

Peter Albrecht

## Mit Ordnungsbussen gegen den unbefugten Cannabiskonsum

### *Abstract*

Die rechtliche Beurteilung des unbefugten Gebrauchs von Betäubungsmitteln, namentlich von Cannabisprodukten, ist in der schweizerischen Drogenpolitik stark umstritten. Sämtliche Bemühungen um eine Straffreiheit sind bislang gescheitert. In der Folge davon hat das Parlament im September 2012 für gewisse Fälle des Cannabiskonsums ein vereinfachtes Ordnungsbussenverfahren eingeführt. Damit sollen vor allem die Effizienz und die Rechtsgleichheit der Strafverfolgung verbessert werden. Diese aus dem Strassenverkehrsrecht übernommene Neuerung unterliegt jedoch erheblichen Bedenken und vermag keinen sachgerechten Beitrag zur Lösung des Cannabisproblems zu leisten.

*Schlüsselwörter:* *Ordnungsbusse, unbefugter Gebrauch von Cannabis, schweizerische Drogenpolitik, vereinfachtes Verfahren, Strassenverkehrsrecht*

*Fines against unauthorized cannabis consumption*

### *Abstract*

*The legal estimation of the illegal use of narcotics and psychotropic substances, in particular cannabis products is highly controversial in the Swiss drug policy. All efforts towards its exemption from punishment have failed to date. On these grounds the (Swiss) Parliament decided in September 2012 to introduce a simplified procedure for imposing fines for certain cases of cannabis consumption in order to improve efficiency and legal equality in criminal prosecution. However, this policy adopted from road traffic law is subject to strong doubts and cannot be an appropriate solution to the problem of cannabis use.*

*Keywords:* *Fines, illegal use of cannabis, Swiss drug policy, simplified procedure, road traffic law*

### *A. Einleitung*

In der schweizerischen Drogengesetzgebung spielen seit langem die endlosen Debatten um die strafrechtliche Beurteilung des unbefugten Gebrauchs von Betäubungsmitteln

DOI: 10.5771/0934-9200-2016-1-48

(namentlich von Hanfprodukten) eine dominante Rolle. Diese Thematik bildet bis heute den zentralen Knackpunkt in der Ausgestaltung des Betäubungsmittelgesetzes. So wurde zuletzt im Herbst 2012 für bestimmte Fälle des Cannabiskonsums die Möglichkeit von *Ordnungsbussen* geschaffen. Mit dieser Neuerung setzt sich der vorliegende Beitrag kritisch auseinander (nachfolgend Abschnitt C). Zum besseren Verständnis des rechtspolitischen Hintergrundes wird zuvor die Entstehungsgeschichte der neuen gesetzlichen Regelung skizziert (nachfolgend Abschnitt B und C/I).

### B. Die Strafbarkeit des Cannabiskonsums im schweizerischen Recht

#### I. Die Gesetzgebung von 1951

In Anlehnung an ein internationales Abkommen von 1925<sup>1</sup> nahm das am 3. Oktober 1951 erlassene Betäubungsmittelgesetz<sup>2</sup> den indischen Hanf (Haschisch und Marihuana) in die Liste der Betäubungsmittel auf. Die sachlichen Gründe hierfür finden sich illustrativ dargestellt in der bundesrätlichen Botschaft: "Der Verkehr mit indischem Hanf wird bei uns seit Jahren vorsorglicherweise und provisorisch behördlich überwacht. Mit der entsprechenden Ergänzung des BetmG wurde jedoch wegen der geringen Bedeutung, welche diesem Produkte zufällt, zugewartet. Seit dem Krieg besteht jedoch die Möglichkeit, dass Haschisch oder Marihuana ... durch fremde Truppen ... nach unseren Nachbarländern und von dort aus auch in unser Land gelangen. Es ist daher angezeigt, den indischen Hanf in die Liste der Betäubungsmittel aufzunehmen."<sup>3</sup> Ferner hob der Bundesrat hervor, Haschisch und Marihuana seien zu therapeutischen Zwecken nicht notwendig; durch das Verbot würden auch keine wirtschaftlichen Interessen beeinträchtigt<sup>4</sup>.

Art. 19<sup>5</sup> regelte den unbefugten und strafbaren Umgang mit Betäubungsmitteln (inkl. Cannabis) ziemlich detailliert. Gleichwohl wurde jedoch der unbefugte Konsum (noch) nicht explizit erwähnt. Im Anschluss daran hielt denn auch das Bundesgericht zunächst folgerichtig fest, dass der Drogenverbrauch straffrei sei: Mit den Art. 19 ff. solle nicht der Gebrauch von Betäubungsmitteln mit Strafe bedroht, sondern der Schwarzmarkt getroffen werden<sup>6</sup>. Einige Jahre später erfuhr die Rechtsprechung aber eine weitreichende Änderung, indem nunmehr die Konsumenten generell (indirekt) eines Vergehens schuldig erklärt wurden, weil sie die Betäubungsmittel jeweils auf straf-

1 Internationales Abkommen über die Betäubungsmittel vom 19. Februar 1925, SR 0.812.121.4.

2 BetmG, SR 821.121.

3 Bundesblatt 1951 I, 839.

4 Bundesblatt 1951 I, 843.

5 Zitierte Gesetzesbestimmungen ohne nähere Angaben beziehen sich auf das (schweizerische) Betäubungsmittelgesetz (BetmG).

6 BGE 86 IV 54 ff. (56 f., E. 2/d).

bare Weise erlangt hatten<sup>7</sup>. Das Gesetz stelle nämlich nicht nur den unkontrollierten Handel unter Strafe, sondern auch jeden unbefugten Erwerb<sup>8</sup>.

