

Strafbarer Verkauf von Hanfprodukten ?

Anmerkungen zum BGE 126 IV 198 ff.
von Prof. Dr. Peter Albrecht, Strafgerichtspräsident (Basel)

Zusammenfassung des Sachverhalts:

R. bezog als Betreiber eines Hanfladens Hanfkraut und -blüten und verkaufte diese insbesondere in der Form von "Duftsäcklein", "Duftkissen" und Nachfüllpackungen an zahlreiche Kunden. Die von R. zum Verkauf angebotenen Produkte wiesen einen THC-Gehalt von 0,5 bis 2,5 % auf.

Aufgrund dieses Sachverhalts und weiterer Anklagepunkte verurteilte das Kantonsgericht St. Gallen R. am 17. November 1999 wegen mehrfacher Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz u.a. zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe. Die dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde am 13. März 2000 abgewiesen.

Zusammenfassung der rechtlichen Erwägungen:

Das Bundesgericht erachtete den Verkauf der Hanfprodukte als Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 BetmG, und zwar unter Hinweis auf die THC-Grenzwerte der Gesetzgebung zu den Lebensmitteln und der Landwirtschaft. Dabei wurde das subjektive Tatbestandsmerkmal "zur Gewinnung von Betäubungsmitteln" im Sinne eines Vorsatzes (unter Einschluss des Eventualvorsatzes) interpretiert.

Bemerkungen:

1. Den Ausgangspunkt für die Besprechung des vorliegenden Urteils bildet der Wortlaut des *Art. 19 Ziff. 1 BetmG*. Danach macht sich strafbar u.a., wer unbefugt Hanfkraut zur Gewinnung von Betäubungsmitteln anbaut (Abs. 1); ebenso auch wer unbefugt Betäubungsmittel verarbeitet, lagert befördert, anbietet, verkauft, in Verkehr bringt, besitzt usw. (Abs. 2 ff.).

Für den Begriff "*Betäubungsmittel*" enthält das Gesetz in Art. 1 eine Legaldefinition, in welcher auch das Hanfkraut ausdrücklich erwähnt wird. Der Kassationshof führt hierzu aus: "Nach Art. 1 Abs. 2 lit. a Ziff. 4 BetmG fällt Hanfkraut als Rohmaterial unter die vom Betäubungsmittelgesetz erfassten Substanzen (BGE 124 IV 44 E. 2b S. 46), ohne Rücksicht auf den Gehalt an psychoaktiven Substanzen (bei Hanf insbesondere Delta-Tetrahydrocannabinol [THC]). Handel und Umgang mit Hanfkraut unterstehen somit der staatlichen Kontrolle (Art. 2 BetmG)." (BGE 126 IV 199)

Diese Erwägung ist indessen unvollständig, weil sich nämlich die Definition der "*Betäubungsmittel*" nicht allein nach Art. 1 BetmG, sondern – gestützt auf Art. 3 lit. a BetmV (SR 812.121.1) und Art. 1 Abs. 1 lit. a BetmV-BAG (SR 812.121.2) – zusätzlich auch nach dem Verzeichnis im Anhang a zur BetmV-BAG richtet. Das genannte Verzeichnis hat eine konstitutive Wirkung für die Qualifikation eines Stoffes als *Betäubungsmittel* (sehr deutlich in diesem Sinne HANSJÖRG SEILER, Rechtsgutachten zu Handen des Bundesamtes für Gesundheit betreffend Psilopilze [halluzinogene Pilze], Münsingen, 19. Juni 1998 [unveröffentlicht], 5. ff.). Demnach fällt Cannabisharz bzw. Haschisch ohne weiteres unter den *Betäubungsmittel*begriff, währenddem beim Cannabis, Cannabisextrakt und Cannabisöl die Gesetzgebung an das finale Element "zur *Betäubungsmittel*gewinnung" anknüpft.

Dieselbe finale Einschränkung enthält auch die Bestimmung über die generell verbotenen Stoffe. So dürfen gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. d BetmG "Hanfkraut zur *Betäubungsmittel*gewinnung und das Harz seiner Drüsenhaare (Haschisch)" grundsätzlich (zu den Ausnahmen siehe Art. 8 Abs. 5 BetmG) nicht angebaut, eingeführt, hergestellt oder in Verkehr gebracht werden (ergänzend dazu Art. 3 lit. d BetmV und Art. 4 BetmV-BAG samt Anhang d). Allein das subjektive Kriterium der *Betäubungsmittel*gewinnung markiert die Grenze zwischen (*betäubungsmittel*rechtlich) legalem und illegalem Umgang mit Hanfkraut.

Somit betrachtet die geltende Gesetzgebung einzig Haschisch per se als *Betäubungsmittel* (und als generell verbotenen Stoff). Die übrigen Erzeugnisse der Hanfpflanze gelten hingegen erst dann als *Betäubungsmittel*, wenn ihr Zweck in der *Betäubungsmittel*gewinnung liegt. Diese Differenzierung lässt sich damit begründen, dass – aus der Sicht des Gesetzgebers – der Verkehr mit Haschisch in der Regel einzig *Betäubungsmittel*zwecken dient, währenddem die anderen Hanf-

produkte auch für legale Zwecke verwendbar sind (zutreffend Bezirksgericht Uster, plädoyer 3/2000, 62 f.).

2. Nach den dargelegten Erwägungen hängt also der Verkauf von Hanfkraut und -blüten entscheidend davon ab, ob er "*zur Betäubungsmittelgewinnung*" erfolgt.
 - a. Der im Begriff Betäubungsmittelgewinnung enthaltene Wortteil "Betäubungsmittel" ist in einem engeren Sinne zu verstehen als in der Legaldefinition des Art. 1 BetmG. Sonst wäre nämlich die Einstufung von "Cannabis zur Betäubungsmittelgewinnung" als "Betäubungsmittel" (gemäss Anhang a zur BetmV-BAG) in sich widersprüchlich und ergäbe keinen Sinn. Dementsprechend wird die Betäubungsmittelgewinnung allgemein als Gewinnung eines "*gebrauchsfertigen Betäubungsmittels*" interpretiert (so auch BGE 126 IV 199).
 - b. Die Frage nach dem gebrauchsfertigen Betäubungsmittel will das Bundesgericht anhand der in der Gesetzgebung zu den Lebensmitteln und zur Landwirtschaft vorgesehenen *THC-Grenzwerte* entscheiden: "Diese Grenzwerte können als Massstab dafür dienen, ab welchem Gehalt an THC ein Hanfprodukt als Betäubungsmittel gelten muss und nach Art. 8 Abs. 1 lit. d BetmG nicht mehr in Verkehr gebracht werden darf." (BGE 126 IV 200).

Für eine solche Norminterpretation durch Bezugnahme auf rechtliche Bestimmungen ausserhalb der Betäubungsmittelgesetzgebung fehlt jedoch im Urteil jegliche Begründung. Der Mangel wiegt hier umso schwerer, als der Verweis auf lebensmittel- und landwirtschaftsrechtliche THC-Grenzwerte sich nicht als sachgerecht erweist. Sowohl das Lebensmittelgesetz als auch das Landwirtschaftsgesetz enthalten nämlich ihrerseits eigene Strafbestimmungen, die auch die Missachtung der erwähnten Grenzwerte sanktionieren (Art. 47 ff. Lebensmittelgesetz [LMG, SR 817.0] und Art. 172 ff. Landwirtschaftsgesetz [LwG, SR 910.1]). Demnach erscheint eine (zusätzliche) Bestrafung gemäss Art. 19 BetmG als *überflüssig und sachwidrig*. Abgesehen davon hat aufgrund von Art. 3 Abs. 2 BetmG i.V.m. Art. 2 BetmV das Bundesamt für Gesundheitswesen die Befugnis, unter gewissen Voraussetzungen Betäubungsmittel in bestimmter Konzentration oder Menge von den gesetzlichen Kontrollmassnahmen auszunehmen. Deshalb vermögen die Grenzwerte aus der Lebensmittel- und Landwirtschaftsgesetzgebung keine

verbindlichen Massstäbe für die Auslegung des Betäubungsmittelgesetzes zu statuieren. Im Übrigen werden in den drei genannten Bereichen (Lebensmittel, Landwirtschaft und Betäubungsmittel) sehr unterschiedliche rechtspolitische Ziele verfolgt, so dass eine gegenseitige interpretatorische "Ausleihe" von vorneherein problematisch ist. Zumindest bedürfte eine derartige Auslegungshilfe einer näheren Erläuterung.

