} StGB) handelt.

Die Freiheitsstrafe kann mit einer Busse bis zu 1 Million Franken verbunden werden.
Absatz 1 Buchstabe a ist nicht anwendbar, wenn der Täter mit Betäubungsmitteln des Wirkungstyps Cannabis handelt.

3. Wer öffentlich zum Betäubungsmittelkonsum auffordert oder öffentlich eine Gelegenheit zum Erwerb oder Konsum von Betäubungsmitteln bekanntgibt, wird mit Haft oder mit Busse bestraft.

4. Diesem Gesetz ist auch unterworfen, wer im Ausland eine vorsätzliche Tat nach Ziffer 1 oder 2 begeht, wenn er sich in der Schweiz befindet und nicht ausgeliefert wird und wenn die Tat auch am Begehungsort strafbar ist.

Ist das Gesetz des Begehungsortes für den Täter das mildere, so ist dieses anzuwenden.

Artikel 6^{bis} Ziffer 2 des schweizerischen Strafgesetzbuches ist anwendbar.

(Artikel 19c des bisherigen Rechts entfällt)

(Artikel 20 des bisherigen Rechts entfällt)

(Artikel 21 bis 27 unverändert)

Art. 28 (neu) (*Opportunitätsprinzip für den Betäubungsmittelkonsum und den Kleinhandel mit Cannabis*)

1. Die Strafverfolgung ist unter Vorbehalt von Ziffer 2 Sache der Kantone.

2. Der Bundesrat erlässt nach Anhörung der Kantone Bestimmungen über die Strafverfolgung wegen Widerhandlungen gegen dieses Gesetz.

Diese können vorsehen, dass von polizeilichen Ermittlungen, der Strafverfolgung, der Ueberweisung an das Gericht oder der Bestrafung abzusehen ist, wenn der Täter

- a. Betäubungsmittel konsumiert oder eine Widerhandlung nach Artikel 19 begeht, mit der er sich Betäubungsmittel zum eigenen Konsum beschafft;
- b. Betäubungsmittel des Wirkungstyps Cannabis in geringen Mengen an Personen über 16 Jahren abgibt oder verkauft, auch wenn dies gewerbsmässig geschieht, sofern dadurch die öffentliche Ordnung nicht gestört und keine Werbung betrieben wird;

- c. eine Widerhandlung nach Artikel 19 begeht, die auf eine Veräusserung nach Buchstabe b gerichtet ist oder mit ihr zusammenhängt, namentlich Betäubungsmittel des Wirkungstyps Cannabis in grösseren Mengen anbaut, herstellt, erwirbt oder lagert; oder wenn
- d. die Widerhandlung, sofern es nicht um Betäubungsmittel des Wirkungstyps Cannabis geht, bloss im gelegentlichen und geringfügigen Handel besteht, namentlich wenn der Täter von Betäubungsmitteln abhängig oder minderjährig ist.

Abweichende Bestimmungen aufgrund örtlich unterschiedlicher Verhältnisse sind zulässig, soweit dem nicht das Gebot rechtsgleicher Behandlung entgegensteht. Insbesondere kann der Erlass von Vorschriften zum Schutze der öffentlichen Ordnung und über die zahlenmässige Begrenzung gewerblich betriebener Verkaufsstellen sowie die von ihnen einzuhaltenden Auflagen den Kantonen überlassen werden.

3. (bisheriger Absatz 2)