## II. Die Gesetzesrevision von 1975

Nachdem das zuletzt erwähnte Gerichtsurteil mit Recht auf heftige Kritik gestossen war, bildete die Frage nach der Strafwürdigkeit des Betäubungsmittelkonsums den umstrittensten Punkt der Gesetzesrevision von 1975<sup>9</sup>. Im Parlament wurde darüber einlässlich diskutiert. Die Befürworter eines Verbotes begründeten ihre Ansicht damit, dass in Anbetracht der verheerenden Zunahme des Verbrauchs von Rauschgiften eine gewisse Abschreckung erforderlich sei. In diesem Zusammenhang wurde wiederholt die grosse Belastung der Allgemeinheit durch die Folgeerscheinungen des Drogengegnusses hervorgehoben. Daneben spielte auch die kriminalistische Überlegung eine Rolle, dass die Händler am ehesten über die Verbraucher zu erfassen seien. Demgegenüber machten die Gegner einer Strafnorm geltend, dass der Konsument lediglich seine eigene Gesundheit schädige und unser Recht keine Bestrafung der Selbstschädigung kenne (selbst dann, wenn die Gesellschaft für den Schaden teilweise aufkommen müsse). So dann lasse sich der Kontakt mit Betäubungsmitteln überhaupt nicht verhindern; insbesondere nützten Strafen gegenüber Abhängigen nichts. Im Übrigen wurde auch die Ungerechtigkeit einer Bestrafung wegen des grossen Dunkelfeldes sowie im Hinblick auf die legalen Drogen wie Alkohol oder Nikotin betont.

Aus den parlamentarischen Debatten sind als Ergebnis die Art. 19a – 19c hervorgegangen, die einen deutlichen *Kompromisscharakter* aufweisen. Einerseits schreibt zwar das Gesetz ein Abstinenzgebot fest und erklärt den Konsum, soweit er nicht medizinisch indiziert ist, ausdrücklich für strafbar. Andererseits ist aber ein im Vergleich zu Art. 19 *privilegierter* Tatbestand entstanden. So wird bloss mit einer *Übertretungsstrafe*, d.h. mit Busse belegt, wer unbefugt Betäubungsmittel gebraucht. Unter gewissen Voraussetzungen kann im konkreten Einzelfall aus Opportunitätsgründen sogar von einer Strafe oder einer Strafverfolgung abgesehen werden (Art. 19a Ziff. 2 und 3).

## III. Gescheiterte Revisionsprojekte

Trotz der beschriebenen Bemühungen der Legislative um eine differenzierte Regelung des Betäubungsmittelkonsums vermochte die am 20. März 1975 beschlossene Gesetzesfassung niemanden wirklich zu befriedigen. Das betraf nicht zuletzt auch die Strafnormen gegen den unbefugten Cannabisgebrauch. Deshalb wurden in den darauf folgenden Jahren mehrfach Reformvorschläge für einen straffreien Konsum von Ha-

7 Grundlegend BGE 95 IV 179 ff. – Im hier zugrunde liegenden Sachverhalt wurde eine Marihuana-Zigarette zwischen zwei Personen hin und her gegeben, wobei die beiden Beteiligten jeweils daran zogen.

8 BGE 95 IV 179 ff. (182 f., E. 3 und 4).

9 Einzelheiten zum Folgenden bei Albrecht 2007, Art. 19a N 1 f., mit zahlreichen Nachweisen.

schisch und Marihuana ausgearbeitet<sup>10</sup>. Nach der in einer Volksabstimmung zurückgewiesenen Volksinitiative "für eine vernünftige Drogenpolitik"<sup>11</sup> setzte sich der Bundesrat im Jahre 2001 für die Entkriminalisierung des Cannabiskonsums und der dazu gehörenden Vorbereitungshandlungen ein, dies gestützt auf eine Neubeurteilung der Gefahren des Gebrauchs von Hanf<sup>12</sup>. Damit sollte der Tatsache Rechnung getragen werden, "dass Cannabis über ein ungleich geringeres Abhängigkeits- und Risikopotenzial als Heroin, Kokain und Amphetamine, aber auch als Alkohol und Tabak verfügt und andererseits für einen nicht zu vernachlässigenden Teil der Bevölkerung zu einer sozial integrierten Gewohnheit geworden ist"<sup>13</sup>.

Doch dieses Vorhaben fand im Parlament keine Zustimmung: "In der Sommersession 2004 beschloss der Nationalrat, definitiv nicht auf die Vorlage einzutreten. Die Mehrheit vertrat die Auffassung, die vorgeschlagene Straffreiheit führe zu einer Banalisierung des Cannabiskonsums. Das geltende Konsumverbot sei nach wie vor die beste Präventionsmassnahme, um insbesondere Jugendliche davon abzuhalten, Cannabis zu konsumieren und dabei ihre körperliche und psychische Gesundheit ernsthaft zu gefährden. Außerdem befürchtete die Ratsmehrheit eine Zunahme des Konsumtourismus, sollte die Schweiz den Konsum straffrei erklären."<sup>14</sup>

Im Januar 2006 wurde dann die Volksinitiative "für eine vernünftige Hanf-Politik mit wirksamem Jugendschutz" eingereicht. Danach sollten u.a. der Konsum, der Besitz, der Anbau und der Erwerb psychoaktiver Substanzen der Hanfpflanze zum Eigenkonsum nicht mehr strafbar sein<sup>15</sup>. Die bisherige Strafbarkeit sei – so die Initiantinnen und Initianten – "unverhältnismässig im Vergleich zum straffreien Alkohol- und Tabakkonsum und kriminalisiere eine viel zu hohe Zahl von Personen in der Schweiz"<sup>16</sup>. Volk und Stände lehnten jedoch am 30. November 2008 diese Initiative mit einem deutlichen Ergebnis ab<sup>17</sup>. Die wichtigsten Argumente der Initiativgegner lagen im grundsätzlichen Widerstand gegen eine Liberalisierung weicher Drogen und im Jugendschutz<sup>18</sup>.

10 Teilweise wurde noch weitergehend die Straffreiheit für den Konsum sämtlicher Betäubungsmittel gefordert: z.B. *Joset / Albrecht* 1986, 247 und *Albrecht* 1990, 29f.; im gleichen Sinne auch schon früher *Schultz* 1972, 229 ff.