Schliesslich unterliegt die auf THC-Grenzwerten basierende Argumentation auch *rechtsdogmatischen Bedenken*; denn auf diese Weise wird das ausschliesslich subjektive Tatbestandsmerkmal "zur Betäubungsmittelgewinnung" durch die Rechtsanwendung unzulässigerweise in ein objektives Merkmal verwandelt. So erklärt denn der Kassationshof lapidar: "Der objektive Tatbestand des Erwerbs und Verkaufs von Betäubungsmitteln ist erfüllt, wenn Hanfprodukte vertrieben werden, deren Gehalt an THC den noch zulässigen Grenzwert überschreitet." (BGE 126 IV 201) Gestützt darauf soll dann für den subjektiven Tatbestand gemäss den allgemeinen strafrechtlichen Zurechnungsregeln ein auf die Grenzwertüberschreitung bezogener (Eventual-) Vorsatz genügen. Somit erfahren die Hanfprodukte eine erzwungene "Anpassung" an die übrigen Betäubungsmittel, indem die die gesetzliche Hanf-Regelung kennzeichnende spezifisch finale Struktur des Betäubungsmittelbegriffes wie auch der Normen von Art. 8 Abs. 1 lit. d und Art. 19 Ziff. 1 BetmG auf dem Wege der Rechtsfindung untergraben wird (besonders deutlich in diese Richtung PHILIPPE WEISSENBERGER, Zum subjektiven Tatbestand beim Handel mit Hanf in Marihuanaqualität, recht 2000, 235 f.).

Die hier geäusserte Kritik gegenüber den bundesgerichtlichen Erwägungen bedeutet nun aber nicht, das der THC-Gehalt von den in den Verkehr gebrachten Hanfpflanzen bzw. -produkten völlig irrelevant ist. Vielmehr darf man in der Regel desto eher auf das Handlungsziel der Betäubungsmittelgewinnung schliessen, je höher der Gehalt an THC ist (und umgekehrt). Verfehlt ist lediglich die Einführung von festen Grenzwerten in den Begriff des (gebrauchsfertigen) Betäubungsmittels.

- c. Unter "*Gewinnung*" von Betäubungsmitteln versteht man allgemein die mechanische oder chemische Trennung von der Hanfpflanze und deren Produkten (PETER ALBRECHT, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Sonderband Betäubungsmittelstrafrecht, Bern 1995, Art. 19, N 92). In ähnlicher Weise bezeichnet auch das Ein-

heits-Übereinkommen von 1961 über die Betäubungsmittel in Art. 1 Abs. 1 lit. t (SR 0.812.121.0) den Ausdruck "Gewinnung" als das Isolieren und Sammeln des Cannabis und des Cannabisharzes von den Pflanzen, die sie hervorbringen. Diese Definition erweist sich mit Blick auf die Ratio der gesetzlichen Regelung als zu eng und bedarf deshalb einer Modifikation. Die umfassende Verbotsnorm des Art. 8 Abs. 1 lit. d BetmG ist getragen von der legislatorischen Absicht, den Cannabiskonsum zu verhindern. Dementsprechend wird der Verkehr mit Hanfkraut grundsätzlich untersagt, soweit er der Betäubungsmittelgewinnung dient. Vor dem Hintergrund dieser Zielsetzung kann sich der Begriff "Gewinnung" nicht auf eine "mechanische oder chemische Trennung" beschränken. Dies zeigt sich besonders deutlich beim unbefugten Handel mit (gebrauchsfertigem) Marihuana, das nach ständiger bundesgerichtlicher Praxis ebenfalls unter die Legaldefinition des Art. 1 BetmG fällt (BGE 120 IV 258 mit weiteren Hinweisen). Wenn das Gesetz den Anbau und Verkauf von Hanfpflanzen zur Betäubungsmittelgewinnung verbietet, bedeutet die "Gewinnung", dass der *unbefugte Gebrauch (Konsum)* der betreffenden Pflanze (oder einzelner Bestandteile davon) *als Betäubungsmittel* ermöglicht wird. So wirft denn auch das Bundesgericht dem Beschwerdeführer vor, er habe "die Verwendung der von ihm vertriebenen Produkte als Betäubungsmittel in Kauf genommen" (BGE 126 IV 202).

- d. Mit der Formulierung "zur Betäubungsmittelgewinnung" bringt das Gesetz – wie bereits erwähnt – ein finales Element zum Ausdruck. In den Kategorien der Strafrechtsdogmatik gesprochen handelt es sich um ein *subjektives* Tatbestandsmerkmal, um eine sog. *Absicht*. Der Handel mit Hanf ist also dann strafbar, wenn er dem unbefugten Betäubungsmittelkonsum dient. Daraus ergibt sich die wichtige Konsequenz, dass die Strafnormen des Betäubungsmittelgesetzes auf den Vertrieb von Hanf zu anderen Zwecken als der Betäubungsmittelgewinnung keine Anwendung finden. Selbst wenn in einem solchen Fall aus Unachtsamkeit ein unbefugter Betäubungsmittelkonsum ermöglicht wird, entfällt gleichwohl eine Strafbarkeit gemäss Ziff. 1 wie auch Ziff. 3 des Art. 19 BetmG. Dabei ist namentlich darauf hinzuweisen, dass das Merkmal "zur Betäubungsmittelgewinnung" in der Legaldefinition des Betäubungsmittels und im Verbot des Art. 8 Abs. 1 lit. d BetmG eine Sperrwirkung hinsichtlich des Fahrlässigkeitstatbestandes in Art. 19 Ziff. 3 BetmG entfaltet (a.A. WEISSENBERGER, a.a.O., 236 und THOMAS HANSJAKOB, Duftkissen, Hanfsamen, Psilocybinpilze – Betäubungsmittel oder nicht? SJZ 2000, 23, Fn. 1).

Unklarheit herrscht freilich darüber, was die genannte Absicht genau bedeuten soll. Ein Teil der Lehre befürwortet dezidiert eine enge Interpretation und will das vom Gesetz verlangte subjektive Merkmal im Sinne eines Handlungszieles verstehen (PETER ALBRECHT, Der Verkauf von sog. "Duftkissen" – eine strafbare Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz? SJZ 1999, 497 f.; ESTHER OMLIN, Urteilsanmerkung, AJP 2000, 1043 f.; ebenso Urteil des Obergerichtes des Kantons Aargau vom 8. 6. 1999 in Sachen F.M., Erw. 2). Demgegenüber vertritt das Bundesgericht eine weite Auslegung, wonach bereits eine *Eventualabsicht* für den Schuldspruch ausreicht. In seiner äusserst knappen Begründung betont der Kassationshof, dass der objektive Tatbestand des Erwerbs und Verkaufs von Betäubungsmitteln erfüllt sei, wenn Hanfprodukte vertrieben würden, deren Gehalt an THC den noch zulässigen Grenzwert überschreite. "In solchen Fällen besteht kein Grund, Eventualvorsatz für die Erfüllung des Tatbestandes nicht genügen zu lassen." (BGE 126 IV 201) Dieselbe Auffassung vertreten sowohl gewisse kantonale Instanzen (z.B. Bezirksgericht Zürich, SJZ 1998, 544 f.; a.A. hingegen Bezirksgericht Uster, plädoyer 3/2000, 63/65) wie auch ein Teil der Lehre (HANSJAKOB, a.a.O., 23 f.; WEISSENBERGER, a.a.O., 235 f.).

Trotzdem sprechen insgesamt die besseren Argumente für ein restriktives Verständnis des Gesetzes und somit für das Erfordernis eines *Handlungsziels*, welches sich auf die Gewinnung von Betäubungsmitteln zu richten hat. Dies bestätigt zunächst einmal der *Gesetzeswortlaut* (skeptisch gegenüber einer am Wortsinn orientierten Interpretation WEISSENBERGER, a.a.O., 234). Das Merkmal "zur Betäubungsmittelgewinnung" bringt deutlich zum Ausdruck, dass für die strafbare Veräusserung von Hanfkraut eine Betäubungsmittelgewinnung *bezweckt* sein muss. Dieselbe Erkenntnis vermittelt die Formulierung "en vue de la production de stupéfiants" im französischen Text des Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1 BetmG. Auf dieser Grundlage kann für eine Bestrafung nicht ausreichen, dass der Verkäufer von Hanfprodukten damit rechnet, einzelne seiner Kunden könnten die erworbenen Produkte zum unbefugten Konsum von Cannabis missbrauchen. Teilweise wird demgegenüber unter gesetzessystematischen Aspekten auf die Fahrlässigkeitsbestimmung des Art. 19 Ziff. 3 BetmG hingewiesen: "Wenn der Gesetzgeber die fahrlässige Widerhandlung gegen das BetmG unter Strafe stellen wollte, dann wird er wohl auch die eventualvorsätzliche Widerhandlung als strafbar erachtet haben." (HANSJAKOB, a.a.O., 23, Fn. 1; ebenso

WEISSENBERGER, a.a.O., 236) Diese Argumentation greift jedoch zu kurz, weil Art. 19 Ziff. 3 BetmG im vorliegenden Zusammenhang – wie bereits erwähnt – wegen der finalen Struktur der Betäubungsmitteldefinition ohnehin von vorneherein ausser Betracht fällt. Umso mehr lässt sich daraus überhaupt nichts ableiten für die Interpretation des subjektiven Tatbestandes in Art. 19 Ziff. 1 BetmG.

Abgesehen davon ist eine Bestrafung bereits bei Vorliegen einer blossen Eventualabsicht geeignet, die vom Gesetzgeber bewusst statuierte prinzipielle Zulässigkeit des Handels mit Hanf und Hanfprodukten (ausgenommen Haschisch) in unzumutbarer Weise faktisch einzuschränken. Man weiss doch, wie rasch manchmal ein Dolus eventualis bzw. eine Eventualabsicht in der Praxis bejaht wird. Deshalb bleibt jeder – auch der legale – Anbau und Verkauf von Hanf mit einem beträchtlichen Risiko strafrechtlicher und – prozessualer Interventionen (wie Beschlagnahme, Festnahme oder gar Untersuchungshaft) behaftet (ähnliche Bedenken beim Bezirksgericht Uster, plädoyer, 3/2000, 63/65). Der Kassationshof betont zwar, dass die Gefahr einer Überdehnung des Art. 19 Ziff. 1 BetmG ernst zu nehmen sei (BGE 126 IV 201); diese Erkenntnis bleibt dann im konkreten Urteil jedoch folgenlos.

Im Übrigen drängt sich eine weite Interpretation des subjektiven Tatbestandes, die eine Eventualabsicht genügen lässt, auch nicht etwa zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen im Verhältnis zu den "harten" Drogen auf (a.A. WEISSENBERGER, a.a.O., 235). Vielmehr entspricht die hier vertretene restriktive Rechtsanwendung dem *Gebot einer verfassungskonformen Gesetzesinterpretation*. Man darf nämlich nicht vergessen, dass die vom Cannabiskonsum für die menschliche Gesundheit ausgehenden Gefahren – wie das Bundesgericht wiederholt ausdrücklich anerkannt hat – vergleichsweise gering sind. Sie unterschreiten deutlich jene der harten Drogen, insbesondere von Heroin, und bleiben in verschiedener Hinsicht hinter jenen des Alkohols zurück (BGE 120 IV 258 f. unter Hinweis auf die ausführliche Begründung in BGE 117 IV 314 ff.). Diesem Aspekt ist im Hinblick auf den verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz der *Rechtsgleichheit* (Art. 8 BV) bei der Gesetzesanwendung unbedingt Rechnung zu tragen (dazu ALBRECHT, a.a.O., Kommentar, Einleitung, N 16; siehe auch OMLIN, a.a.O., 1043).

Schliesslich stehen der geforderten Zurückhaltung bei der Anwendung des Art. 19 Ziff. 1 auf den Handel mit Hanf auch keine durch-

schlagenden gesundheitspolitischen Bedenken entgegen; denn für den Umgang mit Produkten, die einen hohen THC-Gehalt aufweisen, bleiben die Strafvorschriften der Lebensmittel- und Landwirtschaftsgesetzgebung unter gewissen Voraussetzungen vorbehalten.