

## Urteilkopf

149 IV 307

31. Auszug aus dem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung i.S. A. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen (Beschwerde in Strafsachen) 6B\_911/2021 vom 19. Juni 2023

**Regeste (de):**

Art. 19b BetmG; Art. 69 StGB; Einziehbarkeit von Betäubungsmitteln des Wirkungstyps Cannabis in Zusammenhang mit straflosen Konsumvorbereitungshandlungen.

Geringfügige, zum Eigenkonsum bestimmte Mengen Betäubungsmittel des Wirkungstyps Cannabis, deren Besitz nach Art. 19b Abs. 1 BetmG straflos ist, können nicht eingezogen werden (E. 2).

**Regeste (fr):**

Art. 19b LStup; art. 69 CP; caractère confiscable de stupéfiants ayant des effets de type cannabique en lien avec des actes préparatoires à la consommation non punissables.

Des quantités minimales de stupéfiants ayant des effets de type cannabique, destinées à la consommation personnelle et dont la possession n'est pas punissable au sens de l'art. 19b al. 1 LStup, ne peuvent pas être confisquées (consid. 2).

**Regesto (it):**

Art. 19b LStup; art. 69 CP; confiscabilità di stupefacenti che producono effetti del tipo della canapa in caso di atti preparatori volti al consumo non punibili.

Non è possibile disporre la confisca di un'esigua quantità, destinata al consumo personale, di stupefacenti che producono effetti del tipo della canapa, il cui possesso non è punibile secondo l'art. 19b cpv. 1 LStup (consid. 2).

Sachverhalt ab Seite 307

BGE 149 IV 307 S. 307

A. A. wurde am 12. März 2019 am Bahnhof St. Margrethen durch das Grenzwachtkorps kontrolliert. Er trug 2.7 Gramm Marihuana und 0.6 Gramm Haschisch auf sich. Gemäss Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen vom 30. April 2019 soll er zusammen mit B. mit dem Zug von Bregenz herkommend in die Schweiz eingereist sein und dabei die genannten Drogen mit sich geführt haben.

B. Mit Entscheid vom 24. Januar 2020 sprach das Kreisgericht Rheintal A. vom Vorwurf der mehrfachen Übertretung nach Art. 19a Ziff. 1  
BGE 149 IV 307 S. 308

des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG; SR 812.121) frei, da sich die Einreise in die Schweiz nicht rechtsgenügend erstellen liess. Das Kreisgericht stellte weiter fest, dass die erkennungsdienstliche Erfassung sowie die Entnahme eines Wangenschleimhautabstrichs rechtmässig erfolgt seien. Entsprechend wurde A. hierfür keine Genugtuung zugesprochen. Das Kreisgericht ordnete die Vernichtung sämtlicher Daten und Aufzeichnungen über die erkennungsdienstliche Erfassung, den Wangenschleimhautabstrich und allfällige DNA-Proben sowie die Einziehung und Vernichtung der sichergestellten Betäubungsmittel und Filtertips an. Schliesslich regelte es die Kosten- und Entschädigungsfolgen, wobei es A. eine pauschale Entschädigung von Fr. 300.- zusprach.

C. Auf Berufung von A. und Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft hin bestätigte das Kantonsgericht St. Gallen mit Entscheid vom 8. April 2021 den erstinstanzlichen Freispruch. Es ordnete an, dass die sichergestellten Betäubungsmittel (2.7 Gramm Marihuana sowie 0.6 Gramm

Haschisch) und Filtertips eingezogen und vernichtet werden. Weiter stellte es fest, dass die erkennungsdienstliche Erfassung rechtswidrig erfolgt sei. Die Genugtuungsforderung sowie die Entschädigungsforderungen von A. für das Untersuchungs-, das erstinstanzliche und das Berufungsverfahren von je Fr. 300.- wies es ab. Die Kosten des Berufungsverfahrens verlegte es teilweise zulasten von A.

D.

D.a A. wendet sich mit Beschwerde in Strafsachen ans Bundesgericht. Er beantragt, in teilweiser Aufhebung des Berufungsentscheids seien die sichergestellten Betäubungsmittel auf erste Aufforderung hin an ihn herauszugeben. Es sei festzustellen, dass die Entnahme des Wangenschleimhautabstrichs rechtswidrig erfolgt sei. Eventualiter sei ihm für die rechtswidrige Entnahme eines Wangenschleimhautabstrichs eine Genugtuung von Fr. 1.- zulasten der Staatskasse des Kantons St. Gallen zuzusprechen. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien vollumfänglich aus der Staatskasse zu nehmen. Für das erstinstanzliche Verfahren und das Berufungsverfahren sei ihm sodann eine Prozessentschädigung von je Fr. 300.- zuzusprechen. In prozessualer Hinsicht ersucht A. um aufschiebende Wirkung.

D.b Der Beschwerde wurde mit Verfügung vom 21. September 2021 die aufschiebende Wirkung zuerkannt.