11 Siehe Bundesratsbeschluss, Bundesblatt 1999, 1092.

12 Bundesblatt 2001, 3734. – *Hansjakob* 2012, 320, nannte das eine "progressive Forderung".

13 Bundesblatt 2001, 3748.

14 Parlamentarische Initiative, Betäubungsmittelgesetz, Revision (Ordnungsbussenverfahren), Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 2. September 2011, Bundesblatt 2011, 8197; *Hansjakob / Killias* 2012, 62 f.

15 Botschaft, Bundesblatt 2007, 249.

16 Botschaft, Bundesblatt 2007, 252.

17 Bundesratsbeschluss, Bundesblatt 2009, 60.

18 Bundesblatt 2011, 8197 f.

### C. Die Einführung des Ordnungsbussenverfahrens im Jahr 2012

#### I. Der rechtspolitische Hintergrund

Nach den mehrfach erfolglosen gesetzgeberischen Bemühungen um eine Straffreiheit für den Gebrauch von Cannabis blieb eine verbreitete Unzufriedenheit mit dem geltenden Recht bestehen. Infolgedessen beschloss die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates (SGK-NR) im Jahr 2011, den von der CVP-Fraktion früher eingebrachten Vorschlag weiterzuverfolgen und den Konsum von Cannabis nunmehr teilweise einem *Ordnungsbussenverfahren* zu unterstellen<sup>19</sup>. Wegleitend hierfür war vorab die Erwägung, dass die Bekämpfung des Cannabiskonsums mit strafrechtlichen Mitteln für Polizei und Justiz mit erheblichem Aufwand verbunden sei. Dieser werde im Verhältnis zur Schwere des Delikts insbesondere bei Erwachsenen mit moderatem und sozial unauffälligem Konsum als nicht angemessen empfunden<sup>20</sup>. Neben dem Gesichtspunkt der Effizienz staatlichen Handelns stand weiter auch das Problem der Rechtsgleichheit im Fokus, da die Umsetzung des Konsumverbots regional sehr unterschiedlich gehandhabt wurde<sup>21</sup>.

#### II. Die Grundzüge der neuen Regelung

##### 1. Vorbemerkungen

Der Kerngehalt der am 28. September 2012 eingeführten Regelung<sup>22</sup> gelangt primär in Art. 28b Abs. 1 zum Ausdruck, der für gewisse Fälle des Cannabiskonsums die Möglichkeit von *Ordnungsbussen* in einem *vereinfachten Verfahren* vorsieht. Diese Neuerung lehnt sich unmittelbar an eine entsprechende Regelung im *Strassenverkehrsrecht* an, nämlich an das Ordnungsbussengesetz von 1970<sup>23</sup>. Sie enthält außer der Einführung einer neuen Sanktionsart vor allem auffällige Komponenten des Verfahrensrechts. Diese sind interessanterweise nicht in der Prozessordnung eingefügt, sondern finden sich im Betäubungsmittelgesetz unmittelbar neben den Strafbestimmungen.

19 Ergänzend dazu *Hansjakob* 2012, 321 und 330 ff.

20 Bundesblatt 2011, 8200. – Solche verfahrensökonomischen Gesichtspunkte spielten auch für das Ordnungsbussengesetz im Strassenverkehrsrecht eine entscheidende Rolle (*Maeder* 2014, 688).

21 Bundesblatt 2011, 8200 f.; ferner *Hansjakob / Killias* 2012, 70.

22 In Kraft seit dem 1. Oktober 2013, AS 2013, 1451.

23 OBG, SR 741.03; ferner Bundesblatt 2011, 8200 f. – Dieses Gesetz soll gemäss der Botschaft des Bundesrates vom 17. Dezember 2014 einer Totalrevision unterzogen werden und künftig auch das betäubungsmittelrechtliche Ordnungsbussenverfahren übernehmen (Bundesblatt 2015, 959 ff. und 995 ff.; kritisch dazu *Mohler* 2015, Rz 1 ff.).

## 2. Die Ordnungsbusse

Materiell-rechtlich betrachtet fällt auf, dass Art. 28b als Sanktion anstelle einer im Sinne von Art. 106 StGB i.V.m. Art. 19a Ziff. 1 BetmG individuell zugemessenen Busse eine fixe Ordnungsbusse vorsieht. In dieser Herabstufung der angedrohten strafrechtlichen Sanktion gelangt zum Ausdruck, dass es bei den hier erfassten Übertretungen<sup>24</sup> um einen bloss minimalen Unrechts- und Schuldvorwurf<sup>25</sup> geht<sup>26</sup>. Dies wird noch zusätzlich bestätigt durch den drastisch reduzierten Verfahrensaufwand<sup>27</sup>, der belegt, dass man in diesem Bereich ein ordentliches Strafverfahren für überflüssig hält.

Trotzdem wird die betäubungsmittelrechtliche Ordnungsbusse – ebenso wie jene im OBG<sup>28</sup> – als *echte Strafe* bezeichnet<sup>29</sup>. Eine solche rechtliche Qualifikation vermag indessen nicht zu überzeugen. Zwar setzt die Ordnungsbusse einerseits ein nachgewiesenes schuldhafte Verhalten, nämlich den Cannabiskonsum gemäss Art. 19a Ziff. 1<sup>30</sup>, voraus. Ferner legt das Gesetz<sup>31</sup> die Bussenhöhe auf den Betrag von Fr. 100.- fest (Art. 28b Abs. 2) und orientiert sich hierfür an die damals für den Cannabiskonsum verhängten Strafen<sup>32</sup>. Zusätzlich wird (teilweise) dem Umstand Rechnung getragen, dass das Kiffen eine Selbstgefährdung darstellt<sup>33</sup>.

Darüber hinaus ist jedoch der genannte Geldbetrag vom Verschulden des Täters im Einzelfall losgelöst. Er lässt keine Abstufung der Deliktschwere zu und gilt folglich "ungeachtet der konsumierten Menge oder des THC-Gehalts im Erzeugnis"<sup>34</sup>. Ausserdem bleiben das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Täters – gleich wie in Art. 1 Abs. 3 OBG – unberücksichtigt (Art. 28b Abs. 3). Somit "fällt insbesondere auch die Möglichkeit dahin, dass mildernde Umstände (Art. 19a Ziff. 2 BetmG) geltend gemacht werden können, die das Strafmaß positiv beeinflussen"<sup>35</sup>.

