

### 3.2 Betäubungsmittelstrafrecht Droit pénal des stupéfiants

**Nr. 26** Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 6. September 2017 i.S. Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt gegen X. – 6B\_1273/2016

**Art. 19 Abs. 1 und 19b BetmG; Art. 69 Abs. 1 StGB; Art. 310 Abs. 1 lit. a und 426 Abs. 2 StPO: Besitz einer geringen Menge Cannabis; Einstellungsverfügung und Absehen von Kostenauflegung; Einziehung.**

Der Konsum von geringfügigen Drogenmengen fällt unter Art. 19a Ziff. 2 BetmG, der blosse Besitz von geringfügigen Drogenmengen zu Konsumzwecken hingegen unter Art. 19b BetmG.

Art. 19b BetmG regelt die Straflosigkeit von Vorbereitungshandlungen zum Konsum von geringfügigen Mengen von Betäubungsmitteln. Eine Kostenauflegung i.S.v. Art. 426 Abs. 2 StPO im Rahmen einer Einstellungsverfügung gestützt auf Art. 19b BetmG kommt daher wegen des Besitzes der «geringen Menge Cannabis» nicht infrage, da dieser Besitz weder rechtswidrig noch schuldhaft ist.

Es bleibt offen, ob in Anwendungsfällen des Art. 19b BetmG die geringfügigen Mengen von Marihuana und Haschisch eingezeichnet werden können oder nicht. (Regeste der Anmerkungsverfasser)

**Art. 19 al. 1 et 19b LStup; art. 69 al. 1 CP; art. 310 al. 1 let. a et 426 al. 2 CPP: possession d'une quantité minimale de cannabis; ordonnance de classement et renonciation à mettre les frais à la charge du prévenu; confiscation.**

La consommation de quantités minimales de stupéfiants tombe sous le coup de l'art. 19a ch. 2 LStup. La simple possession de quantités minimales de stupéfiants relève en revanche de l'art. 19b LStup.

L'art. 19b LStup régit l'impunité d'actes préparatoires à la consommation de quantités minimales de stupéfiants. Dans le cadre d'une ordonnance de classement fondée sur cette disposition, la possession de la «quantité minimale de cannabis» ne saurait justifier la mise des frais de la procédure à la charge du prévenu sur la base de l'art. 426 al. 2 CPP, puisque cette possession n'est ni illicite ni fautive.

Demeure ouverte la question de savoir si les quantités minimales de marijuana et de haschisch peuvent ou non être confisquées dans les cas d'application de l'art. 19b LStup. (Résumé des auteurs du commentaire)

**Art. 19 cpv. 1 e 19b LStup; art. 69 cpv. 1 CP; art. 310 cpv. 1 lett. a e 426 cpv. 2 CPP: possesso di una quantità esigua di cannabis; decreto di abbandono e rinuncia all'addossamento delle spese; confisca.**

Il consumo di quantità esigua di droga è disciplinato dall'art. 19a cifra 2 LStup, il semplice possesso di quantità esigua di droga ai fini del consumo, per contro, dall'art. 19b LStup.

L'art. 19b LStup regola l'impunità degli atti preparatori per il consumo di esigua quantità di sostanze stupefacenti. Un addossamento delle spese ai sensi dell'art. 426 cpv. 2 CPP, nel quadro di un decreto di abbandono sulla base dell'art. 19b LStup, non entra dunque in linea di conto per il possesso di un'«esigua quantità di cannabis» poiché questo possesso non è né illegale né colpevole.