BGE 149 IV 307 S. 309

D.c Die Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen stellt in ihrer Vernehmlassung den Antrag auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde. Die Vorinstanz liess sich nicht vernehmen. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Streitig ist, ob Betäubungsmittel des Wirkungstyps Cannabis (mit einem THC-Gehalt von mindestens 1 %), deren Besitz aufgrund der Geringfügigkeit ihrer für den Eigenkonsum bestimmten Menge straflos ist (Art. 19b Abs. 1 BetmG), zur Vernichtung eingezogen werden können.

2.1

2.1.1 Die Frage nach der Einziehbarkeit von Betäubungsmitteln im Zusammenhang mit Art. 19b BetmG hat das Bundesgericht bis anhin nicht geklärt (BGE 145 IV 320 E. 1.10; Urteil 6B\_1273/2016 vom 6. September 2017 E. 1.7.2).

2.1.2 In der Lehre sind die Meinungen geteilt:

Auf der einen Seite wird die Einziehbarkeit mit Verweis auf die von Art. 19b Abs. 1 BetmG vorgesehene Straflosigkeit des Besitzes sowie auf den Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 2. September 2011 zur Parlamentarischen Initiative Betäubungsmittelgesetz, Revision (Ordnungsbussenverfahren) (nachfolgend: Kommissionsbericht), BBl 2011 8210, verneint (HANS MAURER, in: StGB, JStG, Kommentar, Andreas Donatsch und andere [Hrsg.], 20. Aufl. 2018, N. 5 zu Art. 28e BetmG). ALBRECHT teilt diese Auffassung und fügt als kurze Begründung an, Art. 69 StGB verlange als Anknüpfungspunkt ein strafrechtlich bedeutsames Unrecht, d.h. ein tatbestandsmässiges und rechtswidriges Delikt (PETER ALBRECHT, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes [Art. 19-28l BetmG] [nachfolgend: Kommentar], 3. Aufl. 2016, Fn. 1 N. 1 zu Art. 19b BetmG). Andererseits wird geltend gemacht, auch wenn Konsumvorbereitungshandlungen straflos blieben, seien die verbotenen Substanzen einzuziehen, da sonst die Gefahr bestehe, dass sie vom Besitzer dennoch konsumiert oder an Dritte weitergegeben würden (GUSTAV HUG-BEELI, in: Basler Kommentar, Betäubungsmittelgesetz, 2016, N. 59 zu Art. 19b BetmG). Ergänzend führt der genannte Autor aus, auch der Besitz einer geringfügigen Menge Cannabis mit einem

BGE 149 IV 307 S. 310

durchschnittlichen Gesamt-THC-Gehalt von mindestens 1 % bleibe, wenn auch sanktionslos, verboten bzw. unbefugt, weil es sich dabei um eine kontrollierte Substanz im Sinne der Verordnung vom 25. Mai 2011 über die Betäubungsmittelkontrolle (BetmKV; SR 812. 121.1) handle und der Besitz ohne Bewilligung erfolgt sei. Ausserdem sei der unbefugte Anbau von solchem Cannabis gestützt auf Art. 19 Abs. 1 lit. a BetmG strafbar. Demzufolge sei auch eine geringfügige Menge von Cannabis durch eine verbotene und strafbare Handlung hervorgebracht worden, weshalb sie nach Art. 69 Abs. 1 StGB einzuziehen sei (HUG-BEELI, a.a.O., N. 19 zu Art. 28e BetmG; gl.M. ferner GRODECKI/JEANNERET, LStup, Dispositions pénales, 2022, N. 2 zu Art. 19b BetmG). SCHLEGEL

und JUCKER stimmen dem zu, da eine Einziehung nach Art. 69 StGB jedenfalls dann möglich sei, wenn der Gegenstand ausschliesslich dazu bestimmt sei, eine Straftat zu begehen. Dies sei beim unbefugten Konsum von Betäubungsmitteln klar der Fall (SCHLEGEL/JUCKER, BetmG, Kommentar [nachfolgend: Kommentar], 4. Aufl. 2022, N. 16 zu Art. 19b BetmG). Im Kommissionsbericht sei übersehen worden, dass die Einziehung nach Art. 69 Abs. 1 StGB nur eine objektiv und subjektiv tatbestandsmässige sowie rechtswidrige Anlasstat voraussetze. Nicht erforderlich sei hingegen, dass die Täterschaft schuldhaft handle oder für die Tat bestraft werden könne. Die Bestimmung setze die Strafbarkeit einer bestimmten Person gerade nicht voraus. Die Einziehbarkeit auch geringer Mengen könne daher nicht zweifelhaft sein, würden Betäubungsmittel doch, wenn keine Bewilligung zu ihrem Umgang vorliege, nach der Rechtsprechung regelmässig die Sicherheit von Menschen gefährden (SCHLEGEL/JUCKER, Urteilsbesprechung Nr. 26 Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 6. September 2017 i. S. Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt gegen X. - 6B\_1273/2016 [nachfolgend: Urteilsbesprechung], forumpoenale 4/2018 S. 278).