24 Konkret dazu hinten II/3.

25 Vgl. auch Maeder 2014, 687.

26 Man muss hier sogar noch darüber hinaus kritisch nachfragen, worin eigentlich beim unbefugten Cannabiskonsum neben dem formellen Akt der Widerhandlung gegen Art. 19a unter dem materiellen Aspekt eine "Tatschuld" überhaupt vorliegt (zur Legitimationsproblematik der Konsumbestrafung ferner hinten Ziff. C/III/1).

27 Einzelheiten hinten C/II/4.

28 Siehe Botschaft, Bundesblatt 1969 I, 1093.

29 So Maurer 2013, Art. 28b N 4.

30 Ergänzend dazu hinten C/II/3.

31 Dass das *Gesetz* und nicht etwa eine Verordnung den massgebenden Bussenbetrag fixiert, ist sachgerecht, weil es sich hierbei um eine wichtige rechtspolitische Entscheidung handelt, die dem Parlament vorbehalten bleiben sollte (a.A. Hansjakob 2012, 333 und Botschaft, Bundesblatt 2015, 982).

32 Bundesblatt 2011, 8208, unter Hinweis auf die beträchtlichen Unterschiede je nach Kanton.

33 Amtl. Bull. 2012, N 1375 (Fehr): "Wir haben uns am Ordnungsbussenkatalog des Strassenverkehrs orientiert und festgestellt, dass für Selbstgefährdung – und bei Kiffen handelt es sich ausschliesslich um Selbstgefährdung – 100 Franken am oberen Ende der Bussenskala sind. Höhere Bussen werden nur für Taten mit Fremdgefährdung ausgestellt."

34 Bundesblatt 2011, 8208.

35 Bundesblatt 2011, 8208. – Kritische Stellungnahmen während des Gesetzgebungsverfahren bemängelten überdies, dass das Ordnungsbussenverfahren die behördliche Wahrnehmung ei-

Die in Art. 28b Abs. 2 und 3 niedergelegten Grundsätze bilden Kennzeichen eines Ordnungsbussenverfahrens, das dem Ziel einer Vereinfachung und Vereinheitlichung dient<sup>36</sup>. Gleichzeitig aber verlieren die verfügten Sanktionen viel von ihrem *Strafcharakter*. Der im Gesetz verankerte und von den konkreten Umständen des Einzelfalls unabhängige Bussenbetrag eignet sich nur sehr beschränkt, herkömmliche Strafzwecke zu verwirklichen, nämlich eine gerechte Tatvergeltung oder spezial- bzw. generalpräventive Anliegen. Anschaulich belegen das die Protokolle der lebhaften parlamentarischen Debatten um die massgebende Höhe der Ordnungsbussen<sup>37</sup>. Insgesamt lässt sich demnach festhalten, dass deren *Strafgehalt* im Vergleich zu jenem der Übertretungsbussen im Sinne von Art. 106 StGB stark *denaturiert* ist. Schliesslich wird auch darauf hingewiesen, dass im Bussenbetrag die Verwaltungskosten inbegriffen seien<sup>38</sup>. Das alles belegt, dass es hier letztlich nicht um eine Straf-, sondern eine *Verwaltungssanktion* mit diffusen Zielen geht, die an ein Verhalten ohne legitimes Strafbedürfnis anknüpft<sup>39</sup>.

### 3. Der Anwendungsbereich

Ein vertieftes Verständnis des neu eingeführten Sanktionensystems verlangt auch einen genauen Blick auf die für das Ordnungsbussenverfahren bestimmten Sachverhalte. Dieser Bereich ist ziemlich kompliziert geregelt und im Ergebnis *sehr eng* abgesteckt. In Betracht kommen, wie sich aus Art. 28b Abs. 1 ergibt, nicht sämtliche von Art. 19a erfassten Tathandlungen, sondern ausschliesslich der unbefugte *Konsum* von "Betäubungsmitteln des Wirkungstypus Cannabis". So entfallen die Art. 28b ff. von vorneherein für den Gebrauch anderer dem Betäubungsmittelgesetz unterstellter Stoffe<sup>40</sup>. Wer etwa Heroin, Kokain oder Ecstasy konsumiert bzw. eine nicht geringfügige Menge Cannabis, d.h. mehr als 10 Gramm (Art. 19b Abs. 2), zum Eigenbedarf besitzt<sup>41</sup>, wird gemäss Art. 19a Ziff. 1 in einem ordentlichen Strafverfahren nach den Bestimmungen der Schweizerischen Strafprozessordnung<sup>42</sup> sanktioniert.

Die weiteren Ausschlussgründe hinsichtlich des Ordnungsbussenverfahrens sind vor allem in Art. 28c enthalten. Demnach kommt eine Ordnungsbusse nicht in Betracht, "wenn die Täterin oder der Täter neben dem Cannabiskonsum gleichzeitig andere Widerhandlungen gegen dieses oder andere Gesetze begeht" (lit. a). Mit dem Er-

nes problematischen Cannabisgebrauchs verhindern könne (siehe Bundesblatt 2011, 8206 und 8223 f.).

36 Ebenso *Hansjakob* 2012, 333; siehe auch Amtl. Bull. 2012, N 282 f. (Gilli, Berset und Fehr).

37 Nachweise in Amtl. Bull 2012 N, 281 f., 1373 ff. und 1580 f. sowie Amtl. Bull. 2012 S, 409 f.

38 Bundesblatt 2011, 8208 und 8210; ergänzend dazu hinten C/II/4/c.

39 Weiterführend hinten C/III/1; vgl. allgemein zum Rechtscharakter der Ordnungsbussen auch *Mohler* 2015 , Rz 11.

40 Zutreffend *Maurer* 2013, Art. 28b N 3.

41 Siehe Bundesblatt 2011, 8207 und 8209.

42 StPO, SR 312.0. – In der Regel wird das ein Strafbefehlsverfahren gemäss Art. 352 ff. StPO sein.

fordernis der *gleichzeitigen Begehung*<sup>43</sup> spricht das Gesetz die rechtsdogmatische Figur der Ideallkonkurrenz<sup>44</sup> an. Man denkt da bspw. an jemanden, der neben dem Cannabiskonsum zum selben Zeitpunkt Betäubungsmittel (Cannabis<sup>45</sup> oder andere verbotene Substanzen) unbefugt besitzt oder sich als Ausländer illegal in der Schweiz aufhält (Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG<sup>46</sup>).

