

GRUNDLAGEN DES ÖSTERREICHISCHEN SUCHTMITTELRECHTS

Alle Bestimmungen ohne Zusatzbezeichnung beziehen sich fortan auf das SMG

Dieser Vortrag versucht die wichtigsten Bestimmungen des SMG, sowie die Besonderheiten die sich im Zuge dessen ergeben, darzustellen und wird anschließend auch einen kurzen Überblick über das Neue-Psychoaktive-Substanzen-Gesetz (NPSG) geben, wobei auch die Reformvorschläge für die StGB Kommission erläutert werden. Schwerpunkt des Vortrages werden die Bestimmungen des österreichischen Suchtmittelgesetzes sein, sowie die dazu herrschende Judikatur des Obersten Gerichtshofes. Die Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes sind mit der Geschäftszahl unter www.ris.bka.gv.at/Jus/ abrufbar. Zwecks Veranschaulichung der Materien werden zahlreiche Beispiele in den Vortrag eingearbeitet.

Gerichtliche Strafbestimmungen für Suchtgifte

Das SMG ist nach dem Prinzip „Therapie statt Strafe“ aufgebaut. Es wurde mit 01.01.2008 reformiert, wobei die Strafen im Zuge der Reform strenger wurden. Grundsätzlich erhöhen sich die Strafen je größer die Menge der Suchtmittel ist, wobei unter Suchtmittel, Suchtgifte und psychotrope Stoffe zu verstehen sind. Die Strafraumen variieren in der Praxis zwischen 3 Monaten und 15 Jahren. Zu beachten ist allerdings, dass in der Praxis eine Verurteilung nach dem SMG im Zusammenhang mit §§ 28, 28a auch zum Teil schwerwiegende verwaltungsrechtliche Folgen haben kann.

Wesentlich ist, dass das SMG nicht zwischen harten und weichen Drogen unterscheidet - allerdings ist die Grenzmenge für weiche Drogen, die für die Anwendung der höheren Strafraumen nach § 28 und § 28a relevant ist, in der Suchtgift-Grenzmengenverordnung wesentlich höher. Unter Grenzmenge ist gem § 28 b jene Menge an Suchtmitteln zu verstehen, die das Leben eines Menschen gefährdet.

Das Suchtmittelgesetz kennt nur Vorsatzdelikte und keine Fahrlässigkeitsdelikte.

Das Strafgesetzbuch (StGB) definiert Vorsatz und Fahrlässigkeit wie folgt:

Vorsatz

§ 5 (1) Vorsätzlich handelt, wer einen Sachverhalt verwirklichen will, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht; dazu genügt es, daß der Täter diese Verwirklichung ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet.

(2) Der Täter handelt absichtlich, wenn es ihm darauf ankommt, den Umstand oder Erfolg zu verwirklichen, für den das Gesetz absichtliches Handeln voraussetzt.

(3) Der Täter handelt wissentlich, wenn er den Umstand oder Erfolg, für den das Gesetz Wissentlichkeit voraussetzt, nicht bloß für möglich hält, sondern sein Vorliegen oder Eintreten für gewiß hält.

Fahrlässigkeit

§ 6 (1) Fahrlässig handelt, wer die Sorgfalt außer acht läßt, zu der er nach den Umständen verpflichtet und nach seinen geistigen und körperlichen Verhältnissen befähigt ist und die ihm zuzumuten ist, und deshalb nicht erkennt, daß er einen Sachverhalt verwirklichen könne, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht.

(2) Fahrlässig handelt auch, wer es für möglich hält, daß er einen solchen Sachverhalt verwirkliche, ihn aber nicht herbeiführen will.

Strafbestimmungen des SMG

§ 27 Unerlaubter Umgang mit Suchtgiften

§ 27 SMG. (1) Wer vorschriftswidrig

1. Suchtgift erwirbt, besitzt, erzeugt, befördert, einführt, ausführt oder einem anderen anbietet, überlässt oder verschafft,

2. Opiummohn, den Kokastrauch oder die Cannabispflanze zum Zweck der Suchtgiftgewinnung anbaut oder

3. psilocin-, psilotin- oder psilocybinhaltige Pilze einem anderen anbietet, überlässt, verschafft oder zum Zweck des Suchtgiftmissbrauchs anbaut, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Wer jedoch die Straftat ausschließlich zum persönlichen Gebrauch begeht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

(3) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren ist zu bestrafen, wer eine Straftat nach Abs 1 Z 1 oder 2 gewerbsmäßig begeht.

(4) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren ist zu bestrafen, wer

1. durch eine Straftat nach Abs 1 Z 1 oder 2 einem Minderjährigen den Gebrauch von Suchtgift ermöglicht und selbst volljährig und mehr als zwei Jahre älter als der Minderjährige ist, oder

2. eine solche Straftat als Mitglied einer kriminellen Vereinigung begeht.

(5) Wer jedoch an Suchtmittel gewöhnt ist, und eine Straftat nach Abs 3 oder Abs 4 Z 2 vorwiegend deshalb begeht, um sich für seinen persönlichen Gebrauch Suchtmittel oder Mittel zu deren Erwerb zu verschaffen, ist nur mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen.

Deliktstruktur und Erläuterungen

Der § 27 ist das Grunddelikt und gleichzeitig die wichtigste Bestimmung des SMG. Im Jahr 2013 wurde insgesamt 28.227 Anzeigen (26.071 wegen Vergehen 2156 wegen Verbrechen) nach dem SMG erstattet. Der Konsum ist als Tathandlung nicht genannt, allerdings setzt der Konsum logischerweise einen Besitz voraus.

- **Vorschriftswidrigkeit:** Der Vorsatz des Täters muss sich darauf beziehen, dass die Tat unerlaubt ist (RIS-Justiz RS0087860). Der Apotheker ist berechtigt, anderen, bei Vorlage eines Suchtmittelrezeptes, Suchtmittel zu überlassen. Strafflos ist die Überlassung von Suchtgiften daher immer dann, wenn sie vorschriftsmäßig erfolgt, beispielsweise im Rahmen der Substitutionsbehandlung.
- **Suchtgiften:** Suchtgiften ist eine Substanz, welche in der Suchtgiftenverordnung (SV) genannt ist. Findet sich die Substanz nicht in der SV, ist die Handhabung mit dieser auch nicht nach dem SMG strafbar, eventuell ist eine Strafbarkeit nach dem NPSG beziehungsweise nach dem AMG möglich.

Tatbestandsmerkmale

- **Erwerb:** Die Erlangung des Gewahrsams und Innehabung des Suchtgiftes, entgeltlich oder unentgeltlich, ohne die Erfordernis des Willens „die Sache als die Seine zu behalten“ (15Os94/12f), auch die Zurverfügungstellung eines Kraftfahrzeuges als Suchtmittelbunker ist darunter zu verstehen (12Os146/91).
- **Besitz:** Die tatsächliche, unmittelbare Sachherrschaft, allein oder mit anderen.
- **Erzeugung:** Darunter versteht man die Trennung der Cannabisblüten und des Cannabisharzes von der Pflanze (14Os94/08t), die Gewinnung des Opiums durch Anritzen der Schlafmohnkapsel und Abkratzen des Rohopiums, die Trennung der Cocablätter vom Cocastrauch und deren chemische Weiterverarbeitung.
- **Anbau:** Definiert das Aussetzen, Anpflanzen, Aufziehen, Züchten oder Kultivieren (14Os94/08t).
- **Beförderung:** Der Transport eines Suchtgiftes von einem Ort zu einem anderen, ohne eine Staatsgrenze zu überschreiten.
- **Einfuhr/Ausfuhr:** Der Import und Export von Suchtgiften über die österreichische Staatsgrenze, sowie auch die Durchfuhr. Auch der Verkehr zwischen ausländischen, beziehungsweise EU-Mitgliedstaaten, ist prinzipiell erfasst.
- **Anbieten:** Hier ist die Transaktion soweit fortgeschritten, dass der Käufer das Angebot nur noch annehmen muss. Der Anbieter muss selbst nicht im Besitz des Suchtgiftes sein. Das Anbieten umfasst entgeltliche als auch unentgeltliche Transaktionen.

- **Überlässt:** Es wird einer anderen Person der Gewahrsam am Suchtgift übertragen, ob es sich dabei um einen Kauf (zumeist wohl der Fall) oder eine Schenkung handelt, ist nicht relevant. Auch das Herumreichen eines Joints ist eine strafbare Überlassung.
- **Verschafft:** Hier ist eine reine Vermittlungstätigkeit gemeint. Ein der Praxis eher seltener Fall wäre, dass ein Arzt, welcher nicht lege artis Substitutionsmittel verschreibt, wissend, dass der Patient die Medikamente am Schwarzmarkt verkaufen wird, hierdurch strafbar wird. Hier kommt es zu einer Verschaffung von psychotropen Stoffen und Suchtgiften. Ein Arzt, welcher einen opiodabhängigen Schmerzpatienten, (durch beispielsweise lege artis verschriebene Schmerzmittel) behandelt, unterliegt nicht dem SMG oder der Substitutionsverordnung, da hier im Vorfeld kein Missbrauch, im Sinne des §11 Abs.2 Z 2 vorgelegen ist (*Birkbauer/Hauer/Keplinger* SMG³Anm 3, VwGH 28. Juni 2001 2001/11/0135, VwGH 29. Jänner 2004 2002/11/0109) Missbrauch betreibt wer Suchtgift ohne medizinische Indikation konsumiert, siehe auch §23a (1) SV in dem sich eine Definition der Substitutionsbehandlung befindet „ärztliche Behandlung von opiodabhängigen Personen mit oral zu verabreichenden opiodhaltigen Arzneimitteln als Ersatz für missbräuchlich zugefügte Opiode (...)“
 Sinn der Substitutionsbehandlung ist es den gesetzwidrigen Missbrauch zu verhindern (*Grahammer, Haltmayer, Hinterhofer, Pletzer*, Substitutionstherapie S 31,97)

Auch der Betreiber eines Growshops, der einer interessierten Person einen Tipp hinsichtlich des Erwerbs von Cannabis gibt, verschafft diesem Suchtgift als unmittelbarer Täter (15Os22/13v). Der Vermittler ist nicht Beitragstäter zum Überlassen von Suchtgift, sondern unmittelbarer Täter des Delikts (RIS-Justiz RS0116841, *Litzka/Mazka/Zeder*, SMG² § 27 Rz 26, *Fabrizy*, Suchtmittelrecht⁵ §27 Rz 12).

Beispiel: *Der Student der Rechtswissenschaften A hat bereits gelernt, dass man an gasförmigen Körpern keinen Besitz haben kann. Er fordert daraufhin B auf, der hin und wieder gerne einen Joint raucht, ihm einen „Shot“ zu verabreichen, indem B A den Rauch in den Mund bläst. Als beide von der Polizei erwischt werden, behauptet A er hat sich nicht im Sinne des § 27 Abs 1 2. Fall schuldig gemacht, da er ja nie ein Suchtgift besessen hat, dies gestützt auf eine Lehrmeinung (Schwaighofer in WK² SMG § 27 Rz 20). Wird diese Verteidigungsstrategie die Staatsanwaltschaft und das Gericht überzeugen?*

Lösung: Die Staatsanwaltschaft und das Gericht werden wahrscheinlich der Ansicht sein, dass A den B dazu bestimmt hat, gem § 12 2. Fall StGB, für ihn Suchtgift zu besitzen und § 27 Abs 1 2. Fall SMG daher erfüllt ist.

Beispiel: *Der Biobauer B hat Industriehanf, welcher einen THC-Gehalt von 0,2% aufweist, legal angebaut (siehe Suchgift-VO I.1.a. 3.). Der Nachbar A baut ebenfalls Cannabispflanzen an, welche einen THC-Gehalt von fünf Prozent aufweisen und daher Suchtgift sind. Durch Samenflug kommt es zu einer Kreuzung. Die Pflanzen von B enthalten nunmehr auch vier Prozent THC. B hat es bis zu seiner Gerichtsverhandlung nicht für möglich gehalten, dass es zu Kreuzungen kommen kann. Hat sich B strafbar gemacht?*

Lösung: Die Handlung war niemals auf eine Erzeugung von Suchtgift gerichtet, sondern nur auf die Herstellung von Industriehanf (*Machac*, JSt 6/2010, 197ff). Daher hatte B zum Tatzeitpunkt keinen Vorsatz und ist daher nicht zu bestrafen.

Der Strafrahmen des § 27 Abs 1 beträgt bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen. Wird ein Delikt gem § 27 Abs 1 Z 1 – 3 nur zum persönlichen Gebrauch begangen, dann beträgt der Strafrahmen 6 Monate Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen (sg Privilegierung).

Persönlicher Gebrauch ist sowohl der Eigenkonsum als auch das uneigennütziges Überlassen für den Gebrauch eines anderen (12Os83/08k, 12Os107/08i).

Hingegen beträgt der Strafrahmen für die gewerbsmäßige Weitergabe von Suchtmitteln bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe. Der gleiche Strafrahmen gilt gem § 27 Abs 4 Z 1 für die Weitergabe von Suchtmitteln an Minderjährige, die zwei Jahre jünger sind als der Täter, wobei dieser volljährig sein muss.

Die Weitergabe von psychotropen Stoffen an Minderjährige zieht hingegen keine erhöhte Strafdrohung nach sich, ebenso wie die Weitergabe von Pilzen an Minderjährige nicht qualifiziert strafbar ist. Das NPSG kennt diese Qualifikation ebenfalls nicht.

Gewerbsmäßig (iSd § 70 StGB) handelt, wer eine strafbare Handlung in der Absicht (§ 5 Abs 2 StGB) begeht sich selbst, nicht einem Dritten (RIS-Justiz RS0086573), durch die wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahmequelle zu schaffen. Es ist hierbei irrelevant, ob die Einnahmequelle ein Haupt-, oder nur Nebenverdienst ist.

Praxis-Exkurs

Aus folgenden Sachverhaltselementen wird insbesondere beim Straßenhandel auf ein gewerbsmäßiges Vorgehen geschlossen. Je mehr Elemente vorliegen, desto eher liegt Gewerbsmäßigkeit vor:

- Aufenthalt an einer szenetypischen Örtlichkeit
- Bei der Festnahme werden Geldmengen in „typischer Stückelung“ (viele 5,10,20 Euro-Scheine) beschlagnahmt
- Verschiedene beschlagnahmte Suchtgifte sind portionsweise abgepackt
- Einschlägige Vorstrafen
- Nach dem Deal wird noch eine Telefonnummer angeboten, falls der Konsument wieder etwas benötigt
- Lebensstil (Kleidung, Mobiltelefon, Kraftfahrzeug) steht mit dem offiziellen Einkommen im Widerspruch
- Mehrere Wertkartentelefone von verschiedenen Betreibern
- Keine Beschäftigung

Aus Sicht der Justiz und der Polizei deuten folgende zusätzliche Faktoren bei Cannabis auf eine gewerbsmäßige Weitergabe hin (11Os67/10b):

- Handelsfertige sortenreine Verpackung
- Gute Ertragsqualität der Pflanzen und eine hohe Anzahl an weiblichen Pflanzen
- Professionelle „Indooranlage“ mit automatischer Bewässerung und gut versteckter Beleuchtung
- Einschlägige Literatur, Fotodokumentation
- Samen in großer Anzahl
- Milligramm Taschenwaage
- Hoher Stromverbrauch über langen Zeitraum

Beispiel: A kauft bei B zum Eigenkonsum 5 Gramm Cannabisharz um € 30. Wie fällt der Strafrahmen für A und B aus?

Prüfung A:

Durch den Kauf erwirbt A das Suchtgift und wäre daher gem § 27 Abs 1 1. Fall zu bestrafen. Da A das Cannabisharz zum Eigenkonsum erwirbt, gilt die Privilegierung des § 27 Abs 2 und der Strafrahmen beträgt bis zu 6 Monaten Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen.

Praxishinweise: Gem § 35 Abs 1 SMG ist das Verfahren durch die Staatsanwaltschaft einzustellen.

Prüfung B:

B erfüllt das Tatbestandsmerkmal des „Überlassens“. Der Strafraum beträgt somit gem § 27 Abs 1 8. Fall SMG bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe. Die Privilegierung des § 27 Abs 2 kommt nicht Betracht, da B das Suchtmittel nicht uneigennützig, sondern mit Gewinnabsicht, verkauft hat.

Variante: A ist 13, B ist 20 und im Substitutionsprogramm. Wie hoch ist der Strafraum für A und B?

Prüfung A:

Mangel Deliktsfähigkeit (§ 4 Abs 1 JGG) ist A straflos.

Anmerkung: Die Deliktsfähigkeit beginnt mit der Vollendung des 14. Lebensjahres.

Prüfung B:

Hier kommt § 27 Abs 4 Z 1 SMG zur Anwendung. Da § 27 Abs 5 keine Privilegierung für § 27 Abs 4 Z 1 vorsieht, ist auch die Abhängigkeit von B irrelevant. Es droht daher die volle Strafdrohung des qualifizierten § 27 Abs 4 Z 1 von bis zu 3 Jahren Freiheitsstrafe.

Beispiel: A betreibt eine kleine Plantage und verkauft hin und wieder Cannabiskraut, um sich ein Zubrot zu verdienen. Wie hoch ist der Strafraum für A?

Lösung: A wird gem § 27 Abs 3 iVm § 27 Abs 1 Z 1 8. Fall zu bestrafen sein, da er gewerbsmäßig handelt („Zubrot zu verdienen“). Der Strafraum beträgt bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe. Die Privilegierung des § 27 Abs 5 kommt ihm deswegen nicht zu Gute, weil er weder abhängig ist, noch die Plantage vorwiegend für den persönlichen Gebrauch verwendet.

Beispiel: A findet einen Pilz im Wald, welcher Psilocin enthält und konsumiert diesen. Wie hoch fällt der Strafraum aus?

Lösung: Das Erwerben, Besitzen, Sammeln und Konsumieren von Pilzen ist straflos (15Os152/10g).

Der § 27 Abs 5 enthält die in der Praxis wichtigste Privilegierung für den abhängigen Mandanten im Suchtmittelgesetz, da der Strafraum auf 1 Jahr reduziert wird.

Es besteht auch die Möglichkeit bei gewerbsmäßigem Handeln nur privilegiert bestraft zu werden. Hierfür ist es erforderlich, dass der an Suchtmittel gewöhnte Täter mehr als die Hälfte des Gewinnes aus seiner Verkaufstätigkeit wieder in neuerliche Suchtmittelbeschaffung investiert (siehe RIS-Justiz RS0125836).

Vorbereitung von Suchtgifthandel

§ 28. (1) Wer vorschriftswidrig Suchtgift, in einer die Grenzmenge (§ 28b) übersteigenden Menge mit dem Vorsatz erwirbt, besitzt oder befördert, dass es in Verkehr gesetzt werde, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen. Ebenso ist zu bestrafen, wer die in § 27 Abs 1 Z 2 genannten Pflanzen zum Zweck der Gewinnung einer solchen Menge Suchtgift anbaut.

(2) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren ist zu bestrafen, wer die Straftat nach Abs 1 in Bezug auf Suchtgift in einer das Fünfzehnfache der Grenzmenge (§ 28b) übersteigenden Menge (großen Menge) begeht.

(3) Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren ist zu bestrafen, wer die Straftat nach Abs 1 als Mitglied einer kriminellen Vereinigung begeht.

(4) Unter den in § 27 Abs 5 genannten Voraussetzungen ist der Täter jedoch im Fall des Abs 1 nur mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr, im Fall des Abs 2 nur mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und im Fall des Abs 3 nur mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

Grenzmengenverordnung - Werte und Grenzmengen in Straßenqualität

Bezeichnung	Wirkstoff	Grenzmenge Reinsubstanz in g	üblicher Reinheitsgehalt	Grenzmenge Straßenqualität	15fache Grenzmenge	25fache Grenzmenge
Heroin	Diacetylmorphin	3,00	10 - 25 %	12 - 30 g	180-450g	300-750g
Kokain	Cocain	15,00	40 - 50 %	30 - 37,5 g	450-560g	750-930g
Cannabis	Δ9-THC	20,00	Ø 1 %			
Cannabis	THCA	40,00	Ø 10 %	400 g	6.000g	10.000g
Opium	Morphin	10,00	stark variierend	idR ab 100 g		
LSD	Lysergid - LSD	0,01	etwas 0,0001 g pro Einheit	ca 100 Tabs	1.500 Tabs	2.500 Tabs
Speed	Amphetamin	10,00	ca. 10 - 20 %	50 - 100g	750-1.500g	1.250-2.500g
Ice/Crystal	Methamphetamn	10,00	ca. 10 - 20 %	50 - 100g	750-1.500g	1.250-2.500g
Ecstasy	MDMA	30,00	0,05 g	ca. 600 Stück	ca. 9.000 Stk	ca. 15.000 Stk

§ 28 betrifft Tätigkeiten im Vorfeld der Dealertätigkeit, wobei zumindest die Grenzmenge überschritten sein muss. Zu den Begriffsdefinitionen siehe die Ausführungen zu § 27.

Zu beachten ist, dass der Täter den erweiterten Vorsatz auf das Inverkehrbringen des Suchtgiftes haben muss. Wer Cannabis für sich selbst anbaut, hat nicht den Vorsatz dieses in Verkehr zu setzen (RIS-Justiz RS0127351).

Beispiel: Im Bunker des Dealers A werden 20 g Kokain mit 25 Prozent Reinheitsgehalt, 10 g Heroin mit zehn Prozent Reinheitsgehalt, und 50 g Cannabiskraut mit fünf Prozent Reinheitsgehalt THCA und 1 Prozent Delta 9 THC gefunden, sowie 10 g Amphetamin, Reinheitsgehalt 25 Prozent. A gesteht in der ersten Einvernahmen, dass er all diese Suchtgifte an den Abnehmer B verkaufen wollte.

Ist die Grenzmenge überschritten?

Lösung: Berechnung

Kokain 20g x 25%= 5g (Grenzmenge 15g) = 33,33 %
 Heroin 10g x 10%= 1g (Grenzmenge 3g) = 33,33 %
 Cannabiskraut 50g x 5 % THCA = 2,5 g (Grenzmenge 40g) = 6,25 %
 Cannabiskraut 50g x 1% Delta 9 THC = 0.5 g (Grenzmenge 20g) = 2,5 %
 Amphetamin 10g x 25% = 2,5 g (Grenzmenge 10g) = 25%
 Σ 100,41%

Ergebnis: Die Grenzmenge ist überschritten.

Beispiel: Bei A werden bei einer Hausdurchsuchung 300 Pflanzen gefunden, die nicht abgeerntet sind. Diese haben einen Reinheitsgehalt von 60g THCA und 6g Delta-9-THC. A hatte den erweiterten Vorsatz diese zu verkaufen, mit welchen Strafrahmen muss A rechnen?

Beachte: Cannabis ist erst dann erzeugt, wenn dieses abgeerntet ist. Dies geschieht wenn die Blüte von der Pflanze getrennt wird (14Os94/08t).

Lösung: Die Grenzmenge für THCA beträgt 40 g und ist daher überschritten, es wäre zusätzlich auch die Menge von 6 g Delta-9-THC hinzuzurechnen (wobei dies für den Strafrahmen nicht relevant ist). Der Strafrahmen gem § 28 Abs 1 beträgt bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe.

Beispiel: A ist selber abhängig und reinvestiert 60 Prozent des Umsatzes wieder in den Anbau. Mit welchem Strafrahmen hat A zu rechnen?

Lösung: Hier kommt A überdies die Privilegierung des § 28 Abs 4 zu Gute, der Strafrahmen reduziert sich auf bis zu ein Jahr Freiheitsstrafe.

Gekürzter Sachverhalt wie 15Os43/13g (Autor war am Verfahren beteiligt).

Der abhängige Biobauer A hat eine, die Grenzmenge überschreitende Menge von Cannabispflanzen (577 g Delta 9-THC) für den Eigengebrauch angebaut. Die Polizei findet aufgrund eines anonymen Tipps 300 blühende Pflanzen im Gehöft von A. Die Staatsanwaltschaft klagt A gem § 28 Abs 2 wegen der übersteigenden 15-fachen Grenzmenge an. A wird zu einer bedingten Freiheitsstrafe von sechs Monaten verurteilt. Er erhebt, dem Anraten seines Verfahrenshelfers und Arbeitsrechtsexperten Dr. Fleißig zufolge, kein Rechtsmittel. Am Kirtag trifft er Dr. Listig. Was wird dieser raten?

Lösung: Dr. Listig wird A erklären, dass für eine Verurteilung gem § 28 wegen Anbau der in § 27 Abs 1 Z 2 genannten Pflanzen der erweiterte Vorsatz notwendig ist das Suchtgift in Verkehr zu setzen. Da sich weder aus der gekürzten Urteilsfassung gem § 270 Abs 4 StPO, noch aus dem Akt selbst irgendwelche Anhaltspunkte ergeben, dass A die Pflanzen in Verkehr setzen wollte, wird dieser zur Anregung einer Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes bei der Generalprokuratur gem § 23 StPO raten, welche in weiterer Folge zur Aufhebung des Urteils durch den OGH führen wird.

Beim Umgang mit verschiedenen Suchtgiften sind für die Berechnung der Grenzmenge die jeweiligen Mengen zusammenzurechnen (*Schwaighofer* in WK² SMG § 28 Rz 17, *Patzak/Bohnen*, Betäubungsmittelrecht² 28), der Vorsatz des Täters muss im vornherein auf die kontinuierliche Begehung und den daran geknüpften Additionseffekt gerichtet sein (12OS148/12z).

Suchtgifthandel

§ 28a. (1) Wer vorschriftswidrig Suchtgift in einer die Grenzmenge (§ 28b) übersteigenden Menge erzeugt, einführt, ausführt oder einem anderen anbietet, überlässt oder verschafft, ist mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

(2) Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren ist zu bestrafen, wer die Straftat nach Abs 1

- 1. gewerbsmäßig begeht, und schon einmal wegen einer Straftat nach Abs 1 verurteilt worden ist,*
- 2. als Mitglied einer kriminellen Vereinigung begeht, oder*
- 3. in Bezug auf Suchtgift in einer das Fünfzehnfache der Grenzmenge übersteigenden Menge (großen Menge) begeht.*

(3) Unter den in § 27 Abs 5 genannten Voraussetzungen ist der Täter jedoch im Fall des Abs 1 nur mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, im Fall des Abs 2 nur mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

(4) Mit Freiheitsstrafe von einem bis zu fünfzehn Jahren ist zu bestrafen, wer die Straftat nach Abs 1

- 1. als Mitglied einer kriminellen Vereinigung begeht und schon einmal wegen einer Straftat nach Abs 1 verurteilt worden ist,*
- 2. als Mitglied einer Verbindung einer größeren Zahl von Menschen zur Begehung solcher Straftaten begeht, oder*
- 3. in Bezug auf Suchtgift in einer das Fünfundzwanzigfache der Grenzmenge übersteigenden Menge begeht.*

(5) Mit Freiheitsstrafe von zehn bis zu zwanzig Jahren oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe ist zu bestrafen, wer eine Straftat nach Abs 1 begeht und in einer Verbindung einer größeren Zahl von Menschen zur Begehung solcher Straftaten führend tätig ist.

Zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen siehe die Ausführungen zu § 27.

§28a betrifft besonders schwerwiegende Fälle im Umgang mit Suchtgift. Die Bezeichnung Suchtgifthandel ist für die Rechtsunterworfenen teilweise verwirrend, da die „Erzeugung“ begrifflich schon dann vorliegt, wenn das Cannabis abgeerntet wird. Einen erweiterten Vorsatz wie § 28 „dass es in Verkehr gesetzt werde“ (15Os22/13v) normiert § 28a nicht, dadurch wird der Homegrower plötzlich zum Suchtgifthändler (siehe Reformvorschläge). Die Argumentation, die sich immer wieder in Nichtigkeitsbeschwerden findet, dass man doch lediglich für den Eigengebrauch produziert habe, geht daher ins Leere.

Beispiel: *Die unbescholtenen abhängigen Studenten B aus Bregenz und S aus Salzburg erwerben in Innsbruck vor den Sommerferien für den Eigengebrauch, („um über den Sommer zu kommen“), jeweils 500 Cannabisharz mit zehn Prozent Reinheitsgehalt THCA und einem Prozent Delta 9-THC. B fährt nach Bregenz und das Cannabisharz wird bei einer Kontrolle entdeckt. S fährt über das deutsche Eck mit der Bahn nach Salzburg und das Cannabisharz wird bei der Wiedereinreise auf österreichischem Bundesgebiet entdeckt. Ist die Grenzmenge überschritten. Welche Bestimmungen sind für B und S anzuwenden?*

Lösung: Die Grenzmenge beträgt 40 g für THCA bei zehn Prozent Reinheitsgehalt ist sie in diesem Fall (50g) überschritten. Hinzu kommen noch 5 g Delta 9 THC. B befördert im Inland eine, die Grenzmenge übersteigende Menge gem § 28 Abs 1 3. Fall SMG. B mangelt es aber am erweiterten Vorsatz diese in Verkehr zu setzen, daher ist § 27 Abs 1 3. Fall anzuwenden Gem § 27 Abs 2 verringert sich der Strafraumen auf sechs Monate. Da B unbescholten ist, hat die Staatsanwaltschaft gem § 35 Abs 1 SMG vorzugehen und unter der Bestimmung einer Probezeit von der Verfolgung zurückzutreten.

Das Cannabisharz von S wird ausgeführt und wieder eingeführt. In diesem speziellen Fall der Kombination spricht man von Durchfuhr (aA *Schwaighofer* in WK² SMG § 27 Rz 30). Es ist § 28 a Abs 1 1. Fall anzuwenden. S hat eine, die Grenzmenge überschreitende Menge eingeführt, für die der Strafrahmen gem § 28a Abs 1 bis zu fünf Jahren beträgt; dieser reduziert sich durch seine Abhängigkeit gem § 28a Abs 3 auf drei Jahre. Es wäre auch noch möglich, dass die Staatsanwaltschaft bzw. das Gericht gem § 35 Abs 2 iVm § 37, von der Verfolgung zurücktritt. Hier scheint allerdings die Einbringung eines Strafantrages aufgrund der Menge des Suchtgiftes wahrscheinlicher. Bei einer Verurteilung zu mehr als drei Monaten würde die Vorstrafe auch nicht der beschränkten Auskunft gem § 42 Abs 1 SMG unterliegen und ein Passenzug wäre möglich. Hier zeigt sich auch eine gewisse Diskrepanz im SMG. Einerseits unterliegt selbst die Verurteilung wegen Weitergabe von Suchtmitteln an Minderjährige gem § 27 Abs 4 Z 1 der beschränkten Auskunft nach § 42 SMG, andererseits ist bei jeder Verurteilung nach den §§ 28, 28a bei Überschreitung der Strafe von 3 Monaten diese als Vorstrafe im Leumundszeugnis ersichtlich. Eine Erweiterung des § 42 auf sämtliche Delikte des SMG und NPSG scheint daher geboten.

Ergebnis: Bei eigentlich gleichem Sachverhalt fünffache Strafdrohung.

Psychotrope Stoffe

Für psychotrope Stoffe, das sind im Sinne der Psychotropenkonvention solche, die die Eignung besitzen, einen Zustand der Abhängigkeit und eine Anregung oder Dämpfung des zentralen Nervensystems hervorzurufen, die unter bestimmten Voraussetzungen zu Halluzinationen oder Störungen der motorischen Funktionen, des Denkens, des Verhaltens, der Wahrnehmung oder der Stimmung führen können und die aufgrund ihrer Wirkung missbräuchlich verwendet werden, wurden in den §§ 30-31a eigene Bestimmungen getroffen. Diese Stoffe werden in 4 Anhängen erfasst. In der Praxis sind davon meist Substitutionsmittel erfasst.

In der Praxis handelt es sich bei den §§ 30,31,31a um Randbestimmungen. Es gab 2013 nur insgesamt 741 Anzeigen wegen der §§ 30,31,31a; zum Vergleich nach den § 27,28,28a waren es 27.476 Anzeigen.

Die Tathandlungen entsprechen im Wesentlichen denen der §§ 27, 28, 28a.

§ 39 regelt den Aufschieb des Strafvollzuges im Zusammenhang mit Suchtmitteldelikten und ist in der Praxis für den Verteidiger neben §§27, 28, 28a und 35 die wichtigste Bestimmung des SMG. Jeder Mandant welcher sich wegen einer Suchtmittelstrafsache in Haft befindet, ist zumeist selbst süchtig.

Aufschub des Strafvollzuges

§ 39. (1) *Der Vollzug einer nach diesem Bundesgesetz außer nach § 28a Abs 2, 4 oder 5 oder einer wegen einer Straftat, die mit der Beschaffung von Suchtmitteln in Zusammenhang steht, verhängten Geldstrafe oder drei Jahre nicht übersteigenden Freiheitsstrafe ist nach Anhörung der Staatsanwaltschaft – auch noch nach Übernahme in den Strafvollzug (§ 3 Abs 4 Strafvollzugsgesetz – StVG) – für die Dauer von höchstens zwei Jahren aufzuschieben, wenn*

1. *der Verurteilte an Suchtmittel gewöhnt ist und sich bereit erklärt, sich einer notwendigen und zweckmäßigen, ihm nach den Umständen möglichen und zumutbaren und nicht offenbar aussichtslosen gesundheitsbezogenen Maßnahme, gegebenenfalls einschließlich einer bis zu sechs Monate dauernden stationären Aufnahme, zu unterziehen, und*
2. *im Fall der Verurteilung zu einer 18 Monate übersteigenden Freiheitsstrafe wegen einer Straftat, die mit der Beschaffung von Suchtmitteln in Zusammenhang steht, der Vollzug der Freiheitsstrafe nicht im Hinblick auf die Gefährlichkeit des Täters geboten erscheint, insbesondere weil die Verurteilung wegen Straftaten erfolgt ist, die unter Anwendung erheblicher Gewalt gegen Personen begangen worden sind.*

(2) *Das Gericht kann die Art der gesundheitsbezogenen Maßnahme bestimmen (§ 11 Abs 2 Z 1 bis 5). Liegt bereits eine Stellungnahme einer der in § 35 Abs 3 Z 2 genannten Stellen oder das Ergebnis der Begutachtung durch den Arzt einer Einrichtung oder Vereinigung nach § 15 vor, so hat das Gericht die Stellungnahme oder das Ergebnis der Begutachtung für die Bestimmung der Maßnahme und die Beurteilung der Voraussetzungen und Bedingungen des Abs 1 Z 1 heranzuziehen, es sei denn, dass eine Änderung der dafür erheblichen Umstände anzunehmen wäre.*

(3) *Das Gericht kann den Verurteilten auffordern, Bestätigungen über den Beginn und den Verlauf der gesundheitsbezogenen Maßnahme vorzulegen.*

(4) *Der Aufschub ist zu widerrufen und die Strafe zu vollziehen,*

1. *wenn der Verurteilte sich einer gesundheitsbezogenen Maßnahme, zu der er sich gemäß Abs 1 Z 1 bereit erklärt hat, nicht unterzieht oder es unterlässt, sich ihr weiterhin zu unterziehen, oder*
2. *wenn der Verurteilte wegen einer Straftat nach diesem Bundesgesetz oder wegen einer im Zusammenhang mit seiner Gewöhnung an Suchtmittel begangenen Straftat neuerlich verurteilt wird und der Vollzug der Freiheitsstrafe geboten erscheint, um den Verurteilten von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten.*

§ 39 ermöglicht es dem rechtskräftig verurteilten Mandanten seine Freiheitsstrafe, zum Zwecke der Therapie, für eine Probezeit auszusetzen. Bei Therapieerfolg wird diese nachträglich bedingt nachgesehen. Diese Bestimmung soll einen Anreiz schaffen, dass sich der Verurteilte einer Therapie unterzieht.

Folgende Voraussetzungen müssen vorliegen:

- Die Sucht des Täters muss zumindest mitkausal für die Straftat sein (12OS8/05a)
- Therapiewille und Fähigkeit (hier wird vom Gericht zumeist ein Gutachten eingeholt)
- Therapieplattzusage (in der Praxis im Wiener Raum unproblematisch)
- Keine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mehr als 3 Jahren oder gem § 28a Abs 2,4 oder 5
- Es darf bei einer Beschaffungstat, bei welcher erhebliche Gewalt angewendet wurde, im Sinne des § 84 Abs 3, 142 Abs 2 StGB (Fußtritte gegen empfindliche Körperregionen, Faustschläge ins Gesicht mit anschließenden Würgen, RIS-Justiz RS0094427), nicht zu einer Verurteilung von mehr als 18 Monaten kommen und die Gefährlichkeit des Täters nicht gegen den Aufschub sprechen.

Die Prüfung ist von Amts wegen durchzuführen, in der Praxis hat sich jedoch gezeigt, dass es sinnvoll ist, für die Beschleunigung des Vorgehens, den Antrag dem Gericht „sorgfältig“ vorzubereiten. Verfahrenshelfer fühlen sich hierfür zumeist nicht zuständig, da diese bis zur Rechtskraft des Urteils bestellt sind (siehe Reformvorschläge).

Sonderfälle – Spezialprobleme – bemerkenswerte Judikatur

Nachstehend sollen die Besonderheiten - anhand von Praxisfällen -, die sich im Zuge der Anwendung der SMG Bestimmungen ergeben können, erläutert werden.

Erwerb vom bereits konfiszierten Suchtmitteln, Tauglichkeit des Versuches

13Os59/07m (Anm. das Beispiel basiert auf der Entscheidung 13Os59/07m; zu diesem Zeitpunkt war das neue SMG vom 1.1.2008 noch nicht in Kraft. Die Lösung der Rechtsfrage wurde der neuen Gesetzeslage angepasst).

A verkauft an die Brüder B, C, D rund 230 Kilo reines Kokain. Diese wollten das Kokain in der Steiermark vertreiben. Das Suchtgift soll von Peru über die USA nach Graz transportiert werden. In den USA wird es entdeckt und sichergestellt. Der Frachtcontainer wird wieder versiegelt.

B öffnet den Container in Graz. Er ist gerade dabei, das Suchtgift auszubauen und auf dessen Qualität zu überprüfen, als er verhaftet wird. Seine Brüder C, D und E setzen sich rechtzeitig ins Ausland ab und verunglücken bei der Flucht tödlich. Hat B sich strafbar gemacht? Wenn ja, nach welcher Norm ist dieser Versuch tauglich?

Lösung: B ist gem § 28 Abs 3 SMG Mitglied einer kriminellen Vereinigung, da er ein Teil einer vierköpfigen Tätergruppe ist, welche Suchtgift vertreiben wollte.

B wollte zum Zeitpunkt der Öffnung des Containers das Suchtgift an sich bringen, um es in weiterer Folge gemeinsam mit seinen Brüdern zu vertreiben. Es liegt daher die Vorbereitung von Suchtgifthandel gem § 28 Abs 2 SMG vor, wobei die 15- fache Grenzmenge überschritten wurde.

Zu prüfen ist die Strafbarkeit gem § 28 Abs 3 SMG. Der Strafraum beträgt 1-10 Jahre. Zu prüfen ist nunmehr, ob der Versuch tauglich ist. Da der Container kein Suchtgift enthielt, ist es denkunmöglich gem § 15 Abs 3 StGB, dass dieses in weiterer Folge in Verkehr gesetzt wird. Der Versuch ist daher wegen absoluter Untauglichkeit des Versuches nicht strafbar.

Der Staatsanwalt argumentierte im Prozess, dass zumindest die Mitgliedschaft in der kriminellen Vereinigung strafbar ist.

Die kriminelle Vereinigung gem § 278 StGB nennt die strafbaren Normen in Abs 2 abschließend, darunter befinden sich keine Delikte des SMG. Eine Bestrafung nach § 278 StGB kommt daher nicht in Betracht.

Einwilligung des Verletzten, Verabreichung von Suchtmitteln (13Os102/02)

A, B und L sind aus dem Suchtmittelmilieu. L fordert A und B mehrfach auf, dieser eine morphinhaltige Substanz (gelöste Vendaltablette) per Injektion zu setzen. A setzt die Spritze, B stellt die Tabletten und Injektionsspritzen zur Verfügung. Kurz darauf verstirbt L an einer Überdosis. Im Prozess argumentiert der Verteidiger R, dass es sich um eine fahrlässige Tötung handle und dies eine durchaus übliche Vorgangsweise im Suchtmittelmilieu sei. Weiters führt er an, dass L voll zurechnungsfähig war.

Wie ist die Rechtslage?

Lösung: Die Anklage lautet auf § 83 Abs 1 in Verbindung mit § 86 StGB – vorsätzliche Körperverletzung mit tödlichem Ausgang (Strafraum 1 – 10 Jahre). Der OGH verwarf im vorliegenden Fall die Nichtigkeitsbeschwerde der Verteidigung. Die Argumentation war wie folgt:

Die Einwilligung eines Verletzten gem § 90 StGB ist nicht grenzenlos, sondern unterliegt einem Sittenwidrigkeitskollektiv. Im konkreten Fall gab es die Möglichkeit oder sogar die Wahrscheinlichkeit, dass die Verabreichung der Suchtmittel eine schwere Verletzung oder den Tod zur Folge hat. Dies ist nur zulässig, wenn die Behandlung einem allgemein

anerkannten ethisch wertvollem Zweck dient. Die Verabreichung von Suchtmitteln verstößt schon deswegen gegen die guten Sitten, weil diese im menschlichen Körper nur im Rahmen einer ärztlichen Behandlung unmittelbar zur Anwendung gebracht werden dürfte (§ 8 SMG).

Verkauf von Suchtmittelimitaten Tauglichkeit des Versuches (RIS Justiz RS0087720)

A verkauft an B 2g weißes Waschpulver (vermeintliches Heroin) um € 100. Sowohl A als auch B werden verhaftet. A argumentiert, dass es ja wohl nicht strafbar sein kann, an opiatahängige Waschpulver zu verkaufen. Haben sich A und B strafbar gemacht?

Lösung:

Strafbarkeit A: Da A kein Suchtgift verkauft, ist eine Bestrafung gem § 27 Abs1 8. Fall SMG nicht möglich. Jedoch täuscht A den B in Bereicherungsabsicht und schädigt diesen in seinem Vermögen.

A hat sich daher gem § 146 StGB (Betrug) strafbar gemacht. Die Argumentation von A geht ins Leere, weil es zwischen Kriminellen keinen rechtsfreien Raum gibt.

Zur Strafbarkeit von B:

B versucht Suchtgift zu erwerben. Der Versuch ist grundsätzlich gem § 15 StGB strafbar, allerdings muss die Tauglichkeit des Versuches überprüft werden. Nach der Entscheidung des verstärkten Senats des OGH vom 23.10. 1986 13Os45/86, ist hier von einer absoluten Untauglichkeit des Objektes auszugehen, da es denkunmöglich ist, dass mit Waschmittel ein Suchtgift delikt begangen wird. Denn § 2 SMG normiert, dass Waschmittel kein Suchtgift ist. Dies ist objektiv nach der wahren Sachlage zu beurteilen.

Feststellungsmängel, Inhaltsstoffe Medikamente, Delta 9 THC Gehalt von Cannabisprodukten (15Os150/11i)

In einem Suchtmittelprozess stellt das Gericht im Urteