

Prof. Dr. Hansjörg Seiler
ord. Professor für öffentliches Recht
an der Universität Luzern
Terrassenweg 31
3110 Münsingen

3. Juni 2005

Rechtsgutachten

zu Handen des Bundesamtes für Gesundheit

betreffend

Pillentesting

Inhaltsverzeichnis

1	Ausgangslage und Fragestellung	3
1.1	Gutachten 1997.....	3
1.2	Formen des Pillentestings	3
1.3	Fragestellung	4
2	Rechtliche Grundlagen	4
3	Grundsätzliches zur Systematik des Betäubungsmittelrechts	5
4	Strafbarkeit des Pillentestings	8
4.1	Schnelltest	8
4.1.1	Grundsätzlich: Nicht strafbar	8
4.1.2	Strafbare Formen	9
4.2	Stationärer Labortest.....	10
4.2.1	Labor.....	10
4.2.2	Überbringer	11
4.2.3	Ausfuhr.....	12
4.3	Ambulanter Labortest	13
4.4	Konsument.....	13
5	Bewilligungspflicht.....	13
5.1	Zusammenfassende Folgerungen aus Ziff. 4.....	13
5.2	Welche Bewilligung?	14
5.3	Zulässigkeit und Voraussetzungen einer Bewilligung nach Art. 8 Abs. 5 BetmG	15
5.3.1	Im Allgemeinen	15
5.3.2	Bewilligung von an sich strafbaren Handlungen	15
5.4	Bedingungen und Auflagen	17
5.5	Verfahren	18
5.6	Weitere Bewilligungen?	18
5.6.1	Art. 4, 5, 14 oder 14a BetmG?.....	18
5.6.2	Bewilligung nach Heilmittelgesetz?	19
6	Einzelfragen	20
6.1	Bewilligung auf Verdachtsbasis	20
6.2	Bewilligung für bewilligungsfreie Tätigkeiten?.....	21
6.3	Qualitätsanforderungen an Labors	22
6.4	Verantwortlichkeit des BAG.....	22
6.5	Weitere Aspekte, namentlich: Verordnungsänderung?	23
7	Beantwortung der Fragen.....	23
8	Anhang.....	26
8.1	Abkürzungen	26
8.2	Literatur.....	27

1 Ausgangslage und Fragestellung

1.1 Gutachten 1997

Am 21. Februar 1997 erstellte der Unterzeichnete für das Bundesamt für Gesundheit ein Juristisches Gutachten über Rechtsfragen eines Ecstasy-Monitoring. Dabei ging es um die Beantwortung folgender Fragen:

1. Ist es einer privaten oder öffentlichen Beratungsstelle gestattet, vor Ort Ecstasy-Tabletten zu Untersuchungszwecken einzusammeln und die potenziellen Konsumenten über die Zusammensetzung und die Gesundheitsrisiken der einzelnen Arten zu informieren und auf risikomindernde Einnahmeregeln hinzuweisen?
2. Kann und darf der Bund aufgrund des Betäubungsmittelgesetzes die Kantone oder private Beratungsstellen beauftragen, ein koordiniertes Ecstasy-Monitoring durchzuführen?

Das Gutachten kam zum Ergebnis, dass aufgrund von Art. 3a, 15a und 15c BetmG Bund oder Kantone Ecstasy-Tabletten beschaffen und untersuchen und über die Risiken von Ecstasy sowie über risikomindernde Massnahmen orientieren dürfen und damit auch private Organisationen beauftragen oder solche Organisationen unterstützen dürfen. Dies sei auch Privaten erlaubt. Erforderlich sei eine Bewilligung nach Art. 14 Abs. 2 bzw. 14a BetmG, ausser für einen Schnelltest vor Ort, der nicht mit einem Besitzerwerb verbunden sei; für den Erwerb von Ecstasy-Tabletten sei eine Bewilligung des BAG erforderlich. Die Information über Risiken und risikomindernde Massnahmen müsse abstinenzenorientiert sein. Der Bund könne die Planung und Koordination eines gesamtschweizerischen Monitorings übernehmen und die Kantone mit Dienstleistungen unterstützen, sie aber nicht zu einer Mitwirkung zwingen.

1.2 Formen des Pillentestings

In der Folge entwickelten sich in der Praxis folgende Formen des Pillentestings:

- **Schnelltest vor Ort.** Diese Tests werden von privaten Organisationen durchgeführt. Dabei wird die Pille aufgrund des äusseren Bildes beurteilt und mit einer mündlichen Beurteilung zurückgegeben. Bewilligungen sind dafür bisher nicht erteilt worden. Das BAG hat auf Anfrage mitgeteilt, es habe nichts dagegen, unterstütze solche Tests aber auch nicht. Bei den Organisationen, welche solche Tests durchführen, sowie bei der Polizei bestehen Unsicherheiten über die Zulässigkeit des Vorgehens.
- **Ambulante Labortests:** Dabei wird an Parties ein ambulantes Labor eingesetzt, welchem der Konsument die Pille bzw. einen abgebrochenen oder abgeschabten Teil davon zum Testen übergibt. Dieser Teil der Pille wird mit geeichten Methoden untersucht. Der für den Test verwendete Teil wird anschliessend vernichtet, der Rest der Pille wird mit einer mündlichen Beurteilung und Beratung dem Konsumenten überlassen bzw. zurückgegeben, sofern der Test ein eindeutiges Ergebnis zeitigt. Wenn das Testergebnis zweifelhaft ist, wird die Pille einem stationären Labor übergeben. Solche ambulante Tests werden von folgenden Labors durchgeführt:
 - Vom Kantonalen Labor des Kantons Bern, aufgrund einer Bewilligung des BAG gemäss Art. 8 BetmG.
 - Von privaten Labors, die eine kantonale Bewilligung und eine Bewilligung der Swissmedic sowie eine provisorische Bewilligung des BAG nach Art. 8 BetmG haben.
- **Stationäre Labortests:** Dabei wird die Pille von einer zu diesem Zweck angegangenen Fachperson (Apotheker) einem Labor übergeben und dort untersucht. Die Untersu-

chungsmethode ist gleichwertig wie diejenige beim ambulanten Labortest. Die Pille wird aber anschliessend vernichtet. Die Labors verfügen über eine kantonale Bewilligung und eine Bewilligung von Swissmedic sowie eine Bewilligung des BAG nach Art. 8 BetmG.

Die Erfahrung zeigt, dass sich in etwa 70-80 % der untersuchten Pillen Ecstasy befindet, in einem Teil andere Betäubungsmittel, die nicht unter Art. 8 BetmG fallen, und in einem Teil gar keine Betäubungsmittel.

1.3 Fragestellung

Weil im Einzelnen bei der Durchführung dieser Tests und der Erteilung von Bewilligungen Rechtsunsicherheiten bestehen, hat das BAG den Unterzeichneten beauftragt, ein Juristisches Gutachten zu Fragen des Pillentestings zu erstellen.

Die Fragestellung wurde aufgrund einer Voranfrage am 12. November 2004 in einer Begleitgruppe des BAG besprochen und anschliessend bereinigt. Sie lautet:

1. Allgemeiner Überblick über die Kompetenzen und das Bewilligungssystem für die drei genannten Testarten

Welche Bewilligungen sind auf den verschiedenen Stufen (BAG, Swissmedic, Kantone) und für die verschiedenen Testabläufe notwendig? Darstellung der Bewilligungsvoraussetzungen, Modalitäten etc.

Kann das BAG in den Ausnahmegewilligungen Auflagen, auch ethische, für die Erteilung der Bewilligung aufstellen?

2. Frage nach dem rechtlichen Spielraum im Umgang mit den Bewilligungen:

In der Praxis steht oftmals erst nach dem Test fest, in welche Kategorie die Pillen fallen. Wie soll dieser Ungewissheit im Rahmen des Bewilligungswesens Rechnung getragen werden? Ist eine Bewilligungserteilung „auf Verdachtsbasis“ zulässig (d.h. eine Bewilligungserteilung erfolgt, weil der Verdacht besteht, dass es sich bei den zu testenden Stoffen um Betäubungsmittel handeln könnte, auch wenn diesbezüglich erst nach dem Test Klarheit herrscht)?

Wäre es - um eine bessere Kontrolle über den Umgang mit verbotenen Stoffen zu erhalten - zulässig, auch in denjenigen Fällen eine Ausnahmegewilligung zu verlangen, bei denen das gemäss dem Gutachten von 1997 nicht notwendig ist? Falls ja, sehen Sie allenfalls Probleme bei einer solchen Praxis?

3. Übrige Fragen

Sind im Bereich Pillentesting allenfalls weitere rechtliche Aspekte für das BAG zu berücksichtigen?

Kann das BAG Qualitätsanforderungen an die Laboratorien stellen?

Wie sieht es mit den Verantwortlichkeiten des BAG aus, z.B. wenn es sich um einen unbekanntem, ev. tödlichen Stoff handelt, und er an den Konsumenten zurückgegeben wird?

Ein Entwurf des Gutachtens wurde am 18. Mai 2005 mit einer Begleitgruppe des BAG diskutiert und anschliessend überarbeitet.

2 Rechtliche Grundlagen

Seit dem Gutachten von 1997 sind folgende einschlägige Änderungen in der Gesetzgebung eingetreten:

- Revision des BetmG vom 9. Oktober 1998 betr. Heroinabgabe¹
- Indirekte Änderungen des BetmG durch

¹ Art. 8 Abs. 6-8 sowie Art. 8a BetmG (AS 1998 2293); vorläufig bis längstens 31. Dezember 2009 befristet (AS 2004 4387).

- Heilmittelgesetz vom 15. Dezember 2000 (HMG)²
- Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 über die verdeckte Ermittlung (BVE)³
- Revision der BetmV vom 17. Oktober 2001⁴
- Revision der BetmV-BAG und Namensänderung in BetmV-Swissmedic⁵

Ferner hat die Bundesversammlung inzwischen die Ratifizierung des Übereinkommens vom 20. Dezember 1988 gegen den unerlaubten Verkehr mit Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen beschlossen⁶. Dieses Übereinkommen ist für die Schweiz zwar noch nicht in Kraft getreten, wird aber im Folgenden ebenfalls berücksichtigt.

Zudem hat sich die höchstrichterliche Praxis in einigen Punkten weiterentwickelt.

3 Grundsätzliches zur Systematik des Betäubungsmittelrechts

Das Betäubungsmittelrecht will in Übereinstimmung mit den einschlägigen internationalen Übereinkommen⁷ den Gebrauch von Betäubungsmitteln nur zu einem beschränkten medizinischen und wissenschaftlichen Gebrauch zulassen, im Übrigen aber möglichst unterbinden. Es unterwirft zu diesem Zweck den Umgang mit Betäubungsmitteln von der Einfuhr oder Herstellung bis zum Verbrauch einer möglichst lückenlosen Kontrolle⁸.

Zu diesem Zweck bestraft das Gesetz nach Massgabe der Art. 19 ff. BetmG den unbefugten Umgang mit Betäubungsmitteln. Dass der Umgang „unbefugt“ ist, ist Tatbestandsmerkmal der Art. 19, 19a und 19c BetmG⁹. Befugt und damit straflos ist folgender Umgang mit Betäubungsmitteln:

- soweit der Umgang gemäss Art. 3 Abs. 2 BetmG von den Kontrollen ausgenommen ist,
- soweit der Umgang nach den Art. 9-13 BetmG und Art. 41 ff. BetmV bewilligungsfrei ist (medizinische Verwendung)¹⁰,
- soweit er aufgrund einer Bewilligung erfolgt¹¹, wobei es folgende Bewilligungen gibt:
 - Bewilligung des Heilmittelinstituts für Herstellung, Verarbeitung oder Handel¹²,
 - Bewilligung des Heilmittelinstituts für Ein- und Ausfuhr¹³,
 - Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde an Krankenanstalten für Bezug, Lagerung und Verwendung¹⁴,

² SR 812.21, in Kraft im Wesentlichen seit 1. Januar 2002 (teilweise ab 1. Oktober 2002).

³ SR 312.8, in Kraft seit 1. Januar 2005.

⁴ AS 2001 3133, in Kraft seit 1. Januar 2002.