Die bewusst angestrebte Analogie zum Strassenverkehrsrecht zeigt sich augenfällig in Art. 28c lit. b, der das Ordnungsbussenverfahren verbietet "bei Widerhandlungen, die nicht von einem Polizisten eines zuständigen Polizeiorgans beobachtet wurden"<sup>47</sup>. Die Polizei darf also nur bei klarer Beweislage, die auf eigener Beobachtung beruht, eine Ordnungsbusse erheben (nicht hingegen auf Anzeige eines Dritten hin)<sup>48</sup>. Ob die Beweislage in jedem Einzelfall sich durch die Beobachtung eines Polizisten zweifelsfrei feststellen lässt, erscheint jedoch als fraglich. Wie kann der Beamte auf der Strasse etwa den THC-Gehalt des Stoffes oder die Grenzmenge von 10 Gramm ohne weiteres genau ermitteln?<sup>49</sup> Man wird wohl davon ausgehen dürfen, dass seriöse polizeiliche Sachverhaltsermittlungen im Bereich des verbotenen Hanfgebrauchs generell anspruchsvoller sind als bei den Bagatellübertretungen im Strassenverkehr. Dies trifft allein schon deshalb zu, weil Widerhandlungen gegen Art. 19a stets ein (nachweisbar) vorsätzliches Verhalten erfordern.

Ferner geht aus Art. 28c lit. c hervor, dass *Jugendliche*<sup>50</sup>, die beim Cannabiskonsum erwischt werden, nicht nach dem Ordnungsbussenverfahren zu beurteilen sind. Auf diese Weise werde der Jugendschutz sowohl über Artikel 3c als auch über Artikel 19a in Anwendung des Jugendstrafgesetzes<sup>51</sup> gewährleistet<sup>52</sup>.

#### 4. Besondere Verfahrensvorschriften

Neben der neuartigen Strafsanktion liegen die Schwerpunkte der Gesetzesrevision vom 28. September 2012 – ihrer kriminalpolitischen Zielsetzung entsprechend – primär auf der *prozessualen* Ebene. Die Ordnungsbussen sollen demzufolge in einem von den allgemeinen Vorschriften der Strafprozessordnung abweichenden und stark vereinfachten Verfahren verfügt werden. Dabei sind namentlich drei Punkte erwähnenswert.

43 Abweichend Art. 2 lit. d OBG, wo von einem zusätzlichen *Vorwurf* die Rede ist: "... wenn dem Täter zusätzlich eine Widerhandlung vorgeworfen wird, die nicht in der Bussenliste aufgeführt ist".

44 Allgemein zu dieser Figur Ackermann 2013, Art. 49 N 76 ff.

45 Siehe Bundesblatt 2011, 8209.

46 Ausländergesetz, SR 142.20.

47 Zum Vergleich Art. 2 lit. b OBG.

48 Maurer 2013, Art. 28c, N 3. – Allerdings kann eine Ordnungsbusse auch im ordentlichen Verfahren erhoben werden (Art. 28).

49 Kritisch auch der Bundesrat, Bundesblatt 2011, 8224.

50 Als solche gelten Personen bis zum vollendeten 18. Altersjahr (Maurer 2013, Art. 28c N 4).

51 JStG, SR 311.1.

52 Bundesblatt 2011, 8209.

### a) Polizeiliche Zuständigkeit

Eine erhebliche Vereinfachung strebt das Gesetz primär dadurch an, dass für die Erhebung der Ordnungsbussen nicht, wie sonst üblich, ein Gericht oder eine Staatsanwaltschaft, sondern *Polizeiorgane* zuständig sind (Art. 28d). In Betracht kommen hierfür nicht nur Beamte in Dienstuniform<sup>53</sup>. Der Täter kann die erhobene Busse sofort an Ort und Stelle oder innerhalb einer Frist von 30 Tagen bezahlen (Art. 28e Abs. 1)<sup>54</sup>. Zahlt er die Busse nicht fristgerecht, so wird das ordentliche Verfahren eingeleitet (Art. 28e Abs. 5)<sup>55</sup>.

Mit der polizeilichen Zuständigkeit verbindet sich unvermeidbar die rechtliche Problematik, dass die Ordnungsbusse – entgegen der Vorgabe des Art. 6 EMRK – nicht durch ein unabhängiges Gericht verfügt wird<sup>56</sup>. Das soll nach der Ansicht des Gesetzgebers zulässig sein, wenn ein Einverständnis der beschuldigten Person vorliegt<sup>57</sup>. Dementsprechend werden die Polizistinnen und Polizisten "verpflichtet, dem Täter mitzuteilen, dass er das Ordnungsbussenverfahren ablehnen kann" (Art. 28j Abs. 2<sup>58</sup>). Ob das allerdings genügt, um die Bedenken hinsichtlich Art. 6 EMRK auszuräumen, mag man bezweifeln. Insbesondere fragt sich, inwieweit die Betroffenen auf die ihnen zur Verfügung stehende rechtsstaatliche Garantie überhaupt verzichten können. Außerdem treffen die Beschuldigten den Entscheid über die Ablehnung des vereinfachten Verfahrens keineswegs ganz "freiwillig" angesichts des mit dem ordentlichen Verfahren verbundenen Kostenrisikos.