Rimane aperta la questione circa la possibilità o meno di confiscare esigua quantità di marijuana e hashish nei casi di applicazione dell'art. 19b LStup. (Regesto dell'autore del commento)

#### Sachverhalt:

Bei einer Personenkontrolle am 11. 12. 2015 trug der Beschuldigte X. 0.5 Gramm Marihuana und 0.1 Gramm Haschisch auf sich, welche von der Kantonspolizei BS sichergestellt wurden. Die Kantonspolizei übersandte die sichergestellten Betäubungsmittel zusammen mit einem Rapport über den Sachverhalt an die StA BS, worauf diese ein Strafverfahren eröffnete. Am 28. 12. 2015 stellte die StA das Verfahren in Anwendung von Art. 19b BetmG ein (Dispositiv-Ziff. 1), zog gestützt auf Art. 69 StGB das Marihuana





sowie Haschisch ein (Dispositiv-Ziff. 2) und auferlegte dem Beschuldigten X. unter Verweis auf Art. 426 Abs. 2 StPO die «Verfahrenskosten» von CHF 105.30 sowie eine «Verfahrensgebühr» von CHF 200.– (Dispositiv-Ziff. 3).

Die dagegen gerichtete Beschwerde des Beschuldigten X. hiess das AppGer BS am 6. 6. 2016 teilweise gut. Es hob Dispositiv-Ziff. 3 der Einstellungsverfügung auf und verpflichtete den Beschuldigten X., die «Verfahrenskosten» von CHF 105.30 zu tragen, während es von der Auferlegung einer «Verfahrensgebühr» von CHF 200.– absah.

Die StA beantragte mit Beschwerde in Strafsachen, der appellationsgerichtliche Entscheid sei aufzuheben und der Beschuldigte X. zu verpflichten, die Kosten gemäss Dispositiv-Ziff. 3 der Einstellungsverfügung zu tragen.

Das BGer wies die Beschwerde der StA ab.

### Aus den Erwägungen:

[...]

1.5.

1.5.1. 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 eingestellt oder von einer Strafe abgesehen werden. Es kann eine Verwarnung ausgesprochen werden (Art. 19a Ziff. 2 BetmG).

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 nicht strafbar (Art. 19b Abs. 1 BetmG). 10 Gramm eines Betäubungsmittels des Wirkungstyps Cannabis gelten als geringfügige Menge (Art. 19b Abs. 2 BetmG).

1.5.2. Nach der Praxis des Bundesgerichts fällt der Konsum von geringfügigen Drogenmengen unter Art. 19a Ziff. 2 BetmG, der blosse Besitz von geringfügigen Drogenmengen zu Konsumzwecken hingegen unter Art. 19b BetmG (BGE 124 IV 184 E. 2 f. S. 185 ff.; 108 IV 196 E. 1c S. 198 f.; Urteil 6B\_630/2016 vom 25. Januar 2017 E. 2.3; vgl. auch HUG-BEELI, Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz [BetmG], 2016, N. 5 zu Art. 19b BetmG; ALBRECHT, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes [Art. 19–28 BetmG], 3. Aufl. 2016, N. 10 zu Art. 19b BetmG).

1.6.

1.6.1. Im vorliegenden Fall stand nie der Konsum von Betäubungsmitteln im Raum. Dem Beschwerdegegner wurde von Anfang an ausschliesslich die Vorbereitung des Konsums vorgeworfen, weshalb sein Fall klarerweise unter Art. 19b BetmG fällt (vgl. Urteil 6B\_852/2008 vom 2. Dezember 2008 E. 5), womit eine straflose Vorbereitungshandlung vorliegt (Urteil 1A.109/2003 vom 3. Juni 2003 E. 4.5).

1.6.2. Die Vorinstanz erwägt daher zu Recht, der Beschwerdegegner sei nicht strafbar, soweit er eine geringfügige Menge Marihuana und Haschisch für den eigenen Konsum vorbereitete. Dagegen verletzt sie Bundesrecht und Konven-

tionsrecht, indem sie ihm vorwirft, der Besitz von Marihuana und Haschisch sei im Grundsatz verboten. Wie oben dargelegt, fällt der blosse Besitz von geringfügigen Drogenmengen zu Konsumzwecken unter Art. 19b BetmG und ist straflos. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kann somit nicht gesagt werden, der Beschwerdegegner habe sich rechtswidrig und schuldhaft im Sinne von Art. 426 Abs. 2 StPO verhalten, indem er geringfügige Drogenmengen zu Konsumzwecken besass. Art. 19b BetmG nimmt derartigen Besitz vom Anwendungsbereich des Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG aus (vgl. auch FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, 3. Aufl. 2016, N. 2 ff. zu Art. 19b BetmG; HUG-BEELI, a. a. O., N. 41 zu Art. 19b BetmG).