⁵ AS 2001 3146 und 3147.

⁶ Der Nationalrat am 6. Dezember 2004, der Ständerat am 16. März 2005.

⁷ Vgl. Präambel zum EinheitsÜ.

⁸ BBI 1951 I 846.

⁹ Albrecht (1995), N. 28 zu Art. 19; Schütz, S. 103.

¹⁰ Die Verschreibung oder Abgabe an betäubungsmittelabhängige Personen unterliegt aber einer besonderen kantonalen Bewilligung (Art. 15a Abs. 5 BetmG).

¹¹ Albrecht (1995), N. 27 zu Art. 19.

¹² Art. 4 BetmG; Art. 5-9 BetmV.

¹³ Art. 5 BetmG; Art. 26-39 BetmV.

¹⁴ Art. 14 Abs. 1 BetmG; Art. 10 und 14 BetmV.

- Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde an Institute der wissenschaftlichen Forschung für Anbau, Bezug, Lagerung und Verwendung¹⁵,
- Bewilligung des Heilmittelinstituts an nationale oder internationale Organisationen für Bezug, Einführung, Aufbewahrung, Verwendung, Verordnung, Abgabe oder Ausfuhr¹⁶.

Auch diese an sich befugten Umgangsformen sind nun jedoch nicht erlaubt für die sog. verbotenen Stoffe gemäss Art. 8 BetmG, wozu auch Ecstasy gehört¹⁷. Diese Stoffe dürfen nicht angebaut, eingeführt, hergestellt oder in Verkehr gebracht werden¹⁸. Dies bedeutet:

- Auch die medizinische Verwendung nach den Art. 9-13 BetmG ist in Bezug auf diese Stoffe nicht zulässig.
- Das Heilmittelinstitut und die Kantone dürfen für solche Betäubungsmittel keine Bewilligungen nach den Art. 4, 5, 14 oder 14a BetmG erteilen¹⁹.

Es gilt also für die unter Art. 8 fallenden Stoffe ein Verkehrsverbot, auch für diejenigen Verkehrsformen, die nach dem sonstigen gesetzlichen Regime zulässig wären²⁰.

Davon gibt es wiederum eine Ausnahme, wenn das BAG eine Bewilligung nach Art. 8 Abs. 5 oder 6 BetmG erteilt. Das Tatbestandsmerkmal „unbefugt“ in Art. 19 Ziff. 1 BetmG bezieht sich in Bezug auf diese Betäubungsmittel somit auf das Fehlen einer entsprechenden Bewilligung des BAG²¹.

Aus dieser Grundidee des Gesetzes ergibt sich, dass eigentlich die strafbaren Handlungen gleich umschrieben sein müssten wie die bewilligungspflichtigen. Art. 19 BetmG will denjenigen bestrafen, der die nach Art. 4, 5, 8, 14 und 14a BetmG bewilligungspflichtigen Handlungen vornimmt, ohne im Besitz der entsprechenden Bewilligung zu sein.

Allerdings stimmen die nach Art. 19 ff. strafbaren, die nach Art. 4, 5, 14 und 14a bewilligungspflichtigen und die nach Art. 8 BetmG verbotenen Handlungen redaktionell nur teilweise überein. In der folgenden Tabelle sind die entsprechenden Handlungen dargestellt:

Strafbar nach Art. 19 ff.	Bewilligungspflichtig nach Art. 4, 5, 14 oder 14a	Verboten nach Art. 8, sofern ohne Bewilligung nach 8.5
anbauen (19.1.1)	anbauen (4, 14.2)	anbauen
herstellen, ausziehen, umwandeln oder verarbeiten (19.1.2)	herstellen, verarbeiten (4)	Herstellen
versenden, befördern (19.1.3)		
eingeführen, ausführen, durchführen	Ein- und ausführen	Einführen ²²

¹⁵ Art. 14 Abs. 2 BetmG; Art. 11 und 15 BetmV.

¹⁶ Art. 14a BetmG; Art. 12 und 16 BetmV.

¹⁷ Art. 8 Abs. 1 lit. c BetmG; Anhang d BetmV-Swissmedic. Vgl. zur Gesetzmässigkeit dieser Verordnung in Bezug auf Ecstasy BGE 124 IV 286 E. 1.

¹⁸ Art. 8 Abs. 1 BetmG.

¹⁹ Vgl. auch Art. 4 Abs. 1 letzter Satz sowie Art. 14 Abs. 3 BetmG.

²⁰ Ebenso für das deutsche Recht Weber, N. 85 zu § 3.

²¹ Urteil des Bundesgerichts 6S.15/2001 vom 14.6.2001, E. 3a.

²² Dass hier die Ausfuhr nicht erwähnt ist, ist wohl bewusst: Es geht in Art. 8 BetmG darum, den Umgang mit den als besonders gefährlich erachteten Betäubungsmitteln innerhalb der Schweiz zu unterbinden. Werden diese Stoffe ausgeführt, unterliegen sie nachher nicht mehr dem Geltungsbereich des

(19.1.3)	(5, 14a)	
Anbieten, verteilen, verkaufen, vermitteln, verschaffen, verordnen, in Verkehr bringen, abgeben (19.1.4) ²³	Handel treiben (4) Abgeben (14a)	In Verkehr bringen
Als Medizinalperson anders als zulässig verwenden, abgeben oder verordnen (20.1.3)	Verwenden (14.1, 14.2, 14a), Verordnen (14a)	
kaufen, sonst wie erlangen (19.1.5)	Beziehen (14.1, 14.2, 14a)	
Lagern (19.1.3)	Lagern (14.1, 14.2)	
aufbewahren (19.1.5)	aufbewahren (14a)	
Besitzen (19.1.5)		

Namentlich ist also nach dem Wortlaut des Gesetzes das bloss Befördern, Versenden und Besitzen zwar nicht bewilligungspflichtig, aber trotzdem (wenn unbefugt) strafbar, eventuell auch das Erlangen, wenn man es nicht als „Beziehen“ im Sinne von Art. 14 BetmG betrachtet. Nähme man das Gesetz wörtlich, würde dies zu logisch widersprüchlichen Konsequenzen führen: Da für eine Handlung, welche nicht bewilligungspflichtig ist, auch keine Bewilligung erteilt werden kann, könnte das bloss Befördern, Versenden oder Besitzen nicht bewilligt werden. Es müsste somit in jedem Fall strafbar sein, da es gar nicht befugt ausgeübt werden könnte. Auch wer befugt Betäubungsmittel herstellt oder damit Handel treibt, dürfte sie nicht befördern, versenden oder besitzen.

Um diese logisch widersprüchliche Konsequenz zu vermeiden, müssen Bewilligungspflicht und Strafbarkeit kongruent ausgelegt werden: Dies heisst:

- Einerseits sind alle Handlungsformen, die nach Art. 19 BetmG strafbar sind, bewilligungspflichtig. Ohne Bewilligung sind sie unbefugt und strafbar. Dies gilt auch für den blossen Besitz von Betäubungsmitteln²⁴, namentlich auch derjenigen, die unter Art. 8 BetmG fallen²⁵. Zugleich muss aber auch für das bloss Versenden, Befördern und Besitzen eine Bewilligung erteilt werden können, bzw. in den erteilten Bewilligungen (für Herstellung, usw.) muss implizit auch die Bewilligung für die genannten Tätigkeiten inbegriffen sein²⁶.

schweizerischen Rechts und es besteht kein Grund, die Ausfuhr generell zu verbieten. Die von den internationalen Abkommen verlangten Ausfuhrkontrollen und -beschränkungen können auch im Rahmen der Ausfuhrbewilligungen nach Art. 5 BetmG sichergestellt werden, ohne dass eine zusätzliche Bewilligung des BAG erforderlich ist.

²³ Ausser bei unentgeltlicher Abgabe geringfügiger Mengen zur Ermöglichung des gleichzeitigen und gemeinsamen Konsums, Art. 19b BetmG.

²⁴ Die Verpflichtung, den Besitz der Bewilligungspflicht zu unterstellen, ergibt sich auch aus Art. 33 EinheitsÜ.

²⁵ BGE 124 IV 102 E. 2 S. 104.

²⁶ Dies ergibt sich auch aus der Botschaft zur Revision von 1975 des BetmG (BBI 1973 I 1363): „Gemäss der geltenden Praxis können diese Stoffe ausser für wissenschaftliche auch für sehr beschränkte medizinische Zwecke von ordnungsgemäss ermächtigten Personen in medizinischen oder wissenschaftlichen Einrichtungen, die im Besitze einer kantonalen Bewilligung stehen, verwendet werden. Für die Herstellung, den Handel, die Verteilung und den Besitz ist beim Eidgenössischen Gesundheitsamt eine besondere Genehmigung einzuholen. Bewilligungsinhaber können die für die jeweils zugelassenen Zwecke benötigten Mengen ohne weitere Formalität beziehen.“

- Andererseits sind Handlungsformen, die nicht nach Art. 19 BetmG strafbar sind, grundsätzlich nicht bewilligungspflichtig. Es wäre nutzlos, eine Bewilligung zu verlangen für Handlungen, die – auch wenn sie unbewilligt ausgeführt werden – ohnehin nicht strafbar sind. Diese Konsequenz ist allerdings nicht zwingend, da eine Bewilligungspflicht subsidiär zu Art. 19 auch mit Art. 22 BetmG strafrechtlich durchgesetzt werden kann. Es könnte sein, dass das Gesetz auch Handlungen, die nicht in Art. 19 BetmG aufgezählt sind, einer Bewilligungspflicht unterwirft. Dies muss sich aber dann aus einer besonderen Bestimmung des Gesetzes ergeben (z.B. Art. 7 BetmG).

Diese Regelung gilt sowohl für die ordentlichen Bewilligungen nach den Art. 4, 5, 14 oder 14a als auch für die Ausnahmbewilligung nach Art. 8 BetmG. Das bedeutet also, dass auch das bloße Besitzen der in Art. 8 genannten Substanzen nur mit Ausnahmbewilligung des BAG zulässig ist²⁷.

Aus dieser rechtlichen Regelung ergibt sich das Prüfschema für die Antwort auf die gestellte Frage:

1. Fällt das Pillentesting grundsätzlich unter die nach Art. 19 ff. BetmG strafbaren Handlungen?
2. Wenn nein: Dann ist das Testing auch ohne Bewilligung zulässig, d.h. nicht bewilligungspflichtig.
3. Wenn ja: Das Testing ist, wenn ohne Bewilligung ausgeübt, grundsätzlich strafbar, d.h. es bedarf einer Bewilligung, um zulässig zu sein. In diesem Fall stellen sich weiter die folgenden Fragen:
 - Bedarf es einer Ausnahmbewilligung des BAG nach Art. 8 BetmG oder genügt eine Bewilligung nach den Art. 4, 5, 14 oder 14a?
 - Wenn es eine Ausnahmbewilligung nach Art. 8 BetmG braucht, fragt sich weiter:
 - Darf eine Ausnahmbewilligung nach Art. 8 BetmG überhaupt erteilt werden?
 - Wenn ja, unter welchen Voraussetzungen bzw. mit welchen Auflagen?

4 Strafbarkeit des Pillentestings

4.1 Schnelltest

4.1.1 Grundsätzlich: Nicht strafbar

Mein Gutachten von 1997 ist zum Schluss gekommen, der Schnelltest sei grundsätzlich nicht strafbar bzw. auch ohne Bewilligung zulässig, da er unter keine der in Art. 19 BetmG genannten strafbaren Handlungen fällt²⁸.

Diese Beurteilung scheint mir auch heute noch zutreffend:

Die Pille wird beim Test nicht hergestellt und auch nicht verarbeitet²⁹: Zwar wird der Begriff der Herstellung umfassend verstanden und umfasst auch die Reinigung³⁰ oder die Umwandlung in andere psychotrope Stoffe³¹. Beides ist aber nicht erfüllt, wenn die Pille nur äusserlich beurteilt wird.

²⁷ Dies entspricht auch Art. 7 lit.b PsychotropenÜ.

²⁸ Seiler (1997), Ziff. 6.1.2; ebenso Albrecht (1997), Ziff. 2.

²⁹ Art. 19 Ziff. 1 Abs. 2 BetmG.

³⁰ Art. 1 Abs. 1 lit. n EinheitsÜ; Art. 1 lit. i PsychotropenÜ; z.B. Trocknen von Koka-Blättern, Urteil des Bundesgerichts 6S.190/2000 vom 11.7.2001, E. 3a.

³¹ Art. 1 lit. i PsychotropenÜ; Albrecht (1995), N. 39 und 42 zu Art. 19; Schütz, S. 108 f.

Auch ein Besitz³² ist mit dem Schnelltest nicht verbunden: Der Besitz setzt eine tatsächliche Sachherrschaft und einen Willen, diese Herrschaft auszuüben, voraus³³. Beim Schnelltest fehlt es an beidem³⁴. Begründet der Schnelltest keinen Besitz, so liegt darin auch kein „Erlangen“³⁵.

Demzufolge erfüllt auch derjenige, der die Pille zum Testen bringt, nicht den Straftatbestand des Inverkehrbringens oder der Abgabe³⁶: Dies setzt nämlich voraus, dass die Möglichkeit eröffnet wird, dass ein anderer die tatsächliche Verfügungsgewalt erhält³⁷, was nicht erfüllt ist, wenn der Tester eine solche Verfügungsgewalt nicht erlangt.

Somit kann auch der Tester, der die Pille nach dem Test wieder an die gleiche Person zurückgibt, diese nicht in Verkehr bringen oder abgeben, da der Konsument seine eigene Verfügungsgewalt gar nicht aufgegeben hat.

Der Pillentest kann eine Gehilfenschaft zum Konsum darstellen, die allerdings nicht strafbar ist³⁸, so wie auch die Organisation des Nadeltausches für Heroinkonsumenten nicht strafbar ist³⁹.

4.1.2 Strafbare Formen

Je nachdem, wie der Test durchgeführt wird, kann er allerdings strafrechtlich doch relevant werden⁴⁰. In Frage kommen namentlich folgende Straftatbestände:

- Gehilfenschaft zum Verkauf oder Inverkehrbringen⁴¹, wenn der Tester im Auftrag des Händlers die Ware beurteilt, damit dieser seinen potentiellen Kunden die Ware als besonders qualitativ anpreisen kann⁴².
- Vermittlung⁴³. Eine solche liegt vor, wenn ein Kontakt zwischen Dealer und Kaufinteressent hergestellt wird⁴⁴. Der Schnelltest könnte also strafbar sein, wenn z.B. der Tester im Auftrag des Dealers die Pille prüft, als risikoarm beurteilt und dies dem am Kauf interessierten, aber dazu noch nicht entschlossenen Konsumenten mitteilt, der wegen der Einschätzung als risikoarm dann die Pille kauft. Denn hier hilft der Tester dem Dealer, die Pille zu verkaufen.

³² Art. 19 Ziff. 1 Abs. 5 BetmG.

³³ Hinweise in Seiler (1997), Ziff. 6.1.2; BGE 119 IV 266 E. 3c; Corboz (1999), S. 4 f.; Hug-Beeli (1997), S. 22.; Niggli/Riklin, S. 400 f.; ebenso für das deutsche Recht: Albrecht, in Kreuzer, S. 1536 Rz. 245.

³⁴ Ebenso für das deutsche Recht Körner (1997), S. 7; Webel, S. 75 ff.

³⁵ Das Erlangen setzt den Willen voraus, die Verfügungsgewalt zu erlangen, Albrecht (1995) N. 69 zu Art. 19.

³⁶ Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG.

³⁷ Urteil des Bundesgerichts 6S.120/1992, E. 3c/aa; Albrecht (1995), N. 59 und 61 zu Art. 19; Niggli/Riklin, S. 399; vgl. auch Niggli/Wiprächtiger, N. 32 zu Art. 150bis.

³⁸ Art. 25 und 104 StGB i.V.m. Art. 19a und 26 BetmG; Hug-Beeli (1997), S. 17.

³⁹ Hug-Beeli (1995) S. 432 f.; für das deutsche Recht: Albrecht, in Kreuzer, S. 1545.

⁴⁰ Das Gutachten von 1997 wurde in verschiedenen Hinweisen teilweise so wiedergegeben, als sei der Pillentest rechtlich unproblematisch. Dies ist eine verkürzte Darstellung: Im Gutachten Ziff. 6.3.3 ff. wurde auf einige möglicherweise problematische Aspekte hingewiesen.

⁴¹ Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG i.V.m. Art. 25 StGB. Eine Gehilfenschaft kann auch neben dem Anstaltentreffen (Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG) erfüllt sein (BGE 115 IV 59 E. 3 S. 61, m.H.; Fingerhuth/Tschurr, S. 127 ff.).

⁴² Hug-Beeli (1997), S. 17. Ähnlich auch Albrecht (1997), Ziff. 3.

⁴³ Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG.

⁴⁴ BGE 118 IV 200 E. 2, 403 E. 2a.

- Anstiftung zum Betäubungsmittelkonsum⁴⁵. Dies scheidet dann aus, wenn der Täter den Tatentschluss bereits gefasst hat, nicht aber wenn der Täter zur Tat geneigt ist, aber zur konkreten Tat noch nicht entschlossen ist⁴⁶. Wenn also der noch zweifelnde Konsument wegen der Beurteilung, die Pille sei risikoarm, den Entschluss zum Konsum fasst, dann kann sich der Tester strafbar machen.

Kaum in Frage kommt hingegen eine strafbare öffentliche⁴⁷ Aufforderung zum Betäubungsmittelkonsum oder öffentliche Bekanntgabe der Gelegenheit zum Erwerb oder Konsum⁴⁸. Dieser Tatbestand ist nur erfüllt, wenn bekannt gegeben wird, wo man Betäubungsmittel konsumieren oder erwerben kann, nicht aber dann, wenn nur auf bisher unbekannte Herstellungs- oder Konsummethoden hingewiesen wird⁴⁹.

4.2 Stationärer Labortest

4.2.1 Labor

Etwas anders ist die Lage beim Labortest. Das Testen selber fällt zwar unter keinen der Straftatbestände von Art. 19 BetmG. Anders als beim Schnelltest liegt jedoch beim Labortest Besitz des Testers vor⁵⁰: Die Pille wird dem Labor übergeben, ohne dass der bisherige Besitzer noch eine tatsächliche Herrschaftsmöglichkeit hätte. Das Labor erwirbt damit Gewahrsam an der Pille. Das Zurücklassen einer Sache im Gewahrsamsbereich eines anderen führt zur Übertragung des Gewahrsams⁵¹. Damit ist auch Besitz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 5 BetmG verbunden, was grundsätzlich strafbar ist⁵².

Hat das Labor Besitz, dann stellt auch das Übergeben an das Labor grundsätzlich ein strafbares Abgeben dar: Die Verfügungsgewalt wird an einen anderen übertragen⁵³.

Man kann allerdings annehmen, dass ein Pillentest straflos bleibt, wenn die Testsubstanz nach dem Test vernichtet wird, weil dadurch die Gefahr einer Gesundheitsgefährdung vermieden wird⁵⁴. Diese Auffassung kann sich auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung stützen, wonach straflos ist, wer Drogen wegnimmt und unmittelbar darauf die Drogen vernichtet oder der Polizei übergibt⁵⁵. Dabei handelt es sich freilich bloss um einen Rechtfertigungsgrund für ein Verhalten, das grundsätzlich tatbestandsmässig wäre⁵⁶.

⁴⁵ Art. 19b BetmG.

⁴⁶ BGE 124 IV 34 E. 2c.

⁴⁷ Eine Party, an welcher ein offener Personenkreis teilnehmen kann, ist öffentlich, vgl. BGE 130 IV 111; das Bundesgericht hat es allerdings abgelehnt, einen für alle Straftatbestände einheitlichen Begriff der Öffentlichkeit anzunehmen (a.a.O., E. 4.3), doch ist eine für das allgemeine Publikum zugängliche Party zweifellos auch nach einem engeren Begriff öffentlich.

⁴⁸ Art. 19 Ziff. 1 Abs. 8 BetmG.

⁴⁹ BGE 118 IV 405 E. 2b.

⁵⁰ Ebenso Hug-Beeli (1997), S. 16.

⁵¹ Niggli/Wiprächtiger, N. 28 zu Art. 139.

⁵² Ebenso für das deutsche Recht Körner (1997), S. 6.

⁵³ Ebenso für das deutsche Recht Körner (1997), S. 4.

⁵⁴ Vgl. Seiler (1997), Ziff. 6.1.1; Hug-Beeli (1997) S. 16 f.; für das deutsche Recht: Eberth-Müller, S. 42.

⁵⁵ BGE 122 IV 179 E. 3e S. 184; Corboz (1999), S. 4.

⁵⁶ So auch BGE 117 IV 58 E. 2b. Für das deutsche Recht wird zwar auch die Ansicht vertreten, dass es bei der Entgegennahme in der Absicht der Vernichtung am Besitzwille fehlt (Weber, N. 39 zu § 4), was bereits die Tatbestandsmässigkeit ausschliessen würde.

Diese Rechtsprechung steht auch im Einklang mit den internationalen Verpflichtungen: Gemäss Art. 3(1)a)iii des Übereinkommens gegen den unerlaubten Verkehr mit Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen muss „das Besitzen oder Kaufen eines Betäubungsmittels oder psychotropen Stoffes zum Zweck einer der unter Ziff. 1 aufgeführten Tätigkeiten“ als Straftat umschrieben sein. Unter Ziff. 1 sind genannt:

„das Gewinnen, Herstellen, Ausziehen, Zubereiten, Anbieten, Feilhalten, Verteilen, Verkaufen, Liefern - gleichviel zu welchen Bedingungen -, Vermitteln, Versenden - auch im Transit -, Befördern, Einführen oder Ausführen eines Betäubungsmittels oder psychotropen Stoffes entgegen dem Übereinkommen von 1961, dem Übereinkommen von 1961 in seiner geänderten Form oder dem Übereinkommen von 1971“.

Das blosses Besitzen von Betäubungsmitteln ist daher nicht strafbar, wenn es nur eine Vorstufe zum Zwecke der Vernichtung ist. Das Testlabor muss freilich nachweisen, dass es die Substanzen nach dem Test vernichtet und kein Risiko besteht, dass die Drogen wieder in den unerlaubten Verkehr zurückgelangen.

Anders ist die Lage, wenn die Testsubstanz nach dem Test zurückgegeben wird: Darin liegt ein Inverkehrbringen oder Abgeben: Eine Pille, die sonst aus dem unerlaubten Verkehr gezogen würde, wird wieder in diesen zurückgegeben.

In der Lehre wird allerdings die Auffassung vertreten, dass die Rückgabe kein Inverkehrbringen darstellt, weil der Kreis der Personen, die zum fraglichen Stoff in Beziehung gestanden haben, nicht erweitert wird und dadurch der Teilnehmerkreis am illegalen Drogenverkehr nicht vergrössert wird⁵⁷. Teilweise wird dies freilich relativiert, indem nur straflos sein soll, wenn dabei die Drogen innerhalb des illegalen Verkehrs bleiben; wird hingegen die Droge aus dem legalen in den illegalen Verkehr zurückgegeben, so könnte dies ein strafbares Abgeben oder Inverkehrbringen sein⁵⁸. Im Ergebnis ähnlich wird teilweise angenommen, dass dann der vorgängige Besitz strafbar ist, weil dadurch beigetragen wurde, dass die Drogen weiterhin in Verkehr bleiben⁵⁹.

Dies scheint mir zutreffend: Der grundsätzlich tatbestandsmässige Besitz durch das Labor ist nur deshalb straflos, weil die Droge im Zusammenhang mit diesem Test aus dem Verkehr gezogen und dadurch das davon ausgehende Gesundheitsrisiko eliminiert wird. Wird hingegen die Droge nachher zurückgegeben, so entfällt dieser Rechtfertigungsgrund und der Besitz ist als solcher strafbar.

Die vorne Ziff. 4.1.2 genannten Straftatbestände (Gehilfenschaft zum Verkauf, Vermittlung, Anstiftung zum Konsum) können bei entsprechender Ausgestaltung natürlich auch beim Labortest erfüllt sein.

4.2.2 Überbringer

Für die Zulässigkeit und den Erfolg eines Pillentestings ist auch von Bedeutung, ob diejenigen, welche Pillen einsammeln und zum Testen bringen (z.B. Apotheken), sich dadurch strafbar machen.

Für die Annahme eines (strafbaren) Besitzes ist entscheidend, ob die Herrschaftsmöglichkeit des bisherigen Besitzers nur für kurze Augenblicke unterbrochen wird oder ob der bisherige Besitzer weiterhin die Möglichkeit hat, auf die Droge zuzugreifen. Nach diesen Kriterien hat auch der Einsammler grundsätzlich Besitz: Derjenige, der ihm die Droge übergibt, gibt damit die unmittelbare Sachherrschaft auf, ebenso den Herrschaftswillen: Er gibt die Droge ab mit dem Willen, dass der Einsammler die Droge an einen Dritten (Labor) weitergibt.

⁵⁷ So Hug-Beeli (1997), S. 16 Anm. 22; Albrecht, Kommentar, Rn. 60 f. zu Art. 19; Albrecht (1997) Ziff. 3; ebenso für das deutsche Recht BGHSt 30, 359 (360); Albrecht, in Kreuzer, S. 1536; Webel, S. 74; Weber, N. 58 zu § 3.

⁵⁸ Weber, N. 43 zu § 3, N. 25, 31 und 34 zu § 4.

⁵⁹ Hug-Beeli (1997), S. 16 f.

Nach Albrecht liegt freilich kein Besitz vor, wenn jemand im Auftrag eines anderen Betäubungsmittels eine kurze Strecke transportiert oder für kurze Zeit aufbewahrt⁶⁰. Dies kann nach dem Gesagten wohl nur zutreffen, wenn die Droge nach dem Transport wieder dem vorherigen Besitzer übergeben wird. Ähnlich ist auch nach deutscher Rechtsprechung ein auf Augenblicke beschränkter Transport kein Besitz⁶¹, wohl aber ein Transport über 100 Meter, wenn der Haupttäter keine Einwirkungsmöglichkeit auf die Droge hat⁶².

Gemäss BGE 117 IV 58 E. 2a ist auch bereits ein kurzer Transport tatbestandsmässig, kann allerdings gerechtfertigt sein. In der Lehre wird denn auch angenommen, dass Personen, die Pillen einsammeln und unmittelbar zu einem Labor bringen, nicht strafbar sind⁶³. Dies ist auch von einem deutschen Gericht so entschieden worden⁶⁴.

Die Straflosigkeit hängt nach dem vorne 4.2.1 Ausgeführten wiederum davon ab, ob das Labor, dem die Drogen übergeben werden, seinerseits rechtmässig ist⁶⁵, d.h. ob es die Drogen nach dem Test vernichtet. In diesem Fall ist das Einsammeln und Übergeben ein Glied in einer Kette, welches zur Vernichtung des Betäubungsmittels führt und damit dem Ziel des BetmG dient. Wird hingegen die Substanz nachher wieder zurückgeben, so entfällt dieser Rechtfertigungsgrund, und der Einsammler ist wegen Besitz und Abgabe des Betäubungsmittels strafbar.

Zudem ist zu beachten, dass der Einsammler und Überbringer nach der Übergabe an das Labor keinen Einfluss mehr auf das weitere Schicksal der Droge hat. Nach dem System des BetmG soll der legale Verkehr mit Betäubungsmitteln lückenlos kontrollierbar sein. Dem entspricht die Rechtsprechung, welche den Besitz nur dann rechtfertigt, wenn das Risiko, dass die Drogen wieder in den unerlaubten Verkehr gelangen, als ganz gering erscheint⁶⁶. Für die Strafbarkeit des Einsammlers ist also entscheidend, ob er zuverlässig davon ausgehen darf, dass das Labor die Drogen nach dem Test vernichtet. Weil er darauf aber keinen Einfluss hat, ist dies nur mit einer gewissen Zurückhaltung anzunehmen.

In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, dass sich an dieser Beurteilung nichts ändert, wenn der Einsammler eine Medizinalperson ist, die nach den Art. 9-13 BetmG mit Betäubungsmitteln umgehen darf (z.B. eine Apotheke). Denn diese Befugnis erstreckt sich nicht auf die nach Art. 8 BetmG verbotenen Betäubungsmittel.

4.2.3 Ausfuhr

Es wäre denkbar, dass die Pille in ein Labor im Ausland verbracht wird. Dies ist eine Ausfuhr, die nach Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 BetmG strafbar ist, sofern sie nicht nach Art. 5 BetmG durch Swissmedic bewilligt worden ist. Diese Ausfuhrbewilligung muss für jeden Einzelfall erteilt werden⁶⁷. Sie wird grundsätzlich nur an Inhaber einer Herstellungs- oder Handelsbe-

⁶⁰ Albrecht (1995), N. 66 zu Art. 19.

⁶¹ BGH Str 1983 200, zit. nach Eberth-Müller, S. 41.

⁶² BGH NSTZ-RR 1998 S. 148, zit. nach Eberth-Müller, S. 41.

⁶³ Albrecht (1997), Ziff. 3; Fingerhuth/Tschurr, S. 125; Schütz, S. 124.

⁶⁴ Beschluss des Landgerichts Berlin, 6. Strafkammer, 1.3.1999.

⁶⁵ So auch die Auffassung in Deutschland: Das Institut, an welches in dem vom Landgericht Berlin beurteilten Fall die Drogen abgegeben wurden, besass eine entsprechende Bewilligung des Bundesgesundheitsamtes; nachdem dieses Amt die Bewilligung restriktiver gefasst hatte, wurden die Drogentests eingestellt (vgl. Cousto [2004], S. 5).

⁶⁶ BGE 117 IV 58 E. 2c.

⁶⁷ Art. 27 Abs. 2 BetmV. Vgl. auch Art. 32 Abs. 3 BetmV.

willigung nach Art. 4 BetmG erteilt⁶⁸, auf begründetes Gesuch hin auch an Apotheker, Ärzte und Tierärzte⁶⁹.

4.3 Ambulanter Labortest

Beim ambulanten Labortest ist zu differenzieren: Wenn derjenige, der die Droge zum Testen bringt, die Möglichkeit hat, praktisch jederzeit auf die Substanz zuzugreifen, dürfte der Tester nach dem soeben Ausgeführten keinen Besitz begründen und bleibt damit straflos. Er gibt damit die Droge auch nicht im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG ab, wenn er sie nach dem Test dem Konsumenten wieder überlässt. Vernichtet er beim Test die Pille, so ist er ebenfalls straflos, da er damit die Substanz aus dem illegalen Verkehr zieht.

Diese Beurteilung ist allerdings nicht ganz eindeutig. Es ist nicht auszuschliessen, dass je nach den Umständen doch Besitz anzunehmen ist, wenn z.B. - wie das bei ambulanten Tests der Fall zu sein scheint - längere Wartezeiten bestehen, der Konsument in der Zwischenzeit den Testort verlässt und die Pille beim Tester zurücklässt. Es verbleibt hier eine gewisse Rechtsunsicherheit.

Sodann erwirbt der Tester Besitz, wenn er die Pille an sich nimmt, um sie einem stationären Labor zu übergeben. Er ist in diesem Fall nur unter den Voraussetzungen straflos, die auch für den stationären Labortest bzw. den Überbringer gelten (vorne Ziff. 4.2.1 und 4.2.2).

Sodann gilt natürlich das vorne Ziff. 4.1.2 Gesagte auch für den ambulanten Labortest.

4.4 Konsument

Ergänzend ist zu bemerken, dass derjenige, der eine Pille erwirbt, besitzt und konsumiert, nach Art. 19a Ziff. 1 BetmG grundsätzlich strafbar ist und nur nach Massgabe von Art. 19a Ziff. 2 BetmG straflos bleibt. An dieser Strafbarkeit ändert sich nichts, wenn die Pille in einem Labor getestet worden ist. Hingegen hat die Frage, ob der Test strafbar ist, Auswirkungen darauf, ob derjenige, der die Pille testen lässt, sich zusätzlich noch wegen Abgebens (Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG) strafbar macht. Soweit der Test straflos ist, weil der Tester gar keinen Besitz erwirbt oder weil das Testlabor die Pille anschliessend vernichtet, ist die Abgabe straflos. Soweit hingegen der Tester selber strafbar ist, macht sich auch strafbar, wer ihm Drogen übergibt⁷⁰. Eine Strafbefreiung kommt auch hier allerdings aufgrund von Art. 19a Ziff. 2 BetmG in Frage.

5 Bewilligungspflicht

5.1 Zusammenfassende Folgerungen aus Ziff. 4

Zusammenfassend ergibt sich: Folgende Handlungsformen sind, wenn nicht bewilligt, strafbar, oder (umgekehrt formuliert) bedürfen einer Bewilligung, um straflos zu sein:

1. Der stationäre Labortest, sofern die Droge nicht anschliessend vernichtet wird, namentlich wenn sie an den Konsumenten zurückgegeben wird.
2. Das Einsammeln von Drogen und Übermitteln an das stationäre Testlabor, sofern dieses die Pille nicht anschliessend vernichtet.
3. Der ambulante Labortest, soweit der Tester dabei Besitz erwirbt und die Pille nicht nachher vernichtet wird.

⁶⁸ Art. 26 BetmV.

⁶⁹ Art. 27 Abs. 4 BetmV.

⁷⁰ Ebenso für das deutsche Recht Körner (1997), S. 4.

Umgekehrt bedeutet dies, dass die Tests und das Einsammeln straflos sind, wenn anschliessend die Pille vernichtet wird. Allerdings ergibt sich dies erst aus einer Rechtfertigung für ein grundsätzlich tatbestandsmässiges Verhalten. Es verbleibt eine gewisse Sachverhalts- und Rechtsunsicherheit, zumal wenn die mit dem Test befassten Personen nicht selber eine Kontrolle darüber haben, ob die Droge tatsächlich vernichtet wird. Diese Unsicherheiten könnten behoben werden, wenn eine Bewilligung erteilt würde, wodurch eindeutig und klar die Handlung befugt wird und damit nicht mehr tatbestandsmässig ist.

Zudem sind sämtliche Testformen (auch der Schnelltest) strafbar, soweit sie als Gehilfenchaft zum Handel, als Vermittlung oder als Anstiftung zum Konsum zu qualifizieren sind, also insbesondere wenn sie

- im Auftrag eines Händlers vorgenommen werden und diesem den Handel erleichtern, indem z.B. die Mitteilung des Ergebnisses dem Händler ermöglicht, mit der guten Qualität seiner Pillen zu werben oder mit Kunden in Kontakt zu treten,
- dazu führen, dass ein zum Konsum noch nicht entschlossener Konsument aufgrund der Risikobeurteilung den Entschluss zum Konsum fasst.

Vor allem die zweite Variante dürfte in der Praxis häufig nicht auszuschliessen sein. Darin liegt eine zentrale Problematik solcher Test, dazu hinten Ziff. 5.3.2 und 5.4.

5.2 Welche Bewilligung?

Soweit nach dem Gesagten eine Bewilligung erforderlich ist, fragt sich weiter, welche Art der Bewilligung erforderlich ist.

Im Gutachten von 1997 habe ich die Ansicht vertreten, eine kantonale Bewilligung nach Art. 14 Abs. 2 BetmG genüge.

Bei erneuter Prüfung scheint mir diese Auffassung nicht mehr zutreffend. Vielmehr ist dafür eine Ausnahmegewilligung des BAG nach Art. 8 Abs. 5 BetmG erforderlich.

In Art. 4 Abs. 1 Satz 2 und Art. 14 Abs. 3 BetmG wird ausdrücklich Art. 8 BetmG vorbehalten. Dies bedeutet, dass auch für diejenigen, welche eine Bewilligung nach Art. 4 oder 14 BetmG haben, die Verbote nach Art. 8 BetmG gelten. Von diesen kann nur mit der in Art. 8 Abs. 5 (oder 6) vorgesehenen Ausnahmegewilligung abgewichen werden⁷¹.

Dies ergibt sich auch aus dem Sinn der ganzen Regelung, welcher darin besteht, dass die nach Art. 8 verbotenen Stoffe grundsätzlich nicht verkehrsfähig sind, sowie aus den Materialien⁷².

Im Gutachten von 1997 habe ich die gegenteilige Meinung mit der Analogie zu einem Polizisten begründet, welcher sich auch ohne BAG-Bewilligung nicht strafbar macht, wenn er unerlaubte Drogen beschlagnahmt und damit besitzt. In diesem Falle liegt jedoch der Rechtfertigungsgrund der Amtspflicht⁷³ vor. Bei den Bewilligungen gemäss Art. 14 BetmG geht es jedoch nicht um eine Amtspflicht des entsprechenden Instituts, sondern um eine bewilligungspflichtige Tätigkeit, die mit einer Polizeibewilligung genehmigt worden ist. Diese Bewilligung kann nicht die Ermächtigung enthalten, Handlungen auszuführen, die vom Gesetz bewusst vorbehalten worden sind.

⁷¹ Ebenso Albrecht (1995), N. 13 zu Art. 20, in Bezug auf die den Medizinalpersonen erlaubten Abgaben gemäss Art. 11 BetmG, die sich ohne Ausnahmegewilligung gemäss Art. 8 Abs. 5 BetmG nicht auf die verbotenen Stoffe erstreckt.

⁷² BBI 1973 I 1363.

⁷³ Art. 32 StGB.

5.3 Zulässigkeit und Voraussetzungen einer Bewilligung nach Art. 8 Abs. 5 BetmG

5.3.1 Im Allgemeinen

Soweit eine Bewilligung erteilt wird für ein Verhalten, das nach dem Ausgeführten nicht strafbar wäre, ist dies mit Art. 8 BetmG ohne weiteres vereinbar.

Anders ausgedrückt, ist die Erteilung einer Bewilligung vom Gesetz abgedeckt, wenn sie mit der Auflage verbunden wird, die Substanz nach dem Test zu vernichten und mit dem Test eine Beratung zu verbinden, die auf eine Art und Weise durchgeführt wird, dass darin keine Gehilfenschaft zum Handel oder Anstiftung zum Konsum erblickt werden kann.

Die Bewilligung hat in diesen Fällen im Wesentlichen eine Kontrollfunktion: Sie ist eine behördliche Feststellung, dass das betreffende Verhalten unter den darin genannten Bedingungen und Auflagen nicht strafbar ist. Das BAG kann in diesem Rahmen somit ohne weiteres Bewilligungen erteilen

- einem stationären oder ambulanten Testlabor, mit den genannten Auflagen,
- einer Sammelstelle, mit der Auflage, die eingesammelten Pillen einem Testlabor mit Bewilligung weiterzuleiten.

Zu bewilligen ist der ganze mit der bewilligten Tätigkeit verbundene Umgang mit den verbotenen Stoffen, d.h. das Entgegennehmen, Besitzen, Weitergeben und Behandeln zu dem bewilligten Zweck (Test).

Die Bewilligung befreit ihren Inhaber davon, in einem allfälligen Strafverfahren nachweisen zu müssen, dass er die Substanzen nach dem Test vernichtet, denn sein Verhalten ist wegen der Bewilligung a priori nicht unbefugt und damit nicht tatbestandsmässig.

Mit einer solchen Bewilligung ist auch klar, dass derjenige, der seine Pille einem Testlabor oder einer Sammelstelle mit Bewilligung abgibt, sich nicht nach Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG strafbar macht.

5.3.2 Bewilligung von an sich strafbaren Handlungen

Fraglich ist, ob eine Bewilligung auch erteilt werden könnte für ein Verhalten, das an sich strafbar wäre, namentlich um nach dem Test die Pille wieder zurückzugeben, oder für einen Test, bei dem nicht auszuschliessen ist, dass er (infolge der Beurteilung, die Pille sei relativ risikoarm) einen bedingten Konsumvorsatz zu einem unbedingten werden lässt. Diese Verhaltensweisen sind nach dem vorne Ausgeführten grundsätzlich strafbar; die Bewilligung würde nicht nur feststellen, was nach Gesetz straflos ist, sondern sie würde etwas bewilligen, was nach Gesetz grundsätzlich strafbar ist. Es fragt sich, ob Art. 8 Abs. 5 BetmG eine genügende Grundlage für eine solche Bewilligung darstellt.

Die Ausnahmegewilligung des BAG kann nach Art. 8 Abs. 5 BetmG erteilt werden:

- für die wissenschaftliche Forschung
- zu Bekämpfungsmassnahmen
- für Diazetylmorphin und Halluzinogene für eine beschränkte medizinische Anwendung

Als medizinische Anwendung kann der Test bzw. die Rückgabe der Pille nach dem Test nicht betrachtet werden. Hingegen fragt sich, ob ein Pillentesting als wissenschaftliche Forschung oder Bekämpfungsmassnahme betrachtet werden kann.

Weder das Gesetz noch die Verordnung enthalten nähere Kriterien für die Erteilung von Ausnahmegewilligungen. Die Zulässigkeit und die Voraussetzungen einer solchen Bewilligung müssen aus dem Wortlaut und Sinn des Gesetzes eruiert werden, wobei auch die Zielsetzung der internationalen Abkommen heranzuziehen ist.

Unter **wissenschaftlicher Forschung** wird gemeinhin ein Erkenntnisfortschritt mit Hilfe wissenschaftlicher Methoden verstanden. Eine routinemässige Labor- oder Messtätigkeit - wie sie ein Drug-Checking an sich darstellt - ist grundsätzlich nicht als wissenschaftliche Forschung zu betrachten. Hingegen kann ein Pillentest m.E. als wissenschaftliche Forschung betrachtet werden, wenn er in ein Gesamtkonzept der Erforschung des Pillenmarktes eingebettet ist⁷⁴. So wurde auch die versuchsweise Heroinabgabe anfänglich (vor der formellgesetzlichen Regelung in Art. 8 Abs. 6 -8 BetmG) unter dem Titel eines wissenschaftlichen Versuchs gestützt auf Art. 8 Abs. 5 und Art. 15c BetmG bewilligt⁷⁵, was zwar in der Lehre und auf internationaler Ebene teilweise bestritten war, aber letztlich auch von der Rechtsprechung akzeptiert wurde⁷⁶.

Nicht ohne weiteres klar ist der Begriff der **Bekämpfungsmassnahme**. Als solche Massnahme werden etwa Ausbildungszwecke (z.B. Ausbildung von Drogenhunden) genannt⁷⁷. Der Wortlaut des Gesetzes (frz.: „lutte contre les stupéfiants“; ital. „provvedimenti di lotta“) enthält allerdings keine Einschränkung auf bestimmte Massnahmen. Nach der wörtlichen Auslegung kann im Sinne der allgemeinen Wortbedeutung als Bekämpfungsmassnahme jede Massnahme verstanden werden, die zur Reduktion des Betäubungsmittelmissbrauchs dient. Den (publizierten) Materialien lässt sich zu diesem Begriff nichts entnehmen⁷⁸. In teleologischer Auslegung ist die doppelte Zielsetzung des Betäubungsmittelgesetzes zu beachten: Es will die aus dem Betäubungsmittelkonsum herrührenden Gesundheitsrisiken möglichst reduzieren. Zu diesem Zweck verfolgt es zwei Strategien: Einerseits will es den Betäubungsmittelkonsum möglichst einschränken, insbesondere mittels Strafandrohung. Andererseits will es die mit dem Betäubungsmittelkonsum verbundenen Risiken begrenzen⁷⁹. Aus dieser doppelten Zielsetzung folgt, dass - soweit der Konsum durch die Strafandrohung nicht verhindert werden kann - wenigstens die damit verbundenen negativen Begleiterscheinungen und Risiken möglichst reduziert werden sollen. Die eine Zielsetzung soll nicht auf Kosten der anderen verfolgt werden. Soweit aber ein Ziel gefördert werden kann, ohne dem anderen entgegenzuwirken, ist es zweifellos sinnvoll, dies zu tun, denn es dient der gesundheits- und sozialpolitischen Zielsetzung des Gesetzes, nämlich die durch den Drogenmissbrauch verursachten gesundheitlichen Risiken möglichst zu reduzieren. In diesem Sinne kann meines Erachtens ein Pillentesting als Bekämpfungsmassnahme verstanden werden, selbst wenn es nicht zu einer Abnahme der Zahl der konsumierten Pillen führt (d.h. wenn die Pillen nach dem Test zurückgegeben werden), wohl aber dazu, dass die konsumierten Pillen ein geringeres Gefährdungspotenzial haben. Würde hingegen das Testing dazu führen, dass die Zahl der konsumierten Pillen noch zunähme, dann könnte es nicht mehr als Bekämpfungsmass-

⁷⁴ Vgl. BGE 125 II 206 E. 4d/bb S. 213, wo gestützt auf eine objektiv-zeitgemässe Auslegung auch eine Heroin-Abgabe als mit Art. 8 Abs. 5 BetmG vereinbar erachtet wurde, die über den vom historischen Gesetzgeber ins Auge gefassten Anwendungsfall hinausging.

⁷⁵ Verordnung vom 21. Oktober 1992 über die Förderung der wissenschaftlichen Begleitforschung zur Drogenprävention und Verbesserung der Lebensbedingungen Drogenabhängiger (sog. PROVE-VO, AS 1992 2213).

⁷⁶ Vgl. BGE 125 II 206, wo in E. d/aa zwar die ablehnenden Stimmen referiert, aber nicht unterstützt werden, und im konkreten Fall sogar eine über die PROVE-VO hinausgehende Bewilligung auf Art. 8 Abs. 5 BetmG gestützt wird.

⁷⁷ Fingerhuth/Tschurr, S. 94.

⁷⁸ In der ursprünglichen Fassung des Gesetzes waren Ausnahmegewilligungen nur für die wissenschaftliche Forschung vorgesehen (Art. 8 Abs. 5 in der Fassung vom 3.10.1951, AS 1952 241). Im Entwurf zur Revision von 1975 wurden auch die Bekämpfungsmassnahmen erwähnt. Die Botschaft enthält dazu keine Aussagen. In der Bundesversammlung wurde diese Änderung diskussionslos genehmigt (Amtl. Bull. S 1973 698 f., N 1974 1432).

⁷⁹ S. dazu schon BBI 1951 I 848 ff., ferner die Art. 15 ff. BetmG in der Fassung von 1975 sowie BBI 1973 I 1351. Ausdruck dieser Doppelstrategie ist auch die kontrollierte Abgabe nach Art. 8 Abs. 6-8 BetmG.

nahme verstanden werden und dürfte nicht gestützt auf Art. 8 Abs. 5 BetmG bewilligt werden.

Die Beurteilung, ob das Testing zu einer Zunahme des Konsums führt, dürfte allerdings schwierig sein⁸⁰. Eine derartige Bewilligung dürfte daher m.E. nur befristet erteilt werden und unter der Voraussetzung, dass das Testing mit einer Begleitforschung kombiniert wird, welche die Auswirkungen auf das Konsumverhalten untersucht. Sollte sich erweisen, dass das Testing zu einer Zunahme des Konsums führt, wäre die Bewilligung nicht zu erneuern.

Eine Ausnahmbewilligung gemäss Art. 8 Abs. 5 BetmG für ein Pillentesting mit Rückgabe der Drogen kann somit erteilt werden, wenn dieses Testing dazu führt, dass die aus dem Drogenkonsum resultierenden Gesundheitsrisiken reduziert werden und wenn die Tests in ein Gesamtkonzept zur wissenschaftlichen Erforschung des Pillen-Marktes eingebettet sind. Unter den gleichen Voraussetzungen könnte eine Bewilligung erteilt werden für Testformen, bei denen nicht hundertprozentig ausgeschlossen werden kann, dass sie einen bedingten Konsumvorsatz zu einem unbedingten werden lassen, wenn aber durch eine begleitende Beratung dieses Risiko möglichst gering gehalten und zugleich die Gesundheitsrisiken deutlich reduziert werden.

In diesem Rahmen müssen die Voraussetzungen und Modalitäten für eine Bewilligung durch das BAG festgelegt werden⁸¹. Bei der Bewilligung nach Art. 8 Abs. 5 BetmG handelt es sich um eine Ausnahmbewilligung⁸², auf deren Erteilung grundsätzlich kein Rechtsanspruch besteht. Das BAG hat somit im Rahmen der gesetzlichen Zielsetzung und der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen einen sehr grossen Ermessensspielraum, ob es solche Bewilligungen erteilen soll. Es kann dabei auch generelle drogenpolitische Überlegungen berücksichtigen.

Grundsätzlich ist nicht relevant, ob der Gesuchsteller bzw. Bewilligungsempfänger eine Privatperson oder eine staatliche (kantonale oder kommunale) Institution ist. Alle unterliegen gleichermassen der Bewilligungspflicht nach Art. 8 BetmG. Möglicherweise sind staatliche Institutionen vertrauenswürdiger, aber das ist eine Frage der Beurteilung im Einzelfall.

5.4 Bedingungen und Auflagen

Nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen kann eine Behörde auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage, anstatt eine Bewilligung zu verweigern, die Erteilung der Bewilligung an Bedingungen und Auflagen knüpfen, welche sicherstellen, dass die mit dem Gesetz verfolgten Ziele erreicht werden⁸³.

Da weder Gesetz noch Verordnung konkrete Bewilligungsvoraussetzungen oder Auflagen enthalten, ist es Sache des BAG, die geeigneten Auflagen zu formulieren, welche sicherstellen, dass der Zweck der Tests möglichst erreicht wird. Dazu gehört z.B. die Auflage, die Substanz nach dem Test zu vernichten oder die Verpflichtung, das Testing mit einer Beratung zu verbinden, die so durchgeführt wird, dass darin keine Gehilfenschaft zum Handel und keine Anstiftung zum Konsum erblickt werden kann. So müsste z.B. die Durchführung eines Tests verweigert werden, wenn Anhaltspunkte bestehen, dass der Auftraggeber selber Drogenhändler ist oder im Auftrag von Drogenhändlern tätig ist. Bei Bedarf können die Modalitäten dieser Beratung detailliert in der Bewilligung umschrieben werden. Es ist eine vom BAG zu beantwortende Zweckmässigkeits- und Ermessensfrage, wie detailliert solche Auflagen in der Bewilligung umschrieben werden sollen.

⁸⁰ Nach Cousto (2004), S. 7 f., führt das Drug-Ckecking zu einer Abnahme des Konsums, wobei allerdings nicht klar ist, ob es sich dabei um Testformen handelt, bei denen die Substanzen zurückgegeben werden.

⁸¹ BGE 125 II 206 E. 4d/cc S. 215.

⁸² BGE 125 II 206 E. 3 S. 207; Fingerhuth/Tschurr, S. 94.

⁸³ Häfelin/Müller, S. 189; Tschannen/Zimmerli, S. 234.

Wird auch eine Rückgabe der Substanz bewilligt, so muss dies mit der Auflage verbunden sein, eine Begleitforschung durchzuführen, welche die Auswirkungen des Testings auf den Konsum untersucht, und mit dem Vorbehalt, dass die Bewilligung entzogen (bzw. nicht verlängert) wird, wenn sich erweist, dass der Konsum zunimmt.

Zulässig sind selbstverständlich auch Auflagen, welche sicherstellen, dass nur zuverlässige Testmethoden verwendet werden (hinten Ziff. 6.3). Sodann kann mit der Bewilligung die Auflage verbunden werden, über die Substanzen im Sinne von Art. 17 BetmG Buch zu führen.

Die Auflagen müssen jedoch einen sachlichen Zusammenhang mit dem verfolgten Ziel haben und dürfen nicht sachfremde Ziele verfolgen.

So schiene mir grundsätzlich unzulässig, die Bewilligung z.B. nur an gemeinnützige, nicht aber an gewerbliche Gesuchsteller zu erteilen oder die Bewilligung mit der Auflage zu verbinden, dass die Tests unentgeltlich durchgeführt werden. Es ist weder verboten noch anrühlich, eine Gesundheitsberatung gewerbsmässig durchzuführen. Von einem Konsumenten, der bereit ist, für eine Pille einen erheblichen Betrag zu bezahlen, kann auch verlangt werden, für einen Test zu bezahlen.

Problematisch wäre eine Entgeltlichkeit allerdings dann, wenn sie mit einer Rückgabe der Pille verbunden wäre. In diesem Falle verdient eine Erwerbsunternehmung daran, dass sie Pillen testet und wieder zurückgibt. Sie hat damit ein kommerzielles Interesse daran, dass der Markt nicht austrocknet. Hier wäre äusserste Vorsicht geboten und eine Bewilligung höchstens mit einschneidenden Auflagen zu erteilen.

Ohne weiteres im Rahmen des Ermessensbereichs des BAG liegt es, wenn die Bewilligung für die Tätigkeit des Einsammelns und Überbringens (vorne 4.2.2) nur an Apotheker oder andere Medizinalpersonen erteilt wird, welche Gewähr für eine medizinische Betreuung und Fachkenntnis bieten. Zudem unterstehen diese Personen (unter Vorbehalt von Art. 15 Abs. 1 BetmG) dem Berufsgeheimnis⁸⁴, was die Erfolgchance eines Testings wohl erhöht.

5.5 Verfahren

Die Bewilligung nach Art. 8 Abs. 5 BetmG ist eine Verfügung nach Art. 5 VwVG und muss im normalen Verfügungsverfahren erteilt werden. Die Verfügung des BAG kann mit Verwaltungsbeschwerde beim EDI⁸⁵ und anschliessend mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht⁸⁶ angefochten werden.

5.6 Weitere Bewilligungen?

5.6.1 Art. 4, 5, 14 oder 14a BetmG?

Das Gesetz äussert sich nicht eindeutig dazu, ob die Ausnahmewilligung nach Art. 8 Abs. 5 BetmG an die Stelle der Bewilligungen nach Art. 4, 5 14 oder 14a BetmG tritt oder ob sie zusätzlich zu diesen Bewilligungen erforderlich ist.

Nach der Konzeption des Gesetzes und der Praxis des BAG ist die Ein- und Ausfuhrbewilligung (Art. 5 BetmG) als Einzelbewilligung ausgestaltet, deren Sinn darin besteht, die durch das internationale Recht vorgeschriebene Kontrolle über den grenzüberschreitenden Handel zu gewährleisten. Sie muss also in jedem Einzelfall kumulativ zu der Bewilligung nach Art. 8 Abs. 5 vorliegen.

⁸⁴ Art. 321 StGB.

⁸⁵ Art. 44 ff. VwVG.

⁸⁶ Art. 97 ff. OG.

Fraglich ist dies in Bezug auf die Bewilligungen nach Art. 4, 14 und 14a BetmG. Diese Bewilligungen sind Dauerbewilligungen, die den gesamten Betrieb der betreffenden Institution abdecken.

Nach dem eingangs Ziff. 3 erwähnten Konzept des Gesetzes, wonach in Bezug auf die nach Art. 8 BetmG verbotenen Stoffe auch die sonst zulässigen Umgangsformen nur mit einer Ausnahmegewilligung des BAG zulässig sind, könnte man annehmen, dass diese Ausnahmegewilligung zusätzlich zu denjenigen der kantonalen Behörden bzw. von Swissmedic erforderlich ist.

Aus dem Wortlaut von Art. 8 BetmG ergibt sich dies freilich nicht; man könnte genauso gut schliessen, dass die betreffenden Handlungen mit der Ausnahmegewilligung des BAG zulässig sind, unabhängig davon, ob sie auch nach den Art. 4, 14 oder 14a bewilligt sind.

Diese zweite Lösung scheint mir auch von der Zielsetzung der Testbewilligungen her sinnvoller: Es geht nicht - wie bei den Bewilligungen nach Art. 4, 14 oder 14a - primär darum, die zulässigen Fabrikationen, Verkäufe und Verwendungen von Betäubungsmitteln unter Kontrolle zu haben, sondern darum, die Modalitäten der Tests zu regeln. Die auf den legalen Handel und Gebrauch von Betäubungsmitteln zu medizinischen oder wissenschaftlichen Zwecken zugeschnittenen Bewilligungen nach Art. 4, 14 oder 14a sind dafür nicht unbedingt sinnvoll. Zudem entspricht der Verzicht auf diese Bewilligungen auch dem generellen Anliegen, unnötige administrative Doppelspurigkeiten zu vermeiden. Dies war offenbar auch die - allerdings nicht besonders klare - Meinung des historischen Gesetzgebers⁸⁷.

Ich komme also zum Ergebnis, dass für einen Pillentest neben der Ausnahmegewilligung des BAG nach Art. 8 Abs. 5 nicht zwingend eine zusätzliche Bewilligung einer kantonalen Behörde oder von Swissmedic nach den Art. 4, 14 oder 14a BetmG erforderlich ist. Die praktische Konsequenz ist, dass bereits mit einer BAG-Bewilligung die bewilligte Handlung befugt im Sinne von Art. 19 BetmG und damit straflos ist, auch ohne dass weitere Bewilligungen vorliegen.

Im Rahmen seines Ermessensspielraums steht es allerdings dem BAG ohne weiteres frei, eine Bewilligung nach Art. 8 Abs. 5 BetmG nur an Personen oder Institutionen zu erteilen, die bereits im Besitz einer solchen Bewilligung (am ehesten wohl: nach Art. 14 BetmG) sind. Dies dürfte wohl sinnvoll sein, weil solche Institutionen Gewähr für einen verantwortungsbewussten Umgang mit Betäubungsmitteln bieten. Zudem dürfen (nur) solche Institutionen auch mit Betäubungsmitteln umgehen, die nicht unter Art. 8 BetmG fallen und daher ohnehin nicht der Bewilligungszuständigkeit des BAG unterliegen.

5.6.2 Bewilligung nach Heilmittelgesetz?

Für Betäubungsmittel, die als Heilmittel verwendet werden, gelten die Bestimmungen des HMG; die Bestimmungen des BetmG sind nur anwendbar, soweit das HMG keine oder eine weniger weit gehende Regelung trifft⁸⁸. Die hier zur Diskussion stehenden Party-Drogen werden nicht als Heilmittel verwendet. Das HMG ist daher nicht anwendbar. Zudem unterwirft das HMG im Unterschied zum BetmG nicht jeden Umgang, sondern nur das Herstellen, die Ein- und Ausfuhr und den Handel mit Arzneimitteln der Bewilligungspflicht⁸⁹. Die Pillentests fallen unter keinen dieser Tatbestände und unterliegen daher von vornherein keiner heilmittelrechtlichen Bewilligungspflicht.

⁸⁷ Vgl. BBI 1973 I 1363, wonach die Inhaber der Ausnahmegewilligung die für die jeweils zugelassenen Zwecke benötigten Mengen an Betäubungsmitteln ohne weitere Formalitäten beziehen können. Zugleich wird allerdings auch die Praxis wiedergegeben, wonach diese Stoffe nur von Personen mit einer kantonalen Bewilligung verwendet werden dürfen.

⁸⁸ Art. 2 Abs. 1bis BetmG; Art. 2 Abs. 1 lit. b HMG.

⁸⁹ Art. 5, 18, 28, 30 HMG.

Dem HMG unterstehen auch Medizinalprodukte, das heisst u.a. Instrumente und Apparate, die für die medizinische Verwendung bestimmt sind oder angepriesen werden⁹⁰. Es liesse sich denken, die Labortest-Apparaturen als Medizinalprodukte zu betrachten. Indessen stellt die MepV klar, dass darunter nur Apparaturen fallen, welche zur Anwendung beim Menschen bestimmt sind⁹¹ und dort einen gesundheitsfördernden Zweck erreichen sollen⁹². Dies trifft auf die Labors nicht zu.

Das Pillentesting unterliegt daher keiner heilmittelrechtlichen Bewilligung.

6 Einzelfragen

6.1 Bewilligung auf Verdachtsbasis

Fragestellung: In der Praxis steht oftmals erst nach dem Test fest, in welche Kategorie die Pillen fallen. Wie soll dieser Ungewissheit im Rahmen des Bewilligungswesens Rechnung getragen werden? Ist eine Bewilligungserteilung „auf Verdachtsbasis“ zulässig (d.h. eine Bewilligungserteilung erfolgt, weil der Verdacht besteht, dass es sich bei den zu testenden Stoffen um Betäubungsmittel handeln könnte, auch wenn diesbezüglich erst nach dem Test Klarheit herrscht)?

Für die Beantwortung dieser Frage ist wiederum vom betäubungsmittelrechtlichen System auszugehen: Bestraft wird, wer unbefugt, das heisst ohne Bewilligung, eine tatbestandsmässige Handlung vornimmt. Umgekehrt bedeutet das: Wer mit Betäubungsmitteln eine der in Art. 19 BetmG genannten Handlungen vornehmen will, bedarf einer Bewilligung, damit er sich nicht strafbar macht.

Hat ein Labor eine Bewilligung für den Besitz von Betäubungsmitteln zum Zwecke der wissenschaftlichen Forschung, dann kann es ohne weiteres Stoffe untersuchen, von denen sich nachträglich herausstellt, dass es keine Betäubungsmittel sind.

Hat ein Labor keine solche Bewilligung und untersucht es Stoffe, so ist kein Straftatbestand erfüllt, wenn sich herausstellt, dass es keine Betäubungsmittel sind. Allenfalls kann strafrechtlich ein untauglicher Versuch vorliegen, wenn jemand den Stoff in der irrigen Meinung in Verkehr bringt oder besitzt, es handle sich um Betäubungsmittel. Stellt sich nach dem Test heraus, dass es Betäubungsmittel sind, so ist das Labor grundsätzlich in einer gleichen Situation wie jedermann, dem ohne seinen Willen verbotene Stoffe zukommen: Wer zufälligerweise, ohne seinen Willen in den Besitz eines Stoffes gelangt, dessen Besitz strafbar ist, macht sich allein dadurch nicht strafbar. So ist z.B. die Verschrottungsfirma, welche bei ihrer Tätigkeit feststellt, dass sich in den zu verschrottenden Gegenständen radioaktive Stoffe befinden, nicht strafbar, obwohl der Umgang mit radioaktiven Stoffe grundsätzlich nur mit Bewilligung zulässig und der unbewilligte Umgang strafbar ist⁹³. Es fehlt dabei möglicherweise schon am tatbestandsmässigen Verhalten, jedenfalls aber am Verschulden. Wird das Vorhandensein solcher Stoffe bemerkt, so müssen diese aber sofort ordnungsgemäss der Entsorgung oder Vernichtung zugeführt werden.

Davon zu unterscheiden ist jedoch, wenn jemand sich anbietet, Stoffe darauf hin zu untersuchen, ob es sich um verbotene Stoffe handelt. Hier wird von Anfang an damit gerechnet, dass es sich bei den Stoffen, in deren Besitz man gelangt, um verbotene Stoffe handelt; die Adressaten des Angebots werden ja gerade deshalb die Stoffe zum Test bringen, weil sie damit rechnen, dass es Betäubungsmittel sind. Wer Pillentests anbietet, benötigt deshalb nach Massgabe des bisher Ausgeführten eine Bewilligung, auch wenn sich erweisen sollte,

⁹⁰ Art. 4 Abs. 1 lit. b HMG.

⁹¹ Art. 1 Abs. 1 MepV.

⁹² Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.515/2003 vom 28.3.2003, E. 3.2.

⁹³ Art. 28 lit. a und Art. 44 Abs. 1 lit. a StSG.

dass einige der untersuchten Stoffe letztlich nicht Betäubungsmittel sind, und zwar, da es sich in der Praxis weitgehend um Betäubungsmittel im Sinne von Art. 8 BetmG handelt, eine Ausnahmegewilligung des BAG nach dieser Bestimmung.

Vorbehalten wäre ferner eine Bewilligungspflicht nach Art. 7 BetmG für den Umgang mit Stoffen und Präparaten, von denen vermutet werden muss, dass sie ähnlich wirken wie Betäubungsmittel. Zuwiderhandlungen gegen eine solche Bewilligungspflicht könnten nach Art. 22 BetmG bestraft werden⁹⁴. Nachdem aber bisher das Institut kein Verzeichnis solcher Stoffe erstellt hat und dieses Verzeichnis - gleich wie dasjenige nach Art. 1 Abs. 4 BetmG⁹⁵ - als konstitutiv zu betrachten ist, besteht zur Zeit keine Möglichkeit, Verdachtsstoffe auf diese Weise der Bewilligungspflicht zu unterstellen.

6.2 Bewilligung für bewilligungsfreie Tätigkeiten?

Fragestellung: Wäre es - um eine bessere Kontrolle über den Umgang mit verbotenen Stoffen zu erhalten - zulässig, auch in denjenigen Fällen eine Ausnahmegewilligung zu verlangen, bei denen das gemäss dem Gutachten von 1997 nicht notwendig ist? Falls ja, sehen Sie allenfalls Probleme bei einer solchen Praxis?

Ist die Handlung auch ohne Bewilligung straflos, so besteht an sich keine gesetzliche Grundlage, um eine Bewilligung zu verlangen oder zu erteilen.

Allerdings hat sich aus dem Vorangehenden ergeben, dass es einen gewissen Graubereich gibt, in welchem nicht von vornherein klar ist, wo die Grenze zwischen dem strafbaren und dem straflosen Verhalten verläuft. Nach dem Sinn und Geist der ganzen Gesetzgebung muss es zulässig sein, für solche Graubereiche eine Bewilligung zu erteilen, wenn die vorne genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Mit einer solchen Bewilligung können die Modalitäten der Tests geregelt und diese damit einer Regulierung und Aufsicht unterworfen werden.

Eine solche Bewilligung hat zur Konsequenz, dass die Bewilligungsinhaber straflos sind, selbst wenn beim Pillentesting Handlungen vorkommen, die ohne Bewilligung tatbestandsmässig wären, denn infolge der erteilten Bewilligung sind die Handlungen nicht unbefugt und daher nicht tatbestandsmässig. Die Bewilligung entbindet den Inhaber somit davon, in einem allfälligen Strafverfahren eine Rechtfertigung (Vernichtung der Drogen nach dem Test usw.) nachweisen zu müssen und befreit ihn damit vom Risiko, bestraft zu werden.

Zudem hat die Bewilligung zur Folge, dass diejenigen Personen, welche die Pillen zum Test bringen, nicht riskieren, sich deswegen des Inverkehrbringens oder der Abgabe von Betäubungsmitteln strafbar zu machen.

Wird ein Test ohne Bewilligung durchgeführt, so bedeutet das noch nicht a priori, dass die Tests unzulässig wären. Solange die tatbestandsmässigen Handlungen nicht erfüllt sind, sind die Personen, welche die Tests durchführen, nicht strafbar. Das Einholen der Bewilligung ist so gesehen gewissermassen freiwillig. Wer keine Bewilligung hat, geht aber das Risiko ein, sich strafbar zu machen, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Dieses Risiko kann eliminieren, wer eine Bewilligung einholt und sich an die in der Bewilligung enthaltenen Auflagen hält. Werden die Auflagen nicht eingehalten, so kann die Bewilligung widerrufen werden.

⁹⁴ Fingerhuth/Tschurr, S. 89.

⁹⁵ Dazu BGE 127 IV 178 E. 3a/bb.

6.3 Qualitätsanforderungen an Labors

Fragestellung: Kann das BAG Qualitätsanforderungen an die Laboratorien stellen?

Wie dargelegt, sind die Voraussetzungen für die Erteilung der Bewilligung in Gesetz und Verordnung kaum umschrieben, sondern im Lichte von Sinn und Zweck der Bewilligung durch das BAG zu konkretisieren.

Labors sind als solche nicht bewilligungspflichtig und unterstehen nicht generell einer Aufsicht des BAG. Hingegen liegt es ohne weiteres im Ermessensbereich des BAG, im Rahmen seiner Bewilligungspraxis die Erteilung einer Bewilligung davon abhängig machen, dass das Labor bestimmte Qualitätsanforderungen erfüllt (z.B. Gute Laborpraxis⁹⁶ oder Akkreditierung⁹⁷).

Da es sich bei den Bewilligungen gemäss Art. 8 Abs. 5 BetmG um Ausnahmbewilligungen handelt, ist es auch zulässig, sie nur an ausgewählte Institutionen zu erteilen, z.B. an Institute, die bereits eine Bewilligung nach Art. 14 Abs. 2 BetmG haben.

6.4 Verantwortlichkeit des BAG

Fragestellung: Wie sieht es mit den Verantwortlichkeiten des BAG aus, z.B. wenn es sich um einen unbekanntem, ev. tödlichen Stoff handelt, und er an den Konsumenten zurückgegeben wird?

Die vermögensrechtliche Haftung des Bundes für die erteilten Bewilligungen richtet sich normal nach VG. Demnach haftet der Bund für den Schaden, den seine Beamten Dritten widerrechtlich zugefügt haben⁹⁸.

Mit der Bewilligung für eine von einem Dritten durchgeführte Tätigkeit übernimmt die Bewilligungsbehörde grundsätzlich nicht die Verantwortung für die von diesem Dritten ausgeübten, bewilligten Handlungen. Die Verantwortung dafür, dass die Tests ordnungsgemäss durchgeführt werden, liegt in erster Linie bei den Testlabors. Die Haftung beurteilt sich nach den Grundsätzen, die ich im Gutachten von 1997, Ziff. 7.2, dargelegt habe. Die strafrechtliche Haftung ist bei Albrecht (1997), Ziff. 4, behandelt.

Eine Haftung des Bundes käme dann in Frage, wenn das BAG eine Testmethode bewilligt, die als solche unzuverlässig ist und nicht hätte bewilligt werden dürfen.

Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Rechtmässigkeit einer rechtskräftigen Bewilligung im Staatshaftungsverfahren grundsätzlich nicht mehr in Frage gestellt werden kann⁹⁹. Vorwerfen könnte man dem Bund hingegen eine mangelhafte Aufsicht über die Bewilligungsinhaber, so wenn einem Bewilligungsinhaber die Bewilligung nicht entzogen wird, obwohl sich erweist, dass die von ihm durchgeführten Tests nicht zuverlässig sind.

Da es sich dabei um eine Haftung für eine Unterlassung handelt, setzt eine Haftung eine Garantenstellung des Bundes voraus¹⁰⁰. Die Erteilung einer Bewilligung begründet eine gewisse Aufsichtspflicht, aber nicht eine Garantie für die Schadlosigkeit der bewilligten Tätigkeit. Von der Behörde kann nicht verlangt werden, dass sie alle Aktionen des Bewilligungsinhabers dauernd kontrolliert.

⁹⁶ Vgl. dazu die auf die GiftV und die StoV gestützte Verordnung des EDI und des UVEK vom 2. Februar 2000 über die Gute Laborpraxis (SR 813.016.5), die zwar im Bereich der Betäubungsmittel nicht direkt anwendbar ist, aber sinngemäss herangezogen werden kann.

⁹⁷ Gemäss Akkreditierungs- und Bezeichnungsverordnung vom 17. Juni 1996 (AkkBV; SR 946.512).

⁹⁸ Art. 3 VG.

⁹⁹ Art. 12 VG.

¹⁰⁰ BGE 123 II 577 E. 4d/ff S. 583 f.

Verlangt wird eine sorgfältige Aufgabenwahrnehmung, wobei der Behörde ein erheblicher Ermessensspielraum offen steht; eine Haftung ist dann gegeben, wenn bei der Ausübung der Aufgabe unverantwortbare Fehler geschehen, z.B. eine klare Fehlbeurteilung erfolgt, die so nicht hätte geschehen dürfen¹⁰¹.

Nachdem eine 100 %ige Zuverlässigkeit wohl von keiner Testmethode erwartet werden kann, kann eine Haftung nicht schon dann vorliegen, wenn sich im nachhinein erweist, dass eine bewilligte Testmethode z.B. einen in der Droge enthaltenen Giftstoff nicht entdeckt hat. Es empfiehlt sich jedoch, dass die Testlabors die Konsumenten ausdrücklich und eindringlich darauf hinweisen, dass auch nach durchgeführtem Test unerkannte Risiken verbleiben können. Es wäre wohl zweckmässig, in der Bewilligung die Testlabors zu einer solchen Information ausdrücklich zu verpflichten.

6.5 Weitere Aspekte, namentlich: Verordnungsänderung?

Fragestellung: Sind im Bereich Pillentesting allenfalls weitere rechtliche Aspekte für das BAG zu berücksichtigen?

Aus dem Bisherigen ergibt sich, dass das BAG für die Erteilung von Bewilligungen für Pillentests einen erheblichen Ermessensspielraum in einem rechtlich nur wenig vorgespurten Bereich hat. Dementsprechend muss das BAG bereit sein, mit seiner Bewilligungspraxis - wie seinerzeit bei der Heroinabgabe an Süchtige - eine drogenpolitische Entscheidung zu treffen, die allenfalls politisch umstritten sein mag.

Es liesse sich denken, diese Entscheidung mit einer ausdrücklichen Verordnungsbestimmung politisch besser abzustützen. So wäre denkbar, in einer separaten Verordnung oder mit einer Teilrevision der BetmV die Erteilung von Bewilligungen nach Art. 8 Abs. 5 BetmG für Drogentests näher zu regeln. Der Bundesrat wäre nach Art. 30 BetmG dazu befugt.

Rechtlich ist allerdings eine solche Verordnung nicht nötig: Das BetmG ermächtigt den Bundesrat nicht, im Bereich des Pillentests gesetzesvertretendes oder gesetzesderogierendes Ordnungsrecht zu erlassen. Der Bundesrat hätte also beim Erlass einer Verordnung (nur) den gleichen gesetzlichen Spielraum, den auch das BAG beim Erteilen einer Bewilligung unmittelbar gestützt auf Art. 8 Abs. 5 BetmG hat.

Eine Verordnung hätte unter diesen Umständen vor allem den Sinn, rechtssatzmässig die Voraussetzungen und Bedingungen einer Bewilligung festzulegen. Dies drängt sich vor allem dort auf, wo eine grössere Zahl von Fällen zu regeln ist oder eine grössere Zahl von Adressaten betroffen ist. Ich gehe davon aus, dass dies beim Pillentest kaum der Fall wäre, so dass fraglich ist, ob sich der Aufwand für den Erlass einer Verordnung lohnt.

7 Beantwortung der Fragen

1. Allgemeiner Überblick über die Kompetenzen und das Bewilligungssystem für die drei genannten Testarten

Welche Bewilligungen sind auf den verschiedenen Stufen (BAG, Swissmedic, Kantone) und für die verschiedenen Testabläufe notwendig? Darstellung der Bewilligungsvoraussetzungen, Modalitäten etc.

Ausnahmebewilligungen des BAG nach Art. 8 Abs. 5 BetmG sind erforderlich für

1. *den stationären Labortest, sofern die Droge nicht anschliessend vernichtet wird, namentlich dem Konsumenten zurückgegeben wird.*
2. *das Einsammeln von Drogen und Übermitteln an das stationäre Testlabor, sofern dieses die Drogen nicht anschliessend vernichtet,*

¹⁰¹ BGE 119 Ib 208 E. 5b, 118 Ib 473 E. 5d, 116 Ib 193 E. 2d.

3. *den ambulanten Labortest, soweit der Tester dabei Besitz erwirbt und die Pille nachher nicht vernichtet wird.*

Für alle Arten von Tests sowie für das Einsammeln und Übermitteln können sodann Bewilligungen erteilt werden, in denen die Modalitäten der Durchführung und der Beratung geregelt werden. Solche Bewilligungen sind nicht zwingend erforderlich, da die Handlungen nicht per se strafbar sind; durch eine Bewilligung werden die Tester jedoch vom Risiko einer Strafverfolgung befreit.

Neben der Bewilligung des BAG sind nicht zwingend weitere betäubungsmittelrechtliche Bewilligungen der Kantone oder von Swissmedic erforderlich. Allerdings ist es dem BAG unbenommen, seine Bewilligung nur an Institutionen zu erteilen, die über eine Bewilligung nach den Art. 4, 14 oder 14a BetmG verfügen. Im Einzelfall erforderlich ist gegebenenfalls sodann eine Ein- und Ausfuhrbewilligung von Swissmedic nach Art. 5 BetmG. Heilmittelrechtliche Bewilligungen sind nicht erforderlich.

Kann das BAG in den Ausnahmbewilligungen Auflagen, auch ethische, für die Erteilung der Bewilligung aufstellen?

Das BAG kann sachbezogene Auflagen aufstellen, welche gewährleisten, dass der Zweck der Tests möglichst erreicht wird, z.B. Auflagen über die Behandlung der Substanz nach dem Test, über die Zuverlässigkeit der Testmethode, über die Art und Weise der begleitenden Beratung, über die Kontrolle der Substanzen und über eine Begleitforschung. Solche Auflagen sind vor allem erforderlich, wenn Testformen bewilligt werden, die an der Grenze zum strafbaren Verhalten (v.a. Anstiftung zum Konsum) liegen. Mit geeigneten Auflagen ist sicherzustellen, dass die gesundheitlichen Risiken durch das Testing effektiv reduziert werden.

2. Frage nach dem rechtlichen Spielraum im Umgang mit den Bewilligungen:

In der Praxis steht oftmals erst nach dem Test fest, in welche Kategorie die Pillen fallen. Wie soll dieser Ungewissheit im Rahmen des Bewilligungswesens Rechnung getragen werden? Ist eine Bewilligungserteilung „auf Verdachtsbasis“ zulässig (d.h. eine Bewilligungserteilung erfolgt, weil der Verdacht besteht, dass es sich bei den zu testenden Stoffen um Betäubungsmittel handeln könnte, auch wenn diesbezüglich erst nach dem Test Klarheit herrscht)?

Wer sich anerbietet, Betäubungsmittel zu testen, unterliegt - soweit diese Tests nach dem vorne Gesagten überhaupt bewilligungspflichtig sind - der Bewilligungspflicht, selbst wenn sich herausstellt, dass in einigen Fällen die untersuchten Substanzen keine Betäubungsmittel sind. Da in der Praxis in der Mehrzahl der Fälle Stoffe untersucht werden, die unter Art. 8 BetmG fallen, sind Bewilligungen des BAG gemäss Art. 8 Abs. 5 BetmG erforderlich.

Wäre es - um eine bessere Kontrolle über den Umgang mit verbotenen Stoffen zu erhalten - zulässig, auch in denjenigen Fällen eine Ausnahmbewilligung zu verlangen, bei denen das gemäss dem Gutachten von 1997 nicht notwendig ist? Falls ja, sehen Sie allenfalls Probleme bei einer solchen Praxis?

Ist die Handlung auch ohne Bewilligung straflos, so besteht an sich keine gesetzliche Grundlage, um eine Bewilligung zu verlangen oder zu erteilen. Indessen besteht ein gewisser Graubereich, in welchem nicht völlig klar ist, ob ein bestimmtes Verhalten strafbar ist. In solchen Fällen kann eine Bewilligung erteilt werden, welche einerseits die Modalitäten des Tests näher regeln kann und andererseits den Bewilligungsinhaber vom Risiko einer Bestrafung befreit. Das Nichteinholen einer solchen Bewilligung ist nicht an sich strafbar, sondern nur dann, wenn die Testhandlungen tatsächlich die Grenze zu einer nach Art. 19 BetmG strafbaren Handlung überschreiten.

3. Übrige Fragen

Kann das BAG Qualitätsanforderungen an die Laboratorien stellen?

Ja, als Auflage im Rahmen von Bewilligungen.

Wie sieht es mit den Verantwortlichkeiten des BAG aus, z.B. wenn es sich um einen unbekanntem, ev. tödlichen Stoff handelt, und er an den Konsumenten zurückgegeben wird?

Eine Haftung des Bundes für eingetretene Todesfälle nach Pillentests käme höchstens in Frage, wenn das BAG in klarer Fehlbeurteilung Bewilligungen für unzuverlässige Testmethoden erteilt bzw. trotz erkannter Mängel nicht entzieht. Die Wahrscheinlichkeit einer solchen Haftung ist äusserst klein.

Sind im Bereich Pillentesting allenfalls weitere rechtliche Aspekte für das BAG zu berücksichtigen?

Es wäre rechtlich möglich, aber nicht unbedingt erforderlich, auf dem Verordnungsweg die Erteilung von Bewilligungen für Drogentests näher zu regeln.

Münsingen, 3. Juni 2005

Prof. Dr. Hansjörg Seiler.

8 Anhang

8.1 Abkürzungen

BAG	Bundesamt für Gesundheit
BetmG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 1951 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (SR 812.121)
BetmV	Verordnung vom 29. Mai 1996 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (SR 812.121.1)
BetmV-Swissmedic	Verordnung des schweizerischen Heilmittelinstituts vom 12. Dezember 1996 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (SR 812.121.2)
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
EinheitsÜ	Einheitsübereinkommen von 1961 über die Betäubungsmittel (SR 0.812.121.0)
HMG	Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (SR 812.21)
MepV	Medizinprodukteverordnung vom 17. Oktober 2001 (SR 812.213)
NStZ RR	Neue Strafrechts-Zeitschrift Rechtsprechungs-Report
OG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (SR 173.110)
PsychotropenÜ	Übereinkommen vom 21. Februar 1971 über psychotrope Stoffe (SR 0.812.121.02)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StSG	Strahlenschutzgesetz vom 22. März 1991 (SR 814.50)
VG	Bundesgesetz vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (SR 170.32)
VwVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021)

8.2 Literatur

- Albrecht Peter, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Sonderband Betäubungsmittelstrafrecht (Art. 19-28 BetmG), Bern 1995.
- Albrecht Peter, Rechtsgutachten zu strafrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit den Ecstasy-Testings, in Cousto (1997), S. 187-198.
- Corboz Bernard, Les infractions en droit suisse. Bern 2002.
- Corboz Bernard, La jurisprudence du Tribunal Fédéral concernant les infractions à la loi fédérale sur les stupéfiants, SZStrR 121/1999, S. 1-19.
- Cousto Hans, Drug-Checking, Qualitative und quantitative Kontrolle von Ecstasy und anderen Substanzen, 2. Aufl. Solothurn 1997.
- Cousto Hans, Am besten testen, Drug-Ckecking in Deutschland, Referat vom 26. Mai 2004, <http://www.eve-rave.net/abfahrer/download/eve-rave/dc115.pdf>, besucht im April 2005.
- Eberth Alexander/Müller Eckhardt, Verteidigung in Betäubungsmittelsachen, 4. Aufl., Heidelberg 2004.
- Fingerhuth Thomas/Tschurr Christof, Betäubungsmittelgesetz, Kommentar, Zürich, 2002.
- Häfelin Ulrich/Müller Georg, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002.
- Hug-Beeli Gustav, Handbuch der Drogenpolitik, Bern 1995.
- Hug-Beeli Gustav, Rechtsprechung zu den Betäubungsmitteldelikten seit 1991, Lachen/St. Gallen 1997.
- Kreuzer Arthur (Hrsg.), Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts, München 1998.
- Körner Harald, Die Zulässigkeit von Drug-Checking, Rechtliche Risiken und Nebenwirkungen von Drug-Checking, 1997, zit. nach www.eve-rave.net/download.sp?file=mzdr100.pdf, besucht im April 2005.
- Körner Harald, Kommentar Betäubungsmittelgesetz, 5. Auf. München 2001.
- Niggli/Riklin, Skript Strafrecht BT, 8. Aufl. Freiburg 2004/2005.
- Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar zum Strafgesetzbuch, Basel 2003.
- Schütz Alfred, Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel vom 3. Oktober 1951 in der Fassung vom 20. März 1975, Zürich 1980.
- Seiler Hansjörg, Juristisches Gutachten für das Bundesamt für Gesundheit zu Rechtsfragen eines Ecstasy-Monitorings, 1997, in Cousto (1997), S. 199-242.
- Tschannen Pierre/Zimmerli Ulrich, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005.
- Webel Karsten, Betäubungsmittelstrafrecht, Verlag deutsche Polizeiliteratur GmbH, Hilden 2003.
- Weber Klaus, Betäubungsmittelgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 2003.