### b) Sicherstellung und Einziehung des cannabishaltigen Produkts

Wenn ein Polizeibeamter eine Haschisch rauchende Person beobachtet und diese daraufhin bussst, wird gemäss Art. 28b Abs. 4 mit der Erhebung der Ordnungsbusse das cannabishaltige Produkt *sichergestellt* (als Vorstufe einer Einziehung nach Art. 28e Abs. 4). Damit lehnt sich das Gesetz an die in Art. 263 Abs. 3 StPO statuierte polizeiliche "Notkompetenz"<sup>59</sup> an<sup>60</sup>. Ein wesentlicher Unterschied besteht freilich insofern, als es sich hier um keine "superprovisorische"<sup>61</sup> Massnahme handelt, weil nämlich das Bettäubungsmittel nicht zuhanden der Staatsanwaltschaft sichergestellt wird. Vielmehr dient die Sicherstellung unmittelbar der späteren Einziehung ohne vorherige formelle Beschlagnahme im Sinne von Art. 263 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 StPO.

53 Maurer 2013, Art. 28d N 1 und Hansjakob 2012, 333; anders für den Strassenverkehr Art. 4 Abs. 2 OBG.

54 Ebenso Art. 6 Abs. 1 OBG.

55 Ebenso Art. 6 Abs. 3 OBG.

56 Zur ähnlichen Problematik beim Strafbefehl, der durch die Staatsanwaltschaft erlassen wird: Riklin 2014, N 4f. vor Art. 252 – 256, mit Hinweisen.

57 Bundesblatt 2011, 8211.

58 Wörtlich identisch mit Art. 10 Abs. 1 OBG.

59 Bommer / Goldschmid 2014, Art. 263 N 67.

60 Maurer 2013, Art. 28b N 6.

61 Heimgartner 2014, Art. 263 N 26.

Im Weiteren hält Art. 28e Abs. 4 fest, dass das sichergestellte cannabishaltige Produkt mit der Bezahlung der Busse als *eingezogen* gilt. Damit will man verhindern, dass die Einziehung noch speziell verfügt werden muss<sup>62</sup>. Das ist nun aber eine äusserst bemerkenswerte "Lösung", die von der Einziehungskompetenz der Gerichte in Art. 69 StGB deutlich abweicht. So soll offenbar das Verhalten der verurteilten Person – nämlich die Bezahlung einer Busse – den üblicherweise notwendigen richterlichen Entscheid ersetzen. Nach der Meinung der SGK-NR steht das im Einklang mit der Vorgabe des Schweizerischen Strafgesetzbuches, "weil die betroffene Person eine gerichtliche Beurteilung erwirken kann, indem sie entweder das Ordnungsbussenverfahren überhaupt ablehnt (Art. 28j), oder die Busse innerhalb der Bedenkfrist nicht bezahlt (Art. 28e Abs. 5)." <sup>63</sup> Diese Argumentation vermag jedoch nicht zu überzeugen<sup>64</sup>, da die richterliche Zuständigkeit in Art. 69 StGB nicht nur fakultativ gilt. Dass ein Verurteilter selber über die Einziehung einer ihm durch die Polizei abgenommenen Sache entscheiden kann, ist zudem eine abstruse gesetzgeberische Konstruktion, die im schweizerischen Strafrecht ein Unikum darstellt!<sup>65</sup>

### c) Kostenloses Verfahren

"Im Ordnungsbussenverfahren dürfen keine Kosten erhoben werden." (Art. 28g<sup>66</sup>). Im Bussenbetrag sei nämlich der Aufwand der Kontrollorgane enthalten<sup>67</sup>. Hier liegt aus verfahrensökonomischen Gründen<sup>68</sup> eine problematische und für das Strafrecht atypische Vermischung von Sanktion und Kosten vor.

Der Verzicht auf eine Kostenbelastung kommt jedoch nicht in Betracht, sofern gestützt auf Art. 28e Abs. 5 oder 28j Abs. 2 das ordentliche Verfahren stattfindet, und zwar selbst dann nicht, wenn schliesslich nur auf eine Ordnungsbusse nach Art. 28l erkannt wird<sup>69</sup>. Für das ordentliche Verfahren gilt die Kostenfreiheit ausschliesslich dann, wenn es ohne sachlichen Grund eingeleitet worden ist<sup>70</sup>.

62 Maurer 2013, Art. 28e N 4.

63 Bericht, Bundesblatt 2011, 8210 (wobei versehentlich auf Art. 70 anstatt Art. 69 StGB Bezug genommen wird); ebenso Hansjakob 2012, 334.

64 Teilweise kritisch auch der Bundesrat, Bundesblatt 2011, 8224.

65 Der Bundesrat will nun freilich die hier beanstandete Konstruktion ohne Bedenken leider auch in die Totalrevision des OBG übernehmen (Botschaft, Bundesblatt 2015, 971 und 989; ebenfalls mit Recht kritisch Mohler 2015, Rz 41 ff.).

66 Wörtlich identisch mit Art. 7 OBG.

67 So Bundesblatt 2011, 8210; ferner vorne II/2.

68 Illustrativ zum OBG BGE 135 IV 221 ff. (223, E. 2.2).

69 Maurer 2013, Art. 28g N 2; ebenso zum OBG BGer vom 14.11.2007, 6B\_484/2007.

70 Maurer 2013, Art. 28g N 2; ebenso zum OBG BGE 121 IV 375 ff. (378 f., E. 1/c).

### III. Ein Schritt in die richtige Richtung?

#### 1. Normative Probleme

Wo die "richtige" Richtung liegt, hängt entscheidend davon ab, welche sinnvollen Ziele mit der Einführung von betäubungsmittelrechtlichen Ordnungsbussen verfolgt werden sollen. Bei der im September 2012 erlassenen Gesetzesänderung geht es – folgt man den offiziellen Verlautbarungen – primär um eine erhebliche Verfahrensvereinfachung wie auch um eine bessere Gewähr für mehr Gleichheit in der Rechtsanwendung<sup>71</sup>. Daneben gelangen im Gesetz jedoch – allerdings eher hintergründig<sup>72</sup> – auch Aspekte einer partiellen Entkriminalisierung des Cannabiskonsums zum Ausdruck. Die jeweils durch die Polizei verfügbaren Sanktionen weisen nämlich im Vergleich zu den Bussen nach Art. 106 StGB einen deutlich reduzierten Strafcharakter auf<sup>73</sup>.

Demnach war während des Gesetzgebungsverfahrens zuweilen die Rede von einem *Kompromiss* zwischen den Gegnern und den Befürwortern eines straffreien Gebrauchs von Cannabis<sup>74</sup>. Doch das kann kein Anlass für eine Beruhigung des gesetzgeberischen Gewissens sein; denn die fundamentale verfassungsrechtliche und kriminalpolitische Problematik einer Konsumbestrafung<sup>75</sup> wurde im Parlament überhaupt nicht angeprochen. Sie wurde vielmehr eher verschleiert und bleibt folglich ungelöst. Die unabsehbare Erkenntnis, dass es für eine Kriminalisierung des unbefugten Haschischkonsums an legitimen Gründen offenkundig mangelt<sup>76</sup>, wird mit der zwiespältigen Verwaltungssanktion der Ordnungsbusse<sup>77</sup> überdeckt<sup>78</sup>. Immerhin lassen sich zwar die Art. 28b ff. möglicherweise als (erster) Schritt, d.h. als Übergangsstufe, in Richtung Legalisierung betrachten. Andererseits aber – und das fällt stärker ins Gewicht – muss man darin auch eine Gefahr der Blockierung weiterer notwendiger Schritte erblicken. Es ist nämlich zu befürchten, dass infolge der eingeführten Neuerung der politische Druck für eine (vordringliche) *echte* Entkriminalisierung des Konsums von Hanfprodukten nachlassen wird.

Im Übrigen ergeben sich zusätzliche Bedenken daraus, dass das vereinfachte Verfahren lediglich für ein einziges Betäubungsmittel (Cannabis) vorgesehen wird. Das ist

<sup>71</sup> Dazu vorne C/I.

<sup>72</sup> Hätte der Gesetzgeber wirklich ernsthaft und mit Überzeugung längerfristig eine Entkriminalisierung anstreben wollen, dann wäre es sinnvoller gewesen, anstelle eines Ordnungsbussenverfahrens bspw. die entsprechenden Sachverhalte in Art. Art. 19a Ziff. 2 explizit als "leichte Fälle" aufzuführen.

<sup>73</sup> Siehe vorne C/II/2.

<sup>74</sup> So deutlich z.B. Amtl. Bull. N, 2012, 270 (Schenker); ferner a.a.O., 271 (Markwalder: "helvetischer Kompromiss").

<sup>75</sup> Ausführlich Albrecht 2007, Einleitung, N 42 ff., mit zahlreichen Hinweisen. – Die Tragweite des spezifisch verfassungsrechtlichen Blickwinkels wird auch ausserhalb des Parlaments häufig verkannt, so z.B. von Hansjakob / Killias 2012, 70 ff.

<sup>76</sup> Teilweise a.A. Hansjakob / Killias 2012, 70 ff.

<sup>77</sup> Dazu schon vorne C/II/2.

<sup>78</sup> Insoweit besteht ein wesentlicher Unterschied zu den vom OBG erfassten Sachverhalten, deren Strafwürdigkeit nicht prinzipiell infrage gestellt ist.

unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten nicht zu begründen<sup>79</sup>. Überdies gelangt das Ordnungsbussenverfahren nur in einem äusserst restriktiven Rahmen zur Anwendung<sup>80</sup>, wobei namentlich das Ausschlusskriterium des Art. 28c lit. b stört. Das lässt sich am folgenden Beispiel aufzeigen: Mehrere Studentinnen rauchen vor einem Tanzlokal gemeinsam Haschisch. Ein Polizist beobachtet einzelne von ihnen und büsst diese anschliessend mit je Fr. 100.-. Die übrigen Studentinnen geben zwar den Cannabiskonsum ebenfalls sogleich zu, sind jedoch vom vereinfachten Verfahren kategorisch ausgeschlossen, weil sie beim Kiffen "nicht von einem Polizisten eines zuständigen Polizeiorgans beobachtet wurden" (Art. 28c lit. b). Wie man eine solche Differenzierung in der juristischen Beurteilung als sachgerecht betrachten kann, ist nicht ersichtlich.

## 2. Unrealistische Erwartungen

### a) Effizienz

Abgesehen von den beschriebenen gravierenden betäubungsmittelrechtlichen Einwänden tauchen ausserdem gewisse Zweifel darüber auf, inwieweit die mit der Ordnungsbusse angestrebten Ziele realisierbar sind. So fragt sich wegen der ziemlich komplizierten gesetzlichen Regelung in erster Linie, wie stark die erwartete Arbeitsentlastung für die Drogenjustiz insgesamt oder zumindest für die Polizei sich auswirken wird. Diesbezüglich waren während der parlamentarischen Beratungen einzelne durchaus kritische Stimmen zu vernehmen, so etwa jene von Nationalrätin Geissbühler: "Auch das Argument, eine Ordnungsbusse verringere die bürokratischen Abläufe, ist wenig stichhaltig, denn beim Ausstellen von Ordnungsbussen muss auch ein Bedenkfristformular ausgestellt und müssen die sichergestellten Cannabisprodukte bis zum Fristende und zum Bezahlen der Busse registriert und gelagert werden. Irgendjemand muss es dann auch dem zuständigen Polizisten melden, wenn die Busse bezahlt worden ist, weil erst danach die Drogen vernichtet werden können. Deshalb ist das Eintreiben von Ordnungsbussen sicher aufwendiger als eine kurze Anzeige auf einem vorgedruckten Formular, die etwa zehn Minuten beansprucht."<sup>81</sup>

Darüber hinaus muss man hier erneut hervorheben, dass das Ordnungsbussenverfahren nur ein sehr schmales Segment des unbefugten Cannabiskonsums erfasst<sup>82</sup>. Insofern kann es für die Bekämpfung der Drogendelinquenz von vornehmerein nicht mehr als einen Tropfen auf einen heissen Stein bedeuten. Im Gegensatz dazu eröffnet die Ordnungsbussenverordnung im Strassenverkehr für unzählige Tatbestände die Möglichkeit einer polizeilichen Ordnungsbusse<sup>83</sup>.