2.2 Wer unbefugt Betäubungsmittel vorsätzlich konsumiert oder wer zum eigenen Konsum eine Widerhandlung im Sinne von Art. 19 BetmG begeht, wird mit Busse bestraft (Art. 19a Ziff. 1 BetmG). In leichten Fällen kann das Verfahren nach Art. 19a Ziff. 2 BetmG eingestellt oder von einer Strafe abgesehen werden. Es kann eine Verwarnung ausgesprochen werden. Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird gemäss Art. 19 Abs. 1 BetmG namentlich bestraft, wer Betäubungsmittel unbefugt anbaut, herstellt oder auf andere Weise erzeugt (lit. a),  
BGE 149 IV 307 S. 311

lagert, versendet, befördert, einführt, ausführt oder durchführt (lit. b), veräussert, verordnet, auf andere Weise einem andern verschafft oder in Verkehr bringt (lit. c) oder besitzt, aufbewahrt, erwirbt oder auf andere Weise erlangt (lit. d). Wer nur eine geringfügige Menge eines Betäubungsmittels für den eigenen Konsum vorbereitet oder zur Ermöglichung des gleichzeitigen und gemeinsamen Konsums einer Person von mehr als 18 Jahren unentgeltlich abgibt, ist nach Art. 19b Abs. 1 BetmG nicht strafbar. Für Betäubungsmittel des Wirkungstyps Cannabis gelten gemäss Art. 19b Abs. 2 BetmG zehn Gramm als geringfügige Menge. Nach der Praxis des Bundesgerichts fällt der Konsum von geringfügigen Drogenmengen unter Art. 19a Ziff. 2 BetmG, der blosser Besitz von geringfügigen Drogenmengen zu Konsumzwecken hingegen unter Art. 19b BetmG (BGE 145 IV 320 E. 1.5; BGE 108 IV 196 E. 1c; je mit Hinweisen). Von Art. 19b BetmG erfasst werden jene Beschaffungshandlungen, die ausschliesslich dem eigenen Gebrauch dienen, insbesondere der Erwerb und der Besitz mit dem Ziel, das Betäubungsmittel zu konsumieren. Die Bestimmung bezieht sich mit anderen Worten auf Vorbereitungshandlungen, die im Hinblick auf einen möglichen, aber nicht ausgeführten Eigenkonsum des Betäubungsmittels erfolgt und somit straflos sind (BGE 145 IV 320 E. 1.4.1 und 1.7.3 mit Hinweisen).

2.3 Gemäss aArt. 28b Abs. 1 BetmG (in seiner bis am 31. Dezember 2019 geltenden Fassung) konnten Widerhandlungen nach Art. 19a Ziff. 1 BetmG, begangen durch den Konsum von Betäubungsmitteln des Wirkungstyps Cannabis, in einem vereinfachten Verfahren mit Ordnungsbussen geahndet werden. Mit der Erhebung der Busse wurde das cannabishaltige Produkt sichergestellt (aArt. 28b Abs. 4 BetmG) und galt mit deren Bezahlung als eingezogen (aArt. 28e Abs. 4 BetmG). Diese Bestimmungen wurden später in das Ordnungsbussengesetz vom 18. März 2016 (OBG; SR 314.1) überführt (siehe Botschaft vom 17. Dezember 2014 zum Ordnungsbussengesetz, BBl 2015 989). Dieses sieht in Art. 8 Abs. 1 vor, dass Gegenstände und Vermögenswerte, die nach Art. 69 und Art. 70 StGB einzuziehen sind, mit der Erhebung der Ordnungsbusse sichergestellt werden. Die sichergestellten Gegenstände und Vermögenswerte gelten mit der Bezahlung der Busse als eingezogen (Art. 8 Abs. 2 OBG). Die Einführung des Ordnungsbussenverfahrens im Jahr 2012 erfolgte vor dem Hintergrund, dass sich die Sanktionierung des  
BGE 149 IV 307 S. 312

Cannabiskonsums mit strafrechtlichen Mitteln in der Praxis als unbefriedigend erwiesen hatte, und zwar sowohl unter dem Gesichtspunkt der Effizienz staatlichen Handelns wie auch unter jenem der Rechtsgleichheit. Es wurde festgehalten, dass die Bekämpfung des Cannabiskonsums für die Polizei und Justiz mit erheblichem Aufwand verbunden ist. Dieser wurde im Verhältnis zur Schwere des Delikts insbesondere bei Erwachsenen mit moderatem und sozial unauffälligem Konsum als nicht angemessen empfunden. Gleichzeitig wurden erhebliche kantonale Unterschiede bei der Anzahl der Verzeigungen und beim Strafmass festgestellt. Angesichts der Tatsache, dass die vom Bundesrat zuvor vorgeschlagene Entkriminalisierung des Cannabiskonsums politisch nicht mehrheitsfähig war, sollte den Polizeiorganen stattdessen ein einfaches Mittel in die Hand gegeben werden, um das vom Gesetzgeber vorgesehene Konsumverbot konsequent zu ahnden. Dabei sollten Polizei und Justiz entlastet und Kosten gespart werden. Zudem sollte die Erhebung einer schweizweit einheitlichen Ordnungsbusse von Fr. 100.- zu einer Vereinheitlichung der Sanktionspraxis führen

(Kommissionsbericht, a.a.O., BBl 2011 8200 ff.; ferner BGE 145 IV 320 E. 1.7.2 mit Hinweisen).

