

P1 19 66

URTEIL VOM 14. FEBRUAR 2020

**Kantonsgericht Wallis
I. Strafrechtliche Abteilung**

Dr. Thierry Schnyder, Einzelrichter; Dr. Milan Kryka, Gerichtsschreiber

in Sachen

Staatsanwaltschaft des Kantons Wallis

gegen

X _____, Beschuldigte, vertreten durch Rechtsanwalt M _____

(Betäubungsmittel)

Berufung gegen das Urteil
des Bezirksgerichts A _____ vom 29. August 2019 [xxx S1 19 xxx]

Verfahren

A. Das Bezirksgericht A _____ fällte nach Abschluss der Strafuntersuchung und aufgrund der Anklageschrift der Staatsanwaltschaft vom 30. April 2019 (S. 157 ff.) am 29. August 2019 nachstehendes Urteil, welches den Parteien durch Versand am 2. September 2019 in begründeter Form eröffnet wurde (S. 175 ff., 183):

1. **X** _____ wird der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. c und Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig erkannt.
2. **X** _____ wird mit einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu je Fr. 25.00, entsprechend Fr. 250.00 bestraft.

Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren.

3. **X** _____ wird zudem mit einer Busse von Fr. 150.00 verurteilt, die bei schuldhafter Nichtbezahlung in eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen umzuwandeln ist.
4. Die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 1'300.00 (Gebühren Staatsanwaltschaft Fr. 800.00; Gebühren Bezirksgericht Fr. 500.00) werden **X** _____ auferlegt.

B. Gegen dieses Urteil erklärte die Beschuldigte mit Eingabe vom 23. September 2019 die Berufung (S. 191 ff.), wobei sie im Hauptantrag einen vollständigen Freispruch fordert.

C. Die Staatsanwaltschaft verzichtete mit Eingabe vom 25. September 2019 (S. 217) einerseits auf eine Anschlussberufung und andererseits auf die Teilnahme an der Berufungsverhandlung. In der Sache beantragt sie die Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids.

D. Das Kantonsgericht lud die Beschuldigte und den Verteidiger auf den 12. Februar 2020 zur Verhandlung vor (S. 222 f.). Der Staatsanwaltschaft wurde freigestellt, an der Verhandlung teilzunehmen oder vorgängig schriftliche Anträge einzureichen.

E. An der Berufungsverhandlung, an welcher nur die Beschuldigte und ihr Verteidiger teilnahmen, stellte die Beschuldigte folgende Begehren (S. 228):

Formell

1. **X** _____ wird gemäss Ziff. I./5. Der Berufungsschrift und beiliegendem Lohnausweis des Kinderdorfes B _____ vom 20 Dezember 2019 die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und der Unterzeichnende zum Offizialanwalt ernannt.

Formell / Materielle Primäransprüche

1. Das Verfahren ist einzustellen bzw. X _____ ist von Schuld und Strafe freizusprechen.
2. X _____ wird gestützt auf die vor Bezirksgericht hinterlegte und vor Kantonsgericht ergänzte Aufwandsliste eine angemessene Parteientschädigung zugesprochen.
3. Die Kosten von Verfahren und Entscheid werden dem Fiskus auferlegt.

Materielle Subsidiäransprüche

1. X _____ wird der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz Art. 19a Ziff. 1 BetMG schuldig gesprochen.
2. X _____ wird analog zur Vorinstanz mit einer Busse von Fr. 150.- bestraft, bei schuldhaftem Nichtbezahlen ersatzweise mit einer Freiheitsstrafe von 3 Tagen.
3. X _____ wird gestützt auf die vor Bezirksgericht hinterlegte und vor Kantonsgericht ergänzte Aufwandsliste eine angemessene Parteientschädigung zugesprochen.
4. Die Kosten werden auferlegt wie rechtsens.

Die Anwesenden verzichteten am Schluss der Verhandlung auf eine mündliche Urteilsöffnung.

Sachverhalt und Erwägungen

1.

1.1 Nach der vorliegend anwendbaren Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO] (Art. 1 Abs. 1 StPO) ist gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte, d.h. des Bezirksrichters als Einzelrichter und des Kreisgerichts als Kollegialgericht (Art. 19 StPO; Art. 12 EGStPO), mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen worden ist, gemäss Art. 398 Abs. 1 i.V.m. Art. 21 Abs. 1 lit. a StPO die Berufung zulässig. Berufungsinstanz ist das Kantonsgericht (Art. 14 Abs. 1 EGStPO). Bei Berufungen gegen Urteile der Bezirksrichter darf ein Kantonsrichter allein entscheiden, wenn als Hauptstrafe eine Busse, eine Geldstrafe, gemeinnützige Arbeit oder eine bedingte Freiheitsstrafe auszufallen und keine vorausgehende bedingte Freiheitsstrafe zu widerrufen ist (Art. 19 Abs. 2 StPO; Art. 14 Abs. 2 Satz 1 EGStPO). Der mit der Behandlung betraute Kantonsrichter kann den Fall vor den Gerichtshof bringen, welcher auch die übrigen Berufungen beurteilt (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 EGStPO). Mithin ist die Zuständigkeit des Kantonsgerichts bzw. von dessen Einzelrichter gegeben.

1.2 Nebst der Staatsanwaltschaft (vgl. Art. 381 Abs. 1 StPO) ist jede andere Partei, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheides hat, legitimiert, ein Rechtsmittel zu ergreifen (Art. 382 Abs. 1 StPO). Dazu zählt namentlich die erstinstanzlich Verurteilte, womit die Legitimation der Beschuldigten gegeben ist.

1.3 Hat die erste Instanz auf eine Urteilseröffnung im Dispositiv verzichtet und das Urteil gleich in begründeter Form eröffnet, entfällt die Berufungsanmeldung und die Berufung ist direkt mit der Berufungserklärung zu erheben (BGE 138 IV 157 E. 2.2). Letztere ist innert 20 Tagen seit der Zustellung des begründeten Urteils dem Berufungsgericht einzureichen und darin anzugeben, inwieweit das erstinstanzliche Urteil angefochten und dessen Abänderung verlangt wird (Art. 399 Abs. 3 und 4 StPO). Die anderen Parteien können innert 20 Tagen seit Empfang der Berufungserklärung die Anschlussberufung erklären (Art. 400 Abs. 3 StPO).

Die Beschuldigte hat innerhalb von 20 Tagen seit Zustellung des begründeten Urteils eine schriftliche Berufungserklärung eingereicht und dieses vollumfänglich angefochten. Auf die Berufung ist somit unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Rügen einzutreten. Die Staatsanwaltschaft hat auf eine Anschlussberufung verzichtet.

1.4 Mit der Berufung können im Regelfall Rechtsverletzungen, Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung, die unvollständige oder unrichtige Feststellung des Sachverhalts sowie Unangemessenheit gerügt werden (Art. 398 Abs. 3 StPO). Das Berufungsgericht kann das Urteil in allen angefochtenen Punkten umfassend überprüfen (Art. 398 Abs. 2 StPO). Seine Überprüfung bleibt jedoch im Prinzip auf die angefochtenen Punkte beschränkt (Art. 404 Abs. 1 StPO); es kann aber zugunsten der beschuldigten Person auch nicht angefochtene Punkte überprüfen, um gesetzwidrige oder unbillige Entscheidungen zu verhindern (Art. 404 Abs. 2 StPO; zur Ausdehnung gutheissender Rechtsmittelentscheide vgl. Art. 392 StPO). Im Umfang der Anfechtung hat die Berufung aufschiebende Wirkung (Art. 402 StPO).

Das Berufungsgericht fällt bei Eintreten auf die Berufung ein neues Urteil (Art. 408 StPO) oder weist die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück, sofern das erstinstanzliche Verfahren wesentliche Mängel aufweist, die im Berufungsverfahren nicht geheilt werden können (Art. 409 StPO).

2. Gemäss dem Urteil der Vorinstanz (E. 2) wird der Beschuldigten folgender Sachverhalt zur Last gelegt:

Zwischen August und Oktober 2016 vermittelte C _____ der Beschuldigten einen (bisher) unbekanntem Betäubungsmittelverkäufer, bei welchem er früher selbst eingekauft habe. Als Gegenleistung für seine Vermittlung erwartete C _____ eine Provision in Form von Cannabis. In der Folge erwarb die Beschuldigte (mindestens) 100 g Cannabis für ihren Eigenkonsum. Von diesen überliess sie C _____ mindestens 8 Gramm, welche nicht gemeinsam konsumiert wurden.

3. Als Beweismittel stehen einerseits die Aussagen der Beschuldigten und von C _____ zur Verfügung sowie andererseits Chatprotokolle zwischen den beiden, welche auf dem Mobiltelefon von C _____ sichergestellt wurden. Die Verteidigung bestreitet die Verwertbarkeit der sichergestellten Chatprotokolle und der aufgrund des Vorhalts dieser Protokolle erfolgten Aussagen. Soweit sich die Verteidigung dabei auf Lehre und Rechtsprechung zur Telefonüberwachung bezieht (und damit indirekt auf Art. 269 ff. StPO) gehen die Ausführungen an der Sache vorbei. Die Sichtung der Daten eines Mobiltelefons gilt gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 139 IV 128 E. 1.3; Bundesgerichtsurteil 6B_431/2019 vom 5. Juli 2019 E. 4.3.1) als Durchsuchung. Einschlägig sind damit die Art. 241 ff. StPO und für Zufallsfunde insbesondere Art. 243 StPO.

3.1 Ausgangspunkt des vorliegenden Verfahrens ist eine Strafanzeige gegen C _____ wegen Vergewaltigung, Körperverletzung, Drohung, Nötigung, Freiheitsberaubung und Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz (Akten SAO 17 152 S. 23). Im Zuge der Ermittlungen erliess die Staatsanwaltschaft am 24. April 2017 einen Durchsuchungs- und Beschlagnahmebefehl betreffend Wohnung und Fahrzeuge des Beschuldigten bzw. zum Beweis tauglicher Gegenstände. Die Hausdurchsuchung wurde am 25. April 2017 durchgeführt und dabei diverse Medikamente, Waffen, Mobiltelefone, Datenträger sowie Betäubungsmittel sichergestellt (Akten SAO 17 152 S. 69 ff.). Das Durchsuchungsprotokoll erwähnt sowohl die Kontrolle der Räumlichkeiten wie auch der Datenträger (Akten SAO 17 152 S. 43). Am Nachmittag desselben Tages zu den beschlagnahmten Mobiltelefonen befragt, nannte C _____ freimütig den Code zu diesen Geräten (Akten SAO 17 152 S. 65). Es wurden weder die Siegelung verlangt noch irgendwelche Geheimhaltungsinteressen geltend gemacht (Akten SAO 17 152 S. 68). In der Folge wurde das Mobiltelefon von C _____ inspiziert und dabei der hier fragliche Chatverlauf sichergestellt.

3.1.1 Neben dem für alle Zwangsmassnahmen erforderlichen dringenden Tatverdacht, welcher hier aufgrund der Strafanzeige (für die Hausdurchsuchung) und der anlässlich

der Hausdurchsuchung aufgefundenen Menge an Betäubungsmitteln (für die Durchsuchung des Mobiltelefons) gegeben war, setzt die Durchsuchung nach Art. 246 StPO voraus, dass sich in den durchsuchten Aufzeichnungen Informationen befinden könnten, welche der (Beweis-)Beschlagnahme unterliegen.

Die Durchsuchung ist nach Art. 241 Abs. 1 StPO mittels schriftlichem Befehl anzuordnen. Nur in dringenden Fällen kann sie mündlich befohlen werden. Letzteres Vorgehen verlangt eine nachträgliche schriftliche Bestätigung (Art. 241 Abs. 1 Satz 2 StPO). Kein Durchsuchungsbefehl ist bei Gefahr in Verzug erforderlich (Art. 241 Abs. 3 StPO; Bundesgerichtsurteil 6B_431/2019 vom 5. Juli 2019 E. 4.3.1 f.).

Im vorliegenden Fall wurde die Durchsuchung der Datenträger zusammen mit der Hausdurchsuchung angeordnet (SAO 17 152 S. 29 f. und S. 41 ff.).

3.1.2 Sichergestellte Schriftstücke und andere Aufzeichnungen dürfen erst durchsucht werden, wenn sich deren Inhaber (im Sinne des Gewahrsams [Thormann/Brechbühl, Basler Kommentar, 2. A., N 2 zu Art. 247 StPO]) vorgängig zu ihrem Inhalt hat äussern können (Art. 245-247 StPO). Juristische Laien sind durch die Strafverfolgungsbehörde gleichzeitig in ausreichender Weise über ihr Recht auf Siegelung zu informieren. In der Lehre wird zudem gefordert, dem Inhaber sei (unter allfälligem Beizug eines Rechtsanwalts) Gelegenheit zu geben, der Durchsuchung beizuwohnen (Keller, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar StPO, 2. A., 2014, N. 2 zu Art. 247 StPO mit Verweis auf BGE 127 II 151 E. 4.c/aa).

Aufzeichnungen und Gegenstände, die nach Angaben des Inhabers wegen eines Aussage- oder Zeugnisverweigerungsrechts oder aus anderen Gründen nicht durchsucht oder beschlagnahmt werden dürfen, sind zu versiegeln und dürfen von den Strafbehörden weder eingesehen noch verwendet werden (Art. 248 Abs. 1 StPO). Das Siegelungsbegehren muss im Interesse der Verfahrensbeschleunigung sofort gestellt werden (Bundesgerichtsurteile 1B_24/2019 vom 27. Februar 2019 E. 2.2 m. w. N.; 1B_516/2012 vom 9. Januar 2013 E. 2.3).

Datenträger sind mit grösstmöglicher Schonung der Privatheimnisse zu durchsuchen (Bundesgerichtsurteil 2B_91/2016 vom 4. August 2016, E. 4.3; TPF 2009 176 E. 4.1). Die Strafverfolgungsbehörden haben anlässlich einer Durchsuchung das Amtsgeheimnis sowie Geheimnisse, welche Geistlichen, Rechtsanwälten, Notaren, Ärzten, Apothekern, Hebammen und ihren beruflichen Gehilfen in ihrem Amt oder Beruf anvertraut wurden, zu wahren (Bundesgerichtsurteil 1B_352/2013 vom 12. Dezember 2013 E. 3.1). Dies gilt jedoch nicht für Personen, denen aufgrund ihrer persönlichen Beziehung ein

Zeugnisverweigerungsrecht nach Art. 168 f. StPO zusteht. Unterlagen welche aus dem Verkehr der beschuldigten Personen mit diesen nahestehenden Personen stammen können grundsätzlich unbeschränkt durchsucht und verwertet werden (Bundesgerichts-urteil 1B_361/2016 vom 21. November 2016 E. 5.2).

Auch schützenswerte Privatgeheimnisse im Sinne von Art. 264 Abs. 1 lit. b StPO können einer Durchsuchung oder Beschlagnahme entgegenstehen (z.B. für das Verfahren nicht relevante private Aktfotos in einem Wirtschaftsfall, Tagebücher, private Briefe, Aufzeichnungen über den Gesundheitszustand etc.; vgl. Keller, a.a.O., N. 23 zu Art. 248 StPO). Geschäfts- wie schützenswerte Privatgeheimnisse können geltend gemacht werden, stehen jedoch einer Durchsuchung nicht absolut entgegen. Sie geniessen nicht den gleichen Schutz wie das Amts- oder Berufsgeheimnis. Es ist eine Interessenabwägung zwischen den Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen und den Interessen an der Strafverfolgung vorzunehmen. Dies folgt aus dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Keller, a.a.O., N. 24 zu Art. 248 StPO m. w. N.).

Im vorliegenden Fall wurde C _____ durch die Belehrung auf dem Beschlagnahmebefehl über sein Recht, die Siegelung zu verlangen, aufgeklärt. Am Nachmittag desselben Tages hatte er zudem Gelegenheit, sich zum Inhalt des Mobiltelefons zu äussern und allfällige Geheimhaltungsinteressen geltend zu machen, was er jedoch nicht getan hat. Die strafprozessualen Voraussetzungen für die Rechtmässigkeit der gegen C _____ gerichteten Durchsuchungen sind damit gegeben. Dies stellt denn auch die Verteidigung nicht in Abrede.

3.1.3 Um die Verwertbarkeit der Chatprotokolle gegen die Beschuldigte zu bejahen ist zudem erforderlich, dass eine entsprechende Durchsuchung auch in einem gegen die Angeklagte geführten Strafverfahren hätte angeordnet werden können, wenn denn ein erster Tatverdacht auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt bestanden hätte. Im Rahmen einer Strafuntersuchung wegen Betäubungsmittelkonsums ist es zulässig und verhältnismässig, auch den (bzw. die) Lieferanten des Konsumenten zu ermitteln, um im Idealfall die gesamte Handelskette zu ermitteln. Dies verkennt die Verteidigung, wenn sie die Zulässigkeit einer Durchsuchung mit dem Argument verneint, die Beschuldigte treffe nur ein sehr leichtes Verschulden. Denn einerseits liess sich die Tatsache, dass eben nur ein leichtes Verschulden vorliegt, erst durch die vollständige Durchsuchung des Mobiltelefons bestätigen und andererseits sind bei der Verhältnismässigkeitsabwägung dem bekannten Eingriff in die Privatsphäre der Betroffenen die allenfalls möglichen Ermittlungsergebnisse gegenüber zu stellen. Im Hinblick auf die Ermittlung und Verfol-

gung von Betäubungsmittelhändlern, welche sich mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Widerhandlung nach Art. 19 Abs. 2 BetmG haben zu Schulden kommen lassen, rechtfertigt sich der Eingriff in die Privatsphäre der Konsumentin.

Die Chatprotokolle sind im vorliegenden Verfahren somit unbeschränkt verwertbar.

3.2 Mit der Vorinstanz, auf deren Erwägungen 3.2 und 3.5 diesbezüglich verwiesen werden kann und gegen welche die Verteidigung im Berufungsverfahren keine expliziten Rügen erhebt, ist der in Erwägung 2 vorne genannte Sachverhalt aufgrund der Chatprotokolle (S. 8 ff.), der Aussagen von C _____ (S. 36 f. und 138 ff.) und der Beschuldigten (S. 141 ff.) erwiesen. Sie zeigte sich denn auch an der Berufungsverhandlung grundsätzlich geständig.

Insbesondere die Chatprotokolle S. 10 f. zeigen, dass C _____ die Beschuldigte mit seinem eigenen Lieferanten in Kontakt brachte, der zu einem tieferen Preis verkaufte als dieser selbst. Um seine frühere Marge als Zwischenhändler wieder hereinzuholen, verlangte er Cannabis im Wert von Fr. 0.50 bis Fr. 1.-- pro Gramm beim Lieferanten gekaufter Ware, was ca. 10% der gekauften Ware entsprach (vgl. auch die Aussagen von C _____ S. 37 F. 217-219). Davon hat er eingestandenermassen mindestens 8 Gramm Cannabis auch tatsächlich von der Beschuldigten erhalten (S. 143 F. 11). Angesichts der in den Chatprotokollen mit einiger Bestimmtheit erhobenen Forderungen von C _____ handelte es sich bei dieser Weitergabe nicht um eine Schenkung als kleines Dankeschön, wie die Beschuldigte in ihrer Aussage (S. 143 F. 11) behauptet, sondern es lag ein synallagmatisches Verhältnis im Sinne einer Vermittlungsprovision vor, was auch anlässlich der Berufungsverhandlung bestätigt wurde.

Die Berufung ist damit in den Primärträgen abzuweisen. Es bleiben die Subsidiärträge und damit noch die rechtliche Würdigung zu prüfen.

4. In einem ersten Schritt ist vorzuschicken, dass es nicht dem Kantonsgericht obliegt, über Sinn oder Unsinn der Cannabisrepression zu entscheiden. Das rechtsstaatliche Prinzip der Gewaltenteilung verpflichtet die Gerichte, die Gesetze so anzuwenden, wie sie vom Gesetzgeber erlassen wurden (vgl. Art. 190 BV). Solange der Gesetzgeber ein bestimmtes Verhalten unter Strafe stellt, steht es den Gerichten nicht zu, diese gesetzgeberische Wertung zu ignorieren. Die Legalisierung von Cannabis kann nur durch den Bundesgesetzgeber erfolgen, nicht durch das Kantonsgericht.

4.1 Umstritten ist vorliegend namentlich die rechtliche Würdigung der Weitergabehandlung von 8 Gramm Cannabis von der Beschuldigten an C _____. Während die Vorinstanz diesen Tatbestand unter Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG subsumierte, verlangt die Verteidigung eine Subsumtion unter den privilegierten Tatbestand von Art. 19a Ziff. 1 BetmG.

4.2 Wer zum eigenen Konsum eine Widerhandlung im Sinne von Artikel 19 begeht, wird mit Busse bestraft (Art. 19a Abs. 1 BetmG). Nach dem bundesgerichtlichen Leitentscheid zur Abgrenzung zwischen Art. 19 und 19a BetmG (BGE 118 IV 200 E. 3), der die frühere Rechtsprechung entgegen der daran geübten Kritik fortführt, bildet der (konkret mögliche) Drittkonsum entscheidendes Abgrenzungskriterium. Der privilegierte Tatbestand von Art. 19a BetmG erfasst nur jene Beschaffungshandlungen, die ausschliesslich dem eigenen Drogenkonsum dienen und somit eine Gefährdung Dritter ausschliessen. Nicht privilegiert sind Beschaffungshandlungen, die zum Drogenkonsum Dritter führen oder konkret führen können, wie insbesondere Verkauf, Vermittlung oder entsprechendes Lagern. Nur soweit die angeklagte Tathandlung den Konsum eines Dritten tatsächlich ausschliesst oder zumindest nicht offensichtlich begünstigt, kann Art. 19a BetmG zur Anwendung kommen. Offengelassen hat das Bundesgericht dabei die Frage, ob in jenen Fällen eine Ausnahme gemacht werden könnte, in welchen die Weitergabe an einen Dritten ein blosses Nebendelikt darstellt. Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht in der Folge bestätigt, ohne auf die offengelassene Frage einzugehen (BGE 119 IV 180 E. 2a; Bundesgerichtsurteile 1B_480/2018 vom 1. November 2018 E. 3, 6B_352/2014 vom 22. Mai 2015 E. 4 nicht publiziert in BGE 141 IV 273 und vom 24. Januar 1996, SJ 1996 S. 341 ff., E. 2.b/bb). Auch die kantonale Rechtsprechung hat dieses Abgrenzungskriterium übernommen (Urteile des Appellationsgericht Basel-Stadt SB.2018.17 vom 22. Januar 2019 E. 3.2, des Obergerichts Zürich SB180004 vom 23. Oktober 2018 E. 3, SB140185 vom 9. Oktober 2014 E. 3 und SB130284 vom 13. März 2014 E. 3).

4.3 In der Lehre wird die vom Bundesgericht offengelassene Frage der blossen Nebendelikte unterschiedlich beantwortet. Ein Teil der Autoren ist der Ansicht, dass eine Ausnahmen von der Anwendung von Art. 19 BetmG bei Weitergabehandlungen nicht möglich sei (Hug-Beeli, Betäubungsmittelgesetz [BetmG], Kommentar, 2016, N. 420 zu Art. 19a BetmG und Maurer in: Donatsch [Hrsg.], StGB / StG, Kommentar mit weiteren Erlassen und Kommentar zu den Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG/AIG, 20. A., 2018, N. 2a zu Art. 19a BetmG). Auch die Doktrin, welche eine breitere Anwendung von Art. 19a BetmG, insbesondere auch für Delikte nach Art. 19 Abs. 2 BetmG, fordert, ist in ihren jüngsten Auflagen unter dem Eindruck der letzten Gesetzesrevisionen

wieder von ihrer Haltung abgerückt (Fingerhut/Schlegel/Jucker, BetmG, Kommentar, 3. A., 2016, N. 6 zu Art. 19a BetmG und Albrecht, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes [Art. 19-28I BetmG], 3. A., 2016, N. 25 f. zu Art. 19a BetmG).

Diese angesprochene Gesetzesrevision ist die mit Bundesgesetz vom 20. März 2008 erfolgte und am 1. Juli 2011 in Kraft getretene Neufassung von Art. 19 BetmG, dessen Abs. 3 in lit. b eine Strafminderung nach freiem Ermessen vorsieht, wenn der Täter von Betäubungsmitteln abhängig ist und die Widerhandlung geben Abs. 2 nur zur Finanzierung seines eigenen Konsums dienen sollte. Damit wurde insbesondere das Verhältnis der Tatbestände von Art. 19 Abs. 2 zu Art. 19a BetmG geklärt, während das Verhältnis zu den Widerhandlungen nach Art. 19 Abs. 1 BetmG keine Neuregelung erfahren hat. Insofern ist die bisherige Praxis und Lehre hierzu weiterhin anwendbar.

4.4 Die Berufung könnte in den Subsidiärträgen nur dann gutgeheissen werden, wenn die angeklagte Tat im Sinne der durch das Bundesgericht offengelassenen Frage als blosses Nebendelikt betrachtet werden könnte und die im zitierten Leitentscheid offengelassene Frage auch im Sinne Berufungsklägerin zu beantworten wäre.

4.4.1 Das blosses Nebendelikt kann nach Auffassung des Kantonsgerichts nur dann gegeben sein, wenn sich die Weitergabehandlung in den weiteren Kontext eines Tatgeschehens einordnen lässt und in diesem Zusammenhang sowohl objektiv wie auch nach der Vorstellung des Täters eine bloss untergeordnete Bedeutung eingenommen hat. Diese darf somit nicht dem eigentlichen Tatziel entsprechen, und darf lediglich und ausschliesslich akzessorischen Charakter haben.

Im vorliegenden Fall und im Unterschied zur publizierten Rechtsprechung zu Provisionsversprechen ist nicht über den Vermittler (C _____) sondern die Tippnehmerin zu urteilen. Deren Hauptintention bestand allein darin, einen neuen Lieferanten zu finden, um bei diesem Drogen zum Eigenkonsum erwerben zu können. Eine Weitergabe dieser Drogen an C _____ stellte kein eigentliches Ziel ihres Bestrebens dar. Vielmehr entrichtete sie die Provision von 8 Gramm, wie den Chat-Protokollen zu entnehmen ist, eher wider- als freiwillig, wobei allerdings nicht ausser Acht zu lassen ist, dass die Beschuldigte dieser Provision letztlich doch zugestimmt hat. Aus der Sicht von C _____ ging es in erster Linie darum, seine bisherige Handelsmarge neu als Provision einkassieren zu können. Dass er diese Provision in Form von Cannabis beanspruchte, stellt aus seiner Warte eher eine Zahlungsmodalität dar, mit der es ihm möglich war, die Provisionszahlung für seine (ehemaligen) Kunden leichter verdaulich zu gestalten und sein Bereicherungsmotiv (teilweise) zu verschleiern. Es ist vorliegend nicht zu

übersehen, dass die Beschuldigte, hätte sie C _____ in Franken und Rappen bezahlt, kein Verfahren wegen einer Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 BetmG hätte gewärtigen müssen.

Die Abgabe einer Provision von 8 Gramm an C _____ stellt sich in diesem Zusammenhang lediglich als Nebenaspekt der eigentlichen Hauptintention, nämlich 100 g Cannabis zum eigenen Konsum zu erwerben, dar. Diese 8 Gramm entsprechen weniger als 10% der eingekauften Menge und liegen unterhalb der Bagatellgrenze von Art. 19b Abs. 2 BetmG. Auch in diesem Sinne handelt es sich bei der Weitergabehandlung um ein blosses Nebendelikt zu einem Hauptdelikt.

4.4.2 Damit ist die vom Bundesgericht offengelassene Frage zu beantworten, ob in solchen Fällen eines echten Nebendelikts eine Anwendung von Art. 19a BetmG in Frage kommt. Nach Auffassung des Kantonsgerichts liegt die Antwort im Begriff des Nebendelikts. Dort wo die Weitergabehandlung als blosses Akzessorium in Erscheinung tritt, verringert sich im gleichen Ausmass der Unrechtsgehalt der Handlung. Entsprechend erweist es sich als unbillig, den Täter wegen eines Nebendelikts, welches nicht dem eigentlichen Tatziel entspricht und auch nicht einen unabdingbaren Teil davon darstellt, härter zu bestrafen, als dies für die eigentliche Haupttat der Fall wäre. Entgegen der Ansicht von Hug Beeli (a.a.O., N. 420 zu Art. 19a BetmG) geht damit auch keine Gefährdung der Rechtssicherheit oder der öffentlichen Gesundheit einher, da in den Fällen des blossen Nebendelikts zu einer anderen unter Art. 19a BetmG zu subsumierenden Handlung regelmässig nur ein Bagatellfall einer Weitergabehandlung vorliegen kann, ansonsten nicht nur von einem Nebendelikt gesprochen werden könnte. In diesen eng begrenzten Fällen können auch Motive der Prävention und des Gesundheitsschutzes kein überwiegendes Gewicht mehr beanspruchen, da bei einer erheblichen Gesundheitsgefährdung auch nur weniger Menschen sich der Schluss auf ein blosses Nebendelikt verbietet.

Im Ergebnis ist damit die Weitergabe von 8 Gramm Cannabis als Provision beim Erwerb von 100 g Cannabis für den Eigenkonsum unter Art. 19a BetmG zu subsumieren und die Beschuldigte von der Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 BetmG freizusprechen.

5. Die Vorinstanz hat die Beschuldigte überdies wegen ihres eingestandenermassen seit dem 29. August 2016 erfolgen Cannabiskonsums nach Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig gesprochen. Gegen diesen Schuldspruch werden in der Berufung keine besonderen Rügen erhoben und es ist auch nicht ersichtlich, dass er offensichtlich unrichtig wäre. In diesem Punkt ist das vorinstanzliche Urteil somit zu bestätigen.

6. Die Vorinstanz hat aufgrund der Verletzung von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG eine bedingte Geldstrafe von zehn Tagessätzen zu Fr. 25.-- und wegen der Widerhandlung gegen Art. 19a Ziff. 1 BetmG eine Busse von Fr. 150.-- ausgesprochen. Mit der Geldstrafe bewegt sie sich damit nahe dem Mindeststrafmass von drei Tagessätzen, während der Bussbetrag über dem üblichen Betrag im Ordnungsbussenverfahren von Fr. 100.-- (Art. 28b Abs. 2 aBetmG bzw. Ziff. 8001 Anhang 2 OBV) liegt. Hierzu wurden im Berufungsverfahren keine expliziten Rügen vorgetragen.

6.1 Die Berufung nach Art. 398 ff. StPO ist ein reformatorisches Rechtsmittel (BBI 2006 S. 1318 Ziff. 2.9.3.3). Das Kantonsgericht verfügt demzufolge als Berufungsgericht über umfassende Kognition in tatsächlicher sowie rechtlicher Hinsicht und selbst bezüglich der Strafzumessung (vgl. Art. 398 Abs. 2 und 3 StPO). Es ist ihm somit gestattet, die Strafe unter Berücksichtigung der wesentlichen Strafzumessungsfaktoren selbst festzusetzen (BGE 141 IV 244 E. 1.3.3; Bundesgerichtsurteil 6B_245/2015 vom 5. Mai 2015 E. 1), wobei es bei gehöriger Bemessung der Strafe durch die Vorinstanz sich deren Ausführungen zu Eigen machen kann und auf diese verweisen darf.

6.2 Das Gericht bemisst die Sanktion innerhalb des vorgegebenen Strafrahmens nach dem Verschulden des Täters. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters (Art. 47 Abs. 1 StGB; vgl. auch Art. 34 Abs. 1 Satz 2 StGB). Verschulden im Sinne von Art. 47 StGB ist das Mass der Vorwerfbarkeit des Rechtsbruchs und bezieht sich auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der zu beurteilenden Straftat (BGE 134 IV 1 E. 5.3.3 mit Hinweisen). Das (Tat-)Verschulden setzt sich aus objektiven und subjektiven Tatumständen zusammen (sog. „Tatkomponenten“), deren wesentlichen Kriterien der Gesetzgeber in Art. 47 Abs. 2 StGB kodifiziert hat. Das Gericht hat bei der objektiven Tatschwere z.B. die Art und Weise des Vorgehens und das Ausmass der Verletzung und Gefährdung des Rechtsguts zu prüfen (Mathys, Strafzumessung, 2016, N. 66 ff. und N. 72 ff.). Die subjektive Tatschwere bezieht sich u.a. auf die Beweggründe und die kriminelle Energie des Täters (Mathys, a.a.O., N. 101 und N. 105 ff.). Das Gericht hat neben diesen tatbezogenen Komponenten individuelle, täterbezogene Umstände zu beachten, die mit der zu beurteilenden Straftat nicht im Zusammenhang stehen (vgl. Art. 47 Abs. 1 Satz 2 StGB; BGE 134 IV 17 E. 2.1 m. w. N.). Vorstrafen fallen unter die „Täterkomponenten“, die Vorstrafenlosigkeit wirkt sich demgegenüber bei der Strafzumessung ausser bei aussergewöhnlicher Gesetzestreue neutral aus. Sie ist deshalb nicht strafmindernd zu berücksichtigen (BGE 136 IV 1 E. 2.6). Das Verhalten nach der Tat gehört zu den Erkenntnisquellen für die Täterpersönlichkeit (BGE 113 IV 57).

6.3 Aufgrund des Freispruchs bezüglich der Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 BetmG entfällt die von der Vorinstanz verhängte Geldstrafe. Mit Bezug auf die Busse legt das Gesetz einen Höchstbetrag von Fr. 10'000.-- fest, während der einmalige einfache Konsum von Cannabis mit einer Ordnungsbusse von Fr. 100.-- bestraft wird. Angesichts der mehrfachen und über mehr als ein Jahr regelmässig andauernden Konsums sowie der hier unter Art. 19a BetmG subsumierten Beschaffungshandlungen ist eine gewisse Strafschärfung nach Art. 49 Abs. 1 StGB angezeigt. Andererseits soll auch der normale Betrag einer Ordnungsbusse für eine einmalige Verfehlung nicht unterschritten werden.

Die übrigen Bemessungskriterien hat die Vorinstanz zutreffend dargelegt, worauf an dieser Stelle verwiesen werden kann. Die Busse ist damit auf Fr. 350.-- zu erhöhen, womit diese unter dem kumulierten Betrag von vorinstanzlicher Geldstrafe und Busse verbleibt. Im Hinblick auf die Ersatzfreiheitsstrafe kann wiederum auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden, wobei auch diese entsprechen auf 7 Tage zu erhöhen ist.

7.

7.1 Fällt die Rechtsmittelinstanz selbst einen neuen Entscheid, so befindet sie darin auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung (Art. 428 Abs. 3 StPO). Der Anspruch auf eine Parteientschädigung richtet sich ebenfalls nach dem Verfahrensausgang (Art. 429 f., 433 f. und 436 StPO; Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006, S. 1329).

7.2 Nach Art. 424 Abs. 1 StPO regeln Bund und Kantone die Berechnung der Verfahrenskosten und legen die Gebühren fest. Im Wallis gilt das Gesetz betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigungen vor Gerichts- und Verwaltungsbehörden vom 11. Februar 2009 (GTar; sGS/VS 173.8).

Die Strafbehörde legt im Endentscheid die Kostenfolgen fest (Art. 421 Abs. 1 StPO). Die Verfahrenskosten setzen sich zusammen aus den Gebühren zur Deckung des Aufwandes und den Auslagen im konkreten Straffall, worunter u.a. die Kosten für Gutachten, die amtliche Verteidigung oder anderer Behörden, namentlich der Polizei, fallen (Art. 422 StPO; vgl. hierzu Griesser, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], 2. A., 2014, N. 8 ff. zu Art. 422 StPO).

Die Gerichtskosten umfassen die Auslagen sowie die Gerichtsgebühr. Letztere wird in Straffällen aufgrund des Umfangs und der Schwierigkeit des Falls, der Art der Prozessführung der Parteien sowie ihrer finanziellen Situation im gesetzlichen Gebührenrahmen unter Berücksichtigung des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips festgesetzt (Art. 13 und 14 GTar). Sie beträgt für das Untersuchungsverfahren Fr. 90.-- bis

Fr. 6'000.-- und für jenes vor dem Bezirksgericht Fr. 90.-- bis Fr. 2'400.-- (Art. 22 lit. b und c GTar). Die Gebühr bewegt sich für das Berufungsverfahren vor Kantonsgericht zwischen einem Minimum von Fr. 380.-- und einem Maximum von Fr. 6'000.-- (Art. 22 lit. f GTar).

7.3 Die Vorinstanz hat vorliegend die Gerichtsgebühr für die Strafuntersuchung auf Fr. 800.-- und die eigenen Kosten auf Fr. 500.-- festgesetzt (S. 182). Diese Beträge, die sich jeweils im Rahmen des Tarifs bewegen, können bestätigt werden.

Im Berufungsverfahren fielen Auslagen im Betrag von Fr. 25.-- für die Weibelin an (Art. 10 Abs. 2 GTar). Es war ein umfangmässig nicht besonders schwieriges Dossier zu behandeln. In Berücksichtigung der angeführten Bemessungskriterien scheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 775.-- angemessen, so dass sich die Kosten vor der Berufungsinstanz auf Fr. 800.-- belaufen.

7.4 Die Verfahrenskosten sind grundsätzlich vom Bund oder vom Kanton zu übernehmen, der das Verfahren geführt hat (Art. 423 StPO). Die beschuldigte Person trägt die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird (Art. 426 Abs. 1 StPO). Letzteres resultiert aus der Überlegung, dass der Beschuldigte die Einleitung und Durchführung des Strafverfahrens als Folge seiner Tat veranlasst hat (BGE 138 IV 248 E. 4.4.1). Der zur Anklage gebrachte Lebenssachverhalt und der zu seiner Erstellung und Beurteilung erforderliche Aufwand der Strafverfolgungs- und Gerichtsbehörden ist massgebend (Bundesgerichtsurteile 6B_811/2014 vom 13. März 2015 E. 1.4; 6B_803/2014 vom 15. Januar 2015 E. 3.4 und 3.5). Daneben können der beschuldigten Person jene Verfahrenskosten auferlegt werden, die sie durch ihr rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten verursacht hat (Art. 426 Abs. 2 StPO). Die Bestimmungen über die Verlegung der Kosten im Rechtsmittelverfahren nach Massgabe des Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO) kommen im erstinstanzlichen Prozess nicht zur Anwendung (Bundesgerichtsurteil 6B_811/2014 vom 13. März 2015 E. 1.4), sonst hätte der Gesetzgeber nicht in kurzer Abfolge zwei Artikel mit einem unterschiedlichen Vorgehen kodifiziert (Bundesgerichtsurteil 6B_671/2012 vom 11. April 2013 E. 1.2). Die Kostenaufgabe gestützt auf diese Bestimmung schliesst in der Regel eine Entschädigung aus (BGE 137 IV 352 E. 2.4.2 S. 357; Bundesgerichtsurteil 6B_485/2013 vom 22. Juli 2013 E. 2.3).

7.5 Die Beschuldigte wird vor Bezirks- und Kantonsgericht verurteilt, wenn auch vor Kantonsgericht für ein (teilweise) weniger schweres Delikt, als dies noch vor Bezirksgericht der Fall war. Der Beschuldigten sind damit die Verfahrenskosten der Staatsanwalt-

schaft und des Bezirksgerichts vollumfänglich aufzuerlegen. Vor Kantonsgericht unterliegt die Beschuldigte mit ihren Primärbegehren und obsiegt mit ihren Subsidiärbegehren. Die beiden sind angesichts ihrer Tragweite mit je 1/2 zu gewichten. Die Verfahrenskosten vor Kantonsgericht sind somit mit Fr. 400.-- der Beschuldigten und mit Fr. 400.-- dem Staat Wallis aufzuerlegen.

7.6 Die Kostenaufgabe für die Verfahren der Staatsanwaltschaft und des Bezirksgerichts schliess eine Entschädigung für jene Verfahren grundsätzlich aus (Art. 430 Abs. 1 lit. a StPO). Hingegen ist ihr für das Verfahren vor Kantonsgericht eine reduzierte Parteient-schädigung zuzusprechen. Für das Verfahren vor Kantonsgericht sieht das Gesetz einen Honorarrahmen von Fr. 1'100.-- bis Fr. 8'800.-- vor (Art. 36 Abs. 1 GTar). Innerhalb dieses Rahmen ist die Entschädigung nach Natur, Bedeutung, Schwierigkeit und Umfang des Falls, der vom Rechtsbeistand nützlich aufgewendeten Zeit und der finanziellen Situation der Partei festzusetzen (Art. 27 Abs. 2 GTar). Der Verteidiger macht für das Berufungsverfahren (inklusive Verhandlung und Nachbesprechung) einen Aufwand von ca. 12.5 Stunden geltend. Für die Berufungsverhandlung und die Nachbesprechung wurden drei Stunden veranschlagt, wobei die Berufungsverhandlung nur ca. eine Stunde dauerte. Nicht nachvollziehbar sind die Aufwendungen für Rechtsabklärungen und die Durchsicht eines Urteils des Bundesgerichts und der NZZ. Dazu kommen verschiedene Kleinauslagen, welche für Sekretariatsarbeiten in Rechnung gestellt wurden. Unter Berücksichtigung des teilweisen Unterliegens und dass es sich grundsätzlich um einen Bagatellfall handelt ist das Honorar auf Fr. 1'100.-- festzusetzen. Dazu kommen nachvollziehbare Auslagen von geschätzt Fr. 100.--, alles inklusive Mehrwertsteuer.

Das Kantonsgericht erkennt

- in teilweiser Guttheissung der Berufung -

1. X _____ wird der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. c freigesprochen.
2. X _____ wird der mehrfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig erkannt.
3. X _____ wird zu einer Busse von Fr. 350.00 verurteilt, die bei schuldhafter Nichtbezahlung in eine Ersatzfreiheitsstrafe von 7 Tagen umzuwandeln ist.
4. Die erstinstanzlichen Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 1'300.00 (Gebühren Staatsanwaltschaft Fr. 800.00; Gebühren Bezirksgericht Fr. 500.00) werden X _____ auferlegt.
5. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens von Fr. 800.-- gehen zu Fr. 400.-- zu Lasten von X _____ und zu Fr. 400.-- zu Lasten des Staats Wallis.
6. Der Staat Wallis bezahlt X _____ eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'200.-- (inkl. Auslagen und MWST).

Sitten, 14. Februar 2020