79 Skeptisch auch der Bundesrat, Bundesblatt 2011, 8223 und Amtl. Bull. 2012 N, 273 (Berset).

80 Siehe vorne Ziff. C/II/3.

81 Amtl. Bull. 2012 N, 282.

82 Siehe vorne C/II/3.

83 Illustrativ hierfür die Bussenliste im Anhang 1 der OBV (SR 741.031).

### b) Rechtsgleichheit

Neben den Gesichtspunkten der Effizienz spielte für das Ordnungsbussensystem – angesichts der Differenzen in der kantonalen Sanktionspraxis – auch der Wunsch nach mehr Gleichheit in der Rechtsanwendung eine wichtige Rolle. Eine derartige Zielsetzung dürfte jedoch weitgehend illusorisch bleiben. Da widerspricht der fixe Bussenbetrag gemäss Art. 28b Abs. 2 und 3 einem umfassend verstandenen Gleichheitsgrundsatz, indem er eine gebotene Individualisierung der polizeilichen Sanktion nach der Tatschwere und den persönlichen Verhältnissen der Täterin ausschliesst. "Ein solcher Schematismus steht in gewissem Widerspruch zum Grundsatz, dass sich die Strafhöhe nach dem Verschulden bemisst."<sup>84</sup>

Vor allem aber betreffen die beklagten Ungleichheiten nicht primär die Auslegung der (materiell-rechtlichen) Strafnormen. Sie beruhen vielmehr zu einem ganz wesentlichen Teil auf einer jeweils unterschiedlichen (gesetzlich nicht konkret geregelten) Strafverfolgungsintensität. So gehört etwa das bewusste Wegschauen als Ausübung einer faktischen Opportunität zum realen Polizeialtag<sup>85</sup>, was gegen das Gebot einer gleichmässigen Anwendung der Gesetzesbestimmungen verstösst. Daran vermag auch die Einführung der Möglichkeit einer Ordnungsbusse nicht viel zu ändern. Eine einheitliche Praxis lässt sich solchermassen jedenfalls nicht erreichen.

### 3. Falscher Weg

Die detaillierte Analyse der Grundzüge des für den Cannabiskonsum neu eingeführten Sanktionierungssystems nach Art. 28b ff. hat zu zahlreichen Problemstellungen hingeführt. Diese betreffen sowohl rechtliche wie auch kriminalpolitische Dimensionen der am 20. September 2012 beschlossenen Gesetzesrevision. Erwähnenswert sind vor allem die teils markanten Friktionen mit den aus der Strassenverkehrsgesetzgebung übernommenen Prinzipien einer raschen Verfahrenserledigung durch die Polizei. Im Vordergrund stehen dabei allgemeine Zweifel an der Eignung der strassenverkehrsrechtlichen Ordnungsbussen für das Betäubungsmittelrecht.

Aus meiner Sicht hat die Legislative hier einen *falschen Weg* beschritten<sup>86</sup>. Für einen schmalen und unergiebigen Bereich des unbefugten Hanfgebrauchs ist ein ebenso aufwändiger wie juristisch mangelhafter Erlass mit elf Gesetzesbestimmungen (!) entstanden<sup>87</sup>. Er wird voraussehbar niemanden richtig befriedigen. Demnach fragt sich ernsthaft, ob es dem Parlament wirklich primär um eine spürbare Effizienzsteigerung ging oder nicht eher um eine ängstliche Abwehr gegen drängende Entkriminalisierungsbedürfnisse. Wie auch immer man das einschätzen mag, die Art. 28b ff. stellen eine kürzichtige Verlegenheitslösung dar, die einmal mehr die Hilflosigkeit der schweizerischen

<sup>84</sup> Bundesblatt 2011, 8224. – Siehe zur Frage der Gerechtigkeit auch vorne C/III/1.

<sup>85</sup> Hensler 2013, 49.

<sup>86</sup> A.A. Hansjakob 2012, 332 ff.

<sup>87</sup> Vgl. aber auch Hansjakob 2012, 320: "Immerhin kommt die Nanolösung des Mikroproblems in Gestalt einer Megavorlage daher."

Legislative dokumentiert. Diese ist offenkundig schon seit längerer Zeit nicht willens oder nicht fähig, für das Cannabisproblem eine sachgerechte und angemessene Lösung zu präsentieren.

Literatur:

- Ackermann* (2013) in: Niggli / Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerisches Strafrecht I, 3. Aufl.
- Albrecht* (1990) Die Mitverantwortung der Strafjustiz für das gegenwärtige Drogenelend, plädoyer, Heft 1, 26 – 30
- Albrecht* (2007) Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes (Art. 19 – 28 BetmG), 2. Aufl.
- Bommer / Goldschmid* (2014) in: Niggli / Heer / Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl.
- Hensler* (2013) Die Alltagsarbeit der Polizei zwischen Legalität und Opportunität, forumpoenale, 45 – 50
- Hansjakob* (2012) Ordnungsbussen – im SVG, bei Cannabiskonsum oder überhaupt?, in: Cavallo u.a. (Hrsg.), Liber amicorum Donatsch, 319 – 334
- Hansjakob / Killias* (2012) Repression in der Drogenpolitik, in: Eidgenössische Kommission für Drogenfragen (Hrsg.), Drogenpolitik als Gesellschaftspolitik, 59 – 72
- Heimgartner* (2014) in: Donatsch / Hansjakob / Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl.
- Joset / Albrecht* (1986) Entwurf einer liberalen Drogenpolitik: Die Revision des Betäubungsmittelgesetzes, ZSR, 243 – 257
- Maeder* (2014) Sicherheit durch Gebühren?, AJP, 679 – 691
- Maurer* (2013) in: Donatsch (Hrsg.), StGB, Kommentar, 19. Auflage, Art. 19 ff. BetmG
- Mohler* (2015) Anmerkungen zur vorgeschlagenen Revision des Ordnungsbussengesetzes, Jusletter 10. August
- Riklin* (2014) in: Niggli / Heer / Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl.
- Schultz* (1972) Die strafrechtliche Behandlung der Betäubungsmittel, SJZ, 229 – 238

Kontakt:

*Prof. Dr. Peter Albrecht  
Äussere Baselstr. 212  
CH-4125 Riehen  
albrecht.p@bluewin.ch*

NK 28. Jg. 1/2016