2.4 Das Gericht verfügt ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person die Einziehung von Gegenständen, die zur Begehung einer Straftat gedient haben oder bestimmt waren oder die durch eine Straftat hervorgebracht worden sind, wenn diese Gegenstände die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden (sog. Sicherungseinziehung, Art. 69 Abs. 1 StGB). Es kann anordnen, dass die eingezogenen Gegenstände unbrauchbar gemacht oder vernichtet werden (Art. 69 Abs. 2 StGB). Gestützt auf Art. 333 Abs. 1 StGB und Art. 26 BetmG findet diese Bestimmung aus dem Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs grundsätzlich auch im Geltungsbereich des BetmG Anwendung.

2.4.1 Die Sicherungseinziehung befasst sich mit der Einziehung von Gegenständen, die einen Konnex zu einer Straftat aufweisen und angesichts ihrer Gefährdung für öffentliche Rechtsgüter ihrem Inhaber entzogen werden sollen. Sie hat keinen Strafcharakter, sondern ist eine sachliche Massnahme zum Schutz der Allgemeinheit vor rechtsgutgefährdender Verwendung gefährlicher Gegenstände (BGE 130 IV 143 E. 3.3.1; Urteil 6B\_217/2021 vom 26. Mai 2021 E. 5.1). Mithin stellt sie ein Verfahren gegen Sachen oder Werte dar (BGE 132 II 178 E. 4; Urteil 6B\_217/2021 vom 26. Mai 2021 E. 4 mit Hinweisen). Die einzuziehenden Gegenstände müssen einen Bezug

BGE 149 IV 307 S. 313

zu einer Straftat (Anlasstat) aufweisen, indem sie zur Begehung dieser Tat gedient haben oder dazu bestimmt waren (Tatwerkzeuge, sog. instrumenta sceleris) oder durch die Straftat hervorgebracht worden sind (Tatprodukte, sog. producta sceleris; BGE 129 IV 81 E. 4.2; Urteile 6B\_217/2021 vom 26. Mai 2021 E. 5; 6B\_224/2020 / 6B\_193/2020 vom 19. August 2020 E. 4.2; je mit Hinweisen). Neben dem Deliktikonnex wird zusätzlich eine konkrete künftige Gefährdung verlangt. Das Gericht hat im Sinne einer Gefährdungsprognose zu prüfen, ob es hinreichend wahrscheinlich ist, dass der Gegenstand in der Hand des Täters oder der Täterin in der Zukunft die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährdet (BGE 137 IV 249 E. 4.4; BGE 130 IV 143 E. 3.3.1; Urteile 6B\_217/2021 vom 26. Mai 2021 E. 6.1; 6B\_224/2020 / 6B\_193/2020 vom 19. August 2020 E. 4.2; je mit Hinweisen).

2.4.2 Betäubungsmittel gehören grundsätzlich zu den verkehrsunfähigen bzw. beschränkt verkehrsfähigen Sachen und können insoweit nicht Gegenstand privatrechtlichen Eigentums sein (sog. res extra commercium; vgl. BGE 132 IV 5 E. 3.4.1; BGE 122 IV 179 E. 3c/aa; Urteil 6B\_274/2020 vom 27. August 2020 E. 4.3; je mit Hinweisen). Indes hat das Bundesgericht bereits angedeutet, dass in Fällen von erlaubtem Umgang mit Betäubungsmitteln die Verkehrs- und damit die Eigentumsfähigkeit zu bejahen sein dürften (BGE 122 IV 179 E. 3c/aa). Dies ist in der vorliegenden Konstellation des straflosen Besitzes von Betäubungsmitteln der Fall. Somit stellt die Sicherungseinziehung einen Eingriff in die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) dar, der dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 2 und 3 BV) zu genügen hat (vgl. BGE 137 IV 249 E. 4.5; Urteil 6B\_217/2021 vom 26. Mai 2021 E. 7.1).