Dass der Beschwerdegegner in anderer Weise rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hätte, legen weder die Beschwerdeführerin noch die Vorinstanz dar und ist auch nicht ersichtlich.

Daraus folgt, dass dem Beschwerdegegner die Verfahrenskosten nicht einmal teilweise hätten auferlegt werden dürfen. Der weitergehende Antrag der Beschwerdeführerin, er hätte sämtliche Verfahrenskosten tragen müssen, ist damit unbegründet, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

1.7.

1.7.1. Bei diesem Ausgang kann offenbleiben, ob ein Strafverfahren überhaupt hätte an die Hand genommen werden dürfen (vgl. dazu FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, a. a. O., N. 15 zu Art. 19b BetmG; HUG-BEELI, a. a. O., N. 58 zu Art. 19b BetmG). Fest steht, dass von allem Anfang an kein Straftatbestand erfüllt war (vgl. Art. 310 Abs. 1 lit. a StPO). Überdies ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin für die Anwendung der eidgenössischen Strafprozessordnung bedeutungslos, dass im Kanton Basel-Stadt «aufgrund der besonderen Behördenorganisation» die Kriminalpolizei bei der Staatsanwaltschaft angesiedelt ist.

1.7.2. Ebenso kann dahingestellt bleiben, ob die geringfügigen Mengen von Marihuana und Haschisch tatsächlich einzuziehen waren. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin ist die Frage umstritten (vgl. dazu ALBRECHT, a. a. O., N. 1 Fn. 1 zu Art. 19b BetmG mit Hinweisen; FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, a. a. O., N. 16 zu Art. 19b BetmG; HUG-BEELI, a. a. O., N. 59 zu Art. 19b BetmG).

[...]

### Bemerkungen:

I. Der dem vorliegenden Entscheid zugrunde liegende Fall ist ein weiteres anschauliches Beispiel dafür, wie kreativ die kantonalen Strafverfolgungsbehörden werden können, wenn es darum geht, die Folgen unerwünschter gesetzlicher Vorschriften zu umgehen. Zu dieser Kategorie von Normen gehören offensichtlich auch die seit Oktober 2013 liberalisierenden Vorschriften des BetmG im Zusammenhang mit dem Besitz und Konsum von Cannabis (Inkrafttreten des straflo-

sen Besitzes einer «geringen Menge Cannabis = 10 Gramm» gemäss Art. 19b BetmG und Inkrafttreten des Ordnungsbussenverfahrens für den Cannabiskonsum gemäss Art. 28b ff. BetmG; vgl. auch SCHLEGEL, FP 2017, 13).

Mit dem vorliegenden Entscheid hat das Bundesgericht in einem wichtigen Aspekt – der dogmatischen Einordnung von Art. 19b BetmG – Licht ins Dunkel gebracht. Es hat geklärt, dass die leider immer noch in einigen Kantonen geübte Praxis, den Besitz geringfügiger Mengen Cannabis direkt oder faktisch über Verfahrenskosten zu sanktionieren, bundesrechtswidrig ist. Zwei wichtige Punkte hat es indes offen gelassen; dies ist zum einen die Frage, ob Fälle des blossen Besitzes von bis zu 10 g Cannabis überhaupt durch die Strafverfolgungsbehörden in die Hand genommen werden dürfen. Zum anderen bleibt offen, wie mit festgestellten geringfügigen Mengen Cannabis in reinen Besitzfällen durch die Behörden zu verfahren ist.

II. Das Bundesgericht äussert sich im vorliegenden Entscheid – soweit erkennbar – zunächst erstmals zur dogmatischen Einordnung von Art. 19b BetmG.

Bisher existierten zur Rechtsnatur von Art. 19b BetmG und damit zur dogmatischen Einordnung dieser Bestimmung verschiedene Meinungen. Die Strafverfolgungsbehörden vertraten zumeist die Auffassung, dass es sich bei der «geringfügigen Menge» i. S. v. Art. 19b BetmG um einen Strafbefreiungsgrund für ein grundsätzlich tatbestandsmässiges und rechtswidriges und damit strafwürdiges Verhalten handeln würde. In der Literatur wurde hingegen bereits bisher darauf hingewiesen, dass es sich bei der «geringfügigen Menge zwecks Vorbereitung des Eigenkonsums» um ein Element des Tatbestandes handelt und Art. 19b BetmG damit einen privilegierten Tatbestand darstellt (FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, OFK-BetmG, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 19b N 1 f., 15; HUG-BEELI, BetmG-Kommentar, Basel 2015, Art. 19b N 41). Prozessual hat es zur Folge, dass im Anwendungsbereich von Art. 19b BetmG von Anfang an kein tatbestandsmässiges Verhalten vorliegt und daher bei einer Rapportierung seitens der Polizei stets eine Nichtanhandnahme – und gerade keine Einstellung – zu erfolgen hat (Art. 310 Abs. 1 lit. a StPO).

Auch die Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt argumentierte im vorliegende Fall im Widerspruch zur Literatur, dass es sich bei Art. 19b BetmG um eine «Maximalprivilegierung in Form einer Strafbefreiung» als strafrechtliche Reaktion auf ein deliktisches und damit tatbestandsmässiges Verhalten handle. Dies führe zu einer Eröffnung des Strafverfahrens und erlaube bei der infolge der Maximalprivilegierung erfolgenden Einstellung des Verfahrens eine Einziehung der geringfügigen Menge Cannabis im Rahmen der Einstellungsverfügung und eine vollumfängliche Kostenaufgabe an den Betroffenen.

Das Bundesgericht verwirft im vorliegenden Urteil überzeugend diese von der Staatsanwaltschaft und der Vorinstanz vertretene Ansicht. Art. 19b BetmG regelt die Straflo-

sigkeit einer Vorbereitungshandlung (vgl. E. 1.5.2.). Es weist darauf hin, dass die Vorinstanz mit der Kostenaufgabe die Unschuldsvermutung und damit Bundesrecht und Konventionsrecht verletze, indem sie dem Beschwerdegegner X. vorwirft, der Besitz von Marihuana und Haschisch sei im Grundsatz verboten. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz könne gerade nicht gesagt werden, der Beschwerdegegner X. habe sich rechtswidrig und schuldhaft im Sinne von Art. 426 Abs. 2 StPO verhalten, indem er geringfügige Drogenmengen zu Konsumzwecken besessen habe (vgl. E. 1.6.2.). Das Bundesgericht gelangt schliesslich unmissverständlich zum Ergebnis, dass von allem Anfang an kein Straftatbestand erfüllt gewesen sei und verweist auf Art. 310 Abs. 1 lit. a StPO, wonach bei «eindeutig nicht erfülltem Straftatbestand» eine Nichtanhandnahmeverfügung zu erfolgen habe (vgl. E. 1.7.1).

Faktisch gesehen führt die Auffassung des Bundesgerichts dazu, dass der Besitz geringfügiger Drogenmengen – also nicht nur in Fällen von Cannabis bis zu 10 g – «quasilegal» ist. Dies hat zweierlei zur Folge: Wie der Verweis des Bundesgerichts auf Art. 310 Abs. 1 lit. a StPO verdeutlicht, haben zum einen die Strafverfolgungsbehörden bei der Rapportierung von Vorbereitungshandlungen für den Eigenkonsum (d. h. insbesondere der Erwerb und der Besitz) im Umfang von «geringfügigen Mengen» grundsätzlich eine Nichtanhandnahmeverfügung zu erlassen. Zum anderen besteht aufgrund der «Quasilegalität» für eine Kostenaufgabe, allein gestützt auf den Besitz der geringfügigen Menge, kein Raum.

III. Offengelassen hat das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid aber nach wie vor die in der Praxis relevante Frage, wie die Strafverfolgungsbehörden mit der sichergestellten geringfügigen Menge Cannabis umzugehen haben. Das Bundesgericht weist die Beschwerdeführerin einzig unter Hinweis auf die Lehre darauf hin, dass die Zulässigkeit der von ihr verfügten Einziehung umstritten sei (vgl. E. 1.7.2.).

Während z. B. ALBRECHT die Meinung vertritt, dass die Strafflosigkeit des Erwerbs oder Besitzes einer geringfügigen Menge Betäubungsmittel zur Konsequenz habe, dass diese geringfügige Menge auch nicht eingezogen werden dürfe (ALBRECHT, BetmG-Komm., 3. Aufl., Bern 2016, Art. 19b N 1 Fn. 1), zeigen die Autoren nachfolgend zwei Varianten – eine formelle und eine informelle – für den ihrer Meinung nach rechtlich zulässigen Umgang mit derartigen Sicherstellungen auf.

1. Formelle Variante: Als sicherheitspolizeiliche Massnahme steht grundsätzlich die Sicherungseinziehung im Sinne von Art. 69 StGB offen.

a) Die Konsumentenszene hatte mit dem Inkrafttreten des Ordnungsbussenverfahrens für den Cannabiskonsum frohlockt, dass die Einziehung geringer Cannabismengen durch die Polizei nunmehr nicht mehr möglich sei, solange nicht konsumiert werde. Sie stützte sich dabei auf den Bericht der Nationalratskommission zur Einführung dieses Verfahrens. Dieser führte aus, eine geringfügige Menge von



Cannabis könne nicht eingezogen werden, da der blosser Besitz von geringfügigen Mengen eines Betäubungsmittels nach Art. 19b Abs. 1 BetmG straflos sei und die Einziehung im Ordnungsbussenverfahren nach dem neuen Art. 28b Abs. 4, Art. 28e Abs. 4 BetmG nur das gerade konsumierte Produkt erfasse (BBl 2011, S. 8210). Dem hat sich teilweise auch die Literatur angeschlossen (ALBRECHT, Art. 19b N 1 Fn. 1; MAURER, OFK StGB, Art. 28e BetmG N 5).

In der Lehre wurde dazu abweichend bereits bisher die Meinung vertreten, dass bei einer «geringfügigen Menge von Betäubungsmitteln» eine Sicherungseinziehung im Sinne von Art. 69 StGB offen stehen sollte (FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, Art. 19b N 16; HUG-BEELI, Art. 19b N 59).

Im Kommissionsbericht wurde nämlich übersehen, dass die Sicherungseinziehung gemäss Art. 69 Abs. 1 StGB nur eine Anlasstat voraussetzt, die objektiv und subjektiv tatbestandsmässig und rechtswidrig ist. Nicht erforderlich ist hingegen, dass der Täter schuldhaft handelt (BGE 129 IV 310) oder für die Tat bestraft werden kann (vgl. auch THOMMEN, in: ACKERMANN [Hrsg.], Kommentar KV-KO, Bd. I, Zürich 2018, Art. 69 N 48).

Hinzu kommt, worauf HUG-BEELI zutreffend hinweist, dass Cannabis, welches als Betäubungsmittel konsumiert wird, im Normalfall illegal angebaut, eingeführt oder gehandelt worden ist. Dementsprechend stammt es typischerweise immer aus irgendeiner Straftat im Sinne von Art. 19, 19<sup>bis</sup> bzw. 19a BetmG (vgl. HUG-BEELI, Art. 28e N 19). Genau bestimmt werden muss diese nicht. Denn die Einziehung nach Art. 69 Abs. 1 StGB setzt die Strafbarkeit einer bestimmten Person gemäss seinem klaren Wortlaut gerade nicht voraus. Daher kann die Einziehbarkeit auch geringer Mengen nicht zweifelhaft sein, gefährden Betäubungsmittel doch, wenn keine Bewilligung zu ihrem Umgang vorliegt, nach der Rechtsprechung regelmässig die Sicherheit von Menschen (vgl. z. B. BGer 1B\_294/2012 v. 13. 8. 2012 E. 5).

b) Fraglich ist jedoch, wie prozessual bei der Einziehung des Cannabisprodukts bzw. der «geringfügigen Menge Betäubungsmittel» vorzugehen ist. Eine Anklage bzw. ein Strafbefehlsverfahren kommt mangels Strafbarkeit des Besitzers nicht infrage. Eine Einziehung durch den Richter im ordentlichen Verfahren bzw. durch den Staatsanwalt mit einem Strafbefehl (Art. 353 Abs. 1 lit. h StPO) scheidet daher aus. Ebenso fällt eine Einziehung im Rahmen einer Einstellungsverfügung (Art. 320 Abs. 2 Satz 2 StPO) ausser Betracht, weil es zu einer solchen mangels Anlass für eine Verfahrenseröffnung gar nicht kommen kann.

Allenfalls dann, wenn die Polizei gegen den Betroffenen in Unkenntnis der klaren Rechtslage wegen einer Widerhandlung gegen das BetmG rapportiert hat, ist es der für den Erlass der direkten Nichtanhandnahmeverfügung zuständigen Strafverfolgungsbehörde möglich, die Einziehung im Rahmen der Nichtanhandnahme zu verfügen (Art. 310 Abs. 2 StPO i. V. m. Art. 320 Abs. 2 Satz 2 StPO; THOMMEN, KV-KO, Bd. I, Art. 69 N 46, 48).

Will man den Weg über den Rapport eines klar straflosen Verhaltens zur Ermöglichung der formellen Einziehung nicht gehen, bleibt als einzige formell saubere Lösung nur ein selbständiges Einziehungsverfahren nach den Art. 376 ff. StPO. In einem solchen Verfahren erlässt die Strafverfolgungsbehörde einen Einziehungsbefehl mit anschliessender Einsprachemöglichkeit für den Betroffenen analog zum Strafbefehlsverfahren (vgl. Art. 377 Abs. 4 StPO).

In der Praxis müsste die Polizei somit die «geringfügige Menge Betäubungsmittel» sicherstellen, einen Rapport betreffend eine der Einziehung unterliegende Substanz erstellen, in dem der Besitzer der Substanz als «Dritter» und nicht als «beschuldigte Person» aufgeführt wird, und den Rapport an die für das selbständige Einziehungsverfahren gemäss Art. 376 ff. StPO zuständige Behörde weiterleiten.

c) Hinsichtlich der Verfahrenskosten bestehen bei beiden vorerwähnten Möglichkeiten keine Unterschiede. Da die Art. 376 ff. StPO keine speziellen Bestimmungen zu den Kosten eines selbständigen Einziehungsverfahrens enthalten, gelangen die allgemeinen Regeln zu den Verfahrenskosten nach Art. 422 ff. StPO zur Anwendung. Dementsprechend ist im Licht des vorliegenden bundesgerichtlichen Urteils eine Kostenaufgabe analog Art. 426 Abs. 2 StPO auch im selbständigen Einziehungsverfahren ausgeschlossen – vor allem, weil der einziehungsbetroffenen Person nicht einmal die Parteistellung einer «beschuldigten Person» zukommt. Das selbständige Einziehungsverfahren ist damit für den Betroffenen – zumindest für den Fall, dass er die Einziehung akzeptiert – kostenlos. Tut er dies nicht und erhebt gegen den Einziehungsbefehl Einsprache, ist eine Kostenauflegung jedoch möglich, sofern der Betroffene mit der Einsprache vor Gericht unterliegt (vgl. auch SCHMID, in: SCHMID [Hrsg.], Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Bd. I, 2. Aufl., Zürich 2007, Art. 69 N 94).

2. Informelle Variante: Das vorgehend erläuterte formell korrekte Verfahren für eine Sicherungseinziehung im Sinne von Art. 69 StGB dürfte in der Praxis kaum praktikabel sein. Der administrative Aufwand erscheint angesichts der geringen Tragweite der im Einziehungsbefehl zu verfügenden Einziehung und Vernichtung als enorm gross und die zwingende Kostenlosigkeit des Verfahrens spricht auch aus staatsökonomischen Überlegungen dagegen.

In der täglichen polizeilichen Arbeit an der Front dürfte es daher bedeutend einfacher sein, wenn der Betroffene gebeten wird, seine schriftliche Einwilligung zur formlosen Einziehung und Vernichtung zu erklären (vgl. FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, Art. 19b N 16).

d) Als Fazit bleibt damit festzuhalten, dass es den Strafverfolgungsbehörden bei straflosen Vorbereitungshandlungen im Sinne von Art. 19b BetmG frei steht, die sichergestellte «geringfügige Menge Betäubungsmittel» gestützt auf Art. 69 StGB einzuziehen, wobei hierfür der formell klarste Weg das selbständige Einziehungsverfahren gemäss Art. 376 ff. StPO

ist. Allerdings können auch in diesem Verfahren dem Einziehungsbetroffenen keine Kosten auferlegt werden.

III. Im Nachgang zum vorliegend besprochenen Bundesgerichtsentscheid vom 6. 9. 2017 wurde in den Medien ausgiebig auf die unterschiedliche kantonale Praxis bei reinen Besitzfällen hingewiesen (u. a. auf watson.ch v. 29. 9. 2017: «Bei der Bestrafung von Hanfbesitzern tut sich der Röstigraben auf», Blick v. 29. 9. 2017: «Die Kifferhöhlen sind im Osten und im Westen»). Insbesondere die Kantone der Westschweiz sowie der für die strenge Praxis bekannte Kanton St. Gallen würden Besitzer von geringfügigen Mengen von Cannabis nach wie vor büssen und ihnen Kosten auferlegen, und dies mit der Begründung, dass jeder, der Marihuana auf sich trage, dieses auch rauchen wolle.

Diese Argumentation steht im klaren Widerspruch zur bereits seit vielen Jahren konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 19b BetmG, wonach der reine Besitz – ohne gleichzeitigen Konsum – als straflose Vorbereitungshandlung im Sinne von Art. 19b BetmG zu gelten habe (vgl. BGer 6B\_852/2008 v. 2. 12. 2008 E. 5; BGer 1A.109/2003 v. 3. 6. 2003 E. 4.5). Es ist gerade positive Tatbestandsvor-

aussetzung von Art. 19b BetmG, dass die betreffenden Betäubungsmittel zum Konsum bestimmt sind. Dementsprechend kann das Vorliegen dieses Merkmals kein Grund sein, die Vorschrift nicht anzuwenden.

Betrachtet man den vorliegenden Entscheid und die Stellungnahmen aus den Kantonen in den erwähnten Presseberichten, drängt sich der Eindruck auf, die kantonalen Polizeikorps würden bei ihrer rechtswidrigen Praxis darauf spekulieren, dass die Betroffenen angesichts der im Einzelfall geringen Tragweite der rechtswidrig auferlegten Kosten bzw. Bussen den Aufwand und die Kosten für ein Gerichtsverfahren scheuen.

Es ist mehr als an der Zeit, dass sämtliche Kantone die nun klare gesetzliche Regelung und Rechtsprechung des Bundesgerichts im Umgang mit «geringfügigen Mengen Cannabis» respektieren und die bisher völlig uneinheitliche Praxis, welche an den jeweiligen Kantonsgrenzen halt macht, ein Ende findet.

lic. iur. Oliver Jucker, Rechtsanwalt und Dr. iur. Stephan Schlegel, Rechtsanwalt