2.5 Mit der Einführung des Ordnungsbussenverfahrens wurde wie bereits gesehen eine einfache Möglichkeit geschaffen, das cannabishaltige Produkt bei Konsumwiderhandlungen einzuziehen (siehe E. 2.3 oben). Im Kommissionsbericht wird hierzu ausgeführt, dass nur das Cannabisprodukt eingezogen werden könne, das im Moment der Feststellung des Cannabiskonsums tatsächlich konsumiert wird. Weiter wird festgehalten: "Nicht eingezogen werden kann eine geringfügige Menge von Cannabis, die die Täterin oder der Täter nur bei sich trägt, da der Besitz von geringfügigen Mengen eines Betäubungsmittels nach Artikel 19b Absatz 1 nBetmG straflos ist" (BBl 2011 8210). Die vorliegend zu klärende Frage nach der Einziehbarkeit von geringfügigen, zum Eigenkonsum bestimmten Mengen

BGE 149 IV 307 S. 314

Cannabis wird im Kommissionsbericht somit klar ablehnend beantwortet. Der Auffassung der Kommission ist, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, zu folgen.

2.6 Die Sicherungseinziehung ist unabhängig von der Strafbarkeit einer bestimmten Person zulässig. Sie bedarf aber in jedem Fall einer tatbestandsmässigen und rechtswidrigen Anlasstat (BGE 132 II 178 E. 4; BGE 117 IV 233 E. 3; Urteil 6B\_948/2013 vom 22. Januar 2015 E. 2.2.2 mit Hinweisen). Anknüpfungspunkt ist ein verwirklichtes Unrecht (MARC THOMMEN, in: Kommentar Kriminelles Vermögen, Kriminelle Organisationen, Bd. I, 2018, N. 89 zu Art. 69 StGB). Dass sie gemäss dem Gesetzeswortlaut von Art. 69 Abs. 1 StGB "ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person" zu verfügen ist, bedeutet daher nur, dass sie auch möglich ist, wenn beispielsweise die Täterschaft nicht identifiziert werden kann, verstorben ist oder wenn sie wegen Schuldunfähigkeit oder

aus anderen Gründen in der Schweiz nicht belangt werden kann (BGE 132 II 178 E. 4 mit Hinweis). Zu betonen ist, dass nebst dem objektiven auch der subjektive Tatbestand erfüllt sein muss. Fehlt das subjektive Element, ist die Einziehung ausgeschlossen, es sei denn, der fragliche Besitz an sich ist verboten und die Einziehung ist aufgrund einer spezialgesetzlichen Bestimmung, die Art. 69 StGB vorgeht, zulässig (Urteil 6B\_1277/2018 vom 21. Februar 2019 E. 3.2 mit Hinweisen). Wie sogleich näher dargelegt wird, geht es bei Art. 19b BetmG um legalen Besitz (siehe E. 2.6.1 unten). Anders als etwa im Urteil 6B\_274/2020 vom 27. August 2020 E. 4.2 mit Hinweisen kann auf das Erfordernis des subjektiven Tatbestands im Hinblick auf die Einziehung daher nicht mit der Begründung verzichtet werden, dass der Besitz des fraglichen Betäubungsmittels an sich ja verboten ist.

2.6.1 Bei einer straflosen Vorbereitungshandlung im Sinne von Art. 19b BetmG liegt keine tatbestandsmässige und rechtswidrige Anlasstat vor: Das Bundesgericht nahm im Urteil 6B\_1273/2016 vom 6. September 2017 eine dogmatische Einordnung dieser Bestimmung vor und hielt fest, dass in ihrem Anwendungsbereich von allem Anfang an kein Straftatbestand erfüllt ist (E. 1.6.2 und 1.7.1). Dabei handelt es sich nicht (wie etwa bei Art. 19a Ziff. 2 BetmG) um einen blossen Strafverzicht aus prozessualen Opportunitätsüberlegungen oder um eine Privilegierung eines an sich deliktischen Verhaltens, sondern um eine ursprüngliche Straflosigkeit  
BGE 149 IV 307 S. 315

aus materiell-rechtlichen Gründen (vgl. PETER ALBRECHT, Prozessualer Kostenentscheid bei straflosem Besitz von Marihuana und Haschisch, Digitaler Rechtsprechungskommentar [dRSK] 27. Oktober 2017 Rz. 6; ferner GRODECKI/JEANNERET, a.a.O., N. 1 zu Art. 19b BetmG; SCHLEGEL/JUCKER, Urteilsbesprechung, a.a.O., S. 277). Anders als in der Lehre teilweise vertreten wird, sind der Besitz einer geringfügigen Menge Cannabis zwecks Eigenkonsums sowie die hierfür notwendigen Vorbereitungshandlungen wie etwa Erwerb oder Einfuhr (im geringfügigen Bereich) somit nicht verboten. Ist die Konsumvorbereitungshandlung aber rechtmässig, begeht die betroffene Person keine Anlasstat im Sinne von Art. 69 Abs. 1 StGB.

2.6.2 Die Sicherungseinziehung kann auch gegenüber Drittpersonen angeordnet werden, ohne dass diese sich auf die Unschuldsvermutung berufen können und ohne dass ihnen böser Glaube nachgewiesen werden muss (Urteil 6B\_217/2021 vom 26. Mai 2021 E. 4). Es fragt sich daher, ob die Tat eines Dritten, beispielsweise Anbau, Versand, Einfuhr oder Veräusserung des betreffenden Cannabisprodukts als Anlasstat für die Einziehung dienen kann. In jedem Fall erfordert die Sicherungseinziehung einen unmittelbaren Zusammenhang zu einer konkreten Straftat (BGE 129 IV 81 E. 4.2; BGE 103 IV 76 E. 2; THOMMEN, a.a.O., N. 226 zu Art. 69 StGB; ferner MARTIN SCHUBARTH, Einziehung ohne Anlasstat? - Grenzen der Einziehung des "pretium sceleris", ZStrR 128/2010 S. 218 ff.). Der Staat hat sämtliche Voraussetzungen für eine Einziehung - und somit auch die konkrete Straftat - bei einer Drittperson zu beweisen (BGE 147 IV 479 E. 6.5.2.2; Urteile 6B\_217/2021 vom 26. Mai 2021 E. 4; 6B\_285/2018 vom 17. Mai 2019 E. 1.4.3; je mit Hinweisen). Im Zusammenhang mit Betäubungsmitteln ist diese Beweislast vor dem Hintergrund zu sehen, dass Art. 19 BetmG nicht den "Handel mit Betäubungsmitteln" pauschal unter Strafe stellt, sondern verschiedene Verhaltensweisen als eigenständige Straftatbestände erfasst (BGE 133 IV 187 E. 3.2; Urteil 6B\_474/2016 vom 6. Februar 2017 E. 3.1; je mit Hinweisen). Dies hat nicht zur Folge, dass im Einziehungsverfahren ein Deliktikonnex zu jeder einzelnen strafbaren Handlung im Sinne von Art. 19 BetmG nachzuweisen ist. Das Gericht muss aber in Abwägung sämtlicher relevanter Umstände zweifelsfrei zum Schluss gelangen, dass der einzuziehende Gegenstand oder Vermögenswert das Ergebnis eines in seiner Gesamtheit als illegal erfassten Handelns darstellt (vgl. für die Einziehung von Drogenrösl Urteil 6B\_474/2016 vom 6. Februar 2017 E. 3.1 mit  
BGE 149 IV 307 S. 316

Hinweisen). Für die Sicherungseinziehung bedeutet dies, dass keine unüberwindbaren Zweifel daran bestehen dürfen, dass die sichergestellten Betäubungsmittel Gegenstand eines solchen illegalen Handelns gewesen sind. In der vorliegend zu beurteilenden Konstellation ist ein derartiger Nachweis ohne weiterführende Ermittlungshandlungen nicht möglich. Zwar trifft es zu, dass der legalen Vorbereitungshandlung im Sinne von Art. 19b BetmG oftmals weitere betäubungsmittelrechtlich relevante Handlungen eines Dritten vorausgehen. Insbesondere ist die Weitergabe einer geringfügigen Menge Betäubungsmittel, wenn sie nicht mit dem Ziel des gleichzeitigen und gemeinsamen Konsums stattfindet, strafbar (Art. 19b Abs. 1 BetmG e contrario). Jedoch ist bereits fraglich, ob bei solch vorgelagerten Handlungen noch von einem unmittelbaren Zusammenhang zum Einziehungsobjekt, den geringfügigen Mengen Betäubungsmittel, ausgegangen werden kann. Vor allem aber ist die pauschale Annahme, dass diese Handlungen immer tatbestandsmässig und rechtswidrig sind, nicht haltbar. Zunächst ist in Erinnerung zu rufen, dass Art. 19b Abs. 1 BetmG nicht nur den Besitz, sondern auch die unentgeltliche Abgabe einer geringfügigen Menge eines Betäubungsmittels an eine volljährige Person zwecks gleichzeitigem und gemeinsamem Konsum für straflos erklärt. Die

Gehilfenschaft zu einer Widerhandlung gegen Art. 19a Ziff. 1 BetmG ist ebenfalls nicht strafbar (Art. 26 BetmG i.V.m. Art. 104 Abs. 1 StGB; BGE 121 IV 293 E. 2b/bb). Nebst dem ist denkbar, dass es am subjektiven Tatbestand fehlt, beispielsweise, weil sich die Täterschaft in einem Sachverhaltsirrtum nach Art. 13 StGB befindet. Lediglich der Vollständigkeit halber sei sodann auf die spezialgesetzlichen Bestimmungen hingewiesen: Sofern Betäubungsmittel des Wirkungstyps Cannabis medizinische Verwendung finden, gelten sie nicht als verbotene Betäubungsmittel (Art. 8 Abs. 1 lit. d BetmG). Wenn Betäubungsmittel des Wirkungstyps Cannabis der wissenschaftlichen Forschung dienen, kann das Bundesamt für Gesundheit (BAG) für deren Anbau, die Einfuhr, die Herstellung und das Inverkehrbringen Ausnahmegewilligungen erteilen (Art. 8 Abs. 5 lit. b BetmG). Auch kann das BAG unter gewissen Voraussetzungen wissenschaftliche Pilotversuche mit Betäubungsmitteln des Wirkungstyps Cannabis bewilligen (Art. 8a BetmG). Der studienkonforme Umgang mit Cannabisprodukten, mithin Handlungen, die im Rahmen einer bewilligten Studie vorgenommen werden und mit den Vorgaben dieser Studie im Einklang stehen, sind straflos BGE 149 IV 307 S. 317

(Botschaft vom 27. Februar 2019 zur Änderung des Betäubungsmittelgesetzes [Pilotversuche mit Cannabis], BBl 2019 2555). Schliesslich können die Kantone für die Verschreibung, die Abgabe und die Verabreichung von Betäubungsmitteln zur Behandlung von betäubungsmittelabhängigen Personen Bewilligungen erteilen ("Betäubungsmittelgestützte Behandlung"; Art. 3e Abs. 1 BetmG). Abgesehen davon, dass der Erwerb geringfügiger Mengen Cannabis zwecks Eigenkonsum von Art. 19b Abs. 1 BetmG erfasst wird, ist den vorstehenden Ausführungen zufolge nicht ausgeschlossen, dass sich der allfällige Betäubungsmittellieferant oder die -lieferantin ebenfalls im legalen Bereich bewegt. Dass sich in der Kaskade der verschiedenen Handlungen, die zum legalen Besitz geführt haben, mit gewisser Wahrscheinlichkeit auch eine oder mehrere tatbestandsmässige und rechtswidrige Widerhandlungen gegen das BetmG finden, reicht für den Nachweis einer Anlasstat, wie sie Art. 69 StGB verlangt, nicht aus.

2.6.3 Nach der Rechtsprechung kommt im Anwendungsbereich von Art. 19b BetmG das Ordnungsbussenverfahren nicht zur Anwendung (BGE 145 IV 320 E. 1.7.3 mit Hinweisen). Die Einziehung müsste somit in einem selbstständigen Einziehungsverfahren nach Art. 376 ff. StPO oder allenfalls im Rahmen einer Nichtanhandnahme (Art. 310 Abs. 2 i.V.m. Art. 320 Abs. 1 StPO) durch die Staatsanwaltschaft oder das Gericht angeordnet werden. Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, lässt sich die Frage, ob eine tatbestandsmässige und rechtswidrige Anlasstat vorliegt, nicht an Ort und Stelle durch die Polizei restlos klären, sondern bedarf weiterführender Ermittlungshandlungen. Es kann aber nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, dass die Polizei in Bezug auf ein strafloses Verhalten weitere Untersuchungen tätigen und einzig im Hinblick auf eine Einziehung an die zuständige Behörde rapportieren muss. Ein derartiger administrativer Aufwand ist angesichts der geringen Tragweite der fraglichen Einziehung nicht verhältnismässig (so auch SCHLEGEL/JUCKER, Urteilsbesprechung, a.a.O., S. 278). Insbesondere scheint es nicht sachgerecht, dass für die Einziehung im Zusammenhang mit straflosen Vorbereitungshandlungen ein aufwändigeres Verfahren durchzuführen ist als bei der Ahndung eines strafbaren Verhaltens, nämlich des Konsums, für den der Gesetzgeber bewusst das einfache und rasche Ordnungsbussenverfahren vorgesehen hat (siehe E. 2.3 oben). Ausserhalb dieses Verfahrens fehlt insbesondere auch die effiziente Regelung von Art. 8 Abs. 2 OBG, wonach die BGE 149 IV 307 S. 318

sichergestellten Gegenstände mit der Bezahlung der Busse als eingezogen gelten. Die Bejahung der Einziehbarkeit von geringfügigen Mengen Cannabis widerspräche somit der Intention des Gesetzgebers, den Umgang der Strafbehörden mit Cannabiskonsumenten, die sich im Rahmen von Art. 19b Abs. 2 BetmG bewegen, zu vereinfachen.

2.7 Alles in allem spricht die nähere Betrachtung der gesetzlichen Konzeption gegen die Einziehbarkeit geringfügiger, für den eigenen Konsum vorgesehener Mengen Cannabis. An dieser Einschätzung ändert entgegen der Vorinstanz nichts, dass der Bundesrat in seiner Antwort vom 16. Mai 2018 auf die Interpellation Nr. 18.3200 betreffend "Betäubungsmittelgesetz. Verfolgung bei geringfügigen Mengen Cannabis von unter 10 Gramm" ausführte, die Straflosigkeit von Vorbereitungshandlungen verhindere die Einziehung der Betäubungsmittel gestützt auf Art. 69 Abs. 1 StGB nicht. Zur Begründung fügt der Bundesrat in seiner Antwort nämlich an, mit der Einziehung solle der Gefahr entgegengewirkt werden, dass mit dem Betäubungsmittel in der Folge strafbare Handlungen wie z.B. Konsum oder die Weitergabe an Dritte begangen würden. Hierzu ist - im Sinne einer Wiederholung - zunächst anzumerken, dass die Weitergabe von geringfügigen Mengen Cannabis nicht in jedem Fall strafbar ist (Art. 19b Abs. 1 BetmG). Abgesehen davon fokussiert die Begründung des Bundesrats einzig auf die zweite Voraussetzung für eine Einziehung nach Art. 69 StGB, nämlich

die fortbestehende Gefahr. Die vorstehend diskutierte Problematik der verwirklichten und erstellten Anlasstat blendet sie dagegen aus. Demnach taugt die Antwort des Bundesrats nicht als Begründung für die Bejahung der Einziehbarkeit.

2.8 Im Ergebnis fällt die Einziehung von geringfügigen, zum Eigenkonsum bestimmten Mengen Cannabis gestützt auf Art. 69 Abs. 1 StGB mangels Anlasstat ausser Betracht. Damit sind die weiteren Voraussetzungen dieser Bestimmung, namentlich die negative Gefährdungsprognose, nicht weiter zu prüfen.

2.9 Es fragt sich, ob sich die streitige Einziehung auf eine andere gesetzliche Grundlage als auf Art. 69 StGB stützen kann.

2.9.1 Nach Art. 5 Abs. 1 lit. b des Übereinkommens vom 20. Dezember 1988 der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen (SR 0.812.121.03) trifft jede Vertragspartei die gegebenenfalls notwendigen Massnahmen, BGE 149 IV 307 S. 319

um die Einziehung namentlich von Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen zu ermöglichen. Wie dem Wortlaut dieser Bestimmung entnommen werden kann, enthält sie jedoch lediglich einen Auftrag an die Vertragsstaaten und begründet keine unmittelbaren Rechte und Pflichten für den Einzelnen. Weiter können gemäss Art. 22 Ziff. 3 des Übereinkommens vom 21. Februar 1971 der Vereinten Nationen über psychotrope Stoffe (SR 0.812.121.02) alle psychotropen oder sonstigen Stoffe sowie Gegenstände, die zu einer Widerhandlung im Sinne des Übereinkommens verwendet wurden oder dafür bestimmt waren, beschlagnahmt und eingezogen werden. Auch diese Norm ist jedoch nicht direkt anwendbar ("self-executing"; vgl. Botschaft vom 22. Juni 1994 über den Beitritt der Schweiz zu zwei internationalen Betäubungsmittel-Übereinkommen sowie über die Änderung des Betäubungsmittelgesetzes, BBl 1994 III 1289 f.). Die beiden völkerrechtlichen Bestimmungen können somit nicht als gesetzliche Grundlage für die vorliegend interessierende Einziehung dienen.

2.9.2 Art. 24 Abs. 2 BetmG sieht vor, dass die zuständigen Behörden die ihnen bei der Ausführung des Gesetzes zugehenden Betäubungsmittel verwahren und für deren Verwertung oder Vernichtung sorgen. In der Praxis wird diese Norm offenbar verbreitet als hinreichende Grundlage für Einziehungsentscheide betrachtet. Ihrem Wortlaut nach regelt sie jedoch nur die vorübergehende Verwahrung und die typischen Folgen wie Verwertung und Vernichtung, nicht aber die Einziehung selbst (THOMMEN, a.a.O., N. 214 zu Art. 69 StGB). Damit erweist sie sich als zu unbestimmt, um unter weniger strengen Voraussetzungen als nach Art. 69 StGB als gesetzliche Grundlage für die Einziehung von Betäubungsmitteln zu dienen. In diesem Sinne verweist denn auch Art. 85 Abs. 2 BetmKV für die Einziehung auf Art. 69 StGB (vgl. zum Ganzen auch SCHLEGEL/JUCKER, Kommentar, a.a.O., N. 10 zu Art. 24 BetmG; MAURER, a.a.O., N. 3 zu Art. 24 BetmG; ALBRECHT, Kommentar, a.a.O., N. 7 f. zu Art. 24 BetmG). Anderweitige gesetzliche Grundlagen für die Einziehung sind somit nicht ersichtlich.

2.10 Zusammenfassend ergibt sich, dass geringfügige, zum Eigenkonsum bestimmte Mengen Cannabis, deren Besitz nach Art. 19b BetmG straflos ist, nicht eingezogen werden können. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als begründet.

2.11 Bei diesem Ergebnis kann die vom Beschwerdeführer aufgeworfene Frage, ob die sichergestellten Betäubungsmittel tatsächlich BGE 149 IV 307 S. 320

für den eigenen Konsum oder zu sonstigem persönlichen und rechtmässigen Gebrauch (der Beschwerdeführer nennt als Beispiele den blossen Besitz, den freiwilligen Rücktritt vom beabsichtigten Konsum oder die Vermischung, sodass die THC-Konzentration unter 1 % fällt) vorgesehen waren, offenbleiben. Das vorstehend im Hinblick auf ein strafbares Verhalten - den Konsum - Gesagte würde, nach dem Grundsatz "a maiore minus", auch gelten, wenn die Betäubungsmittel gar keine illegale Verwendung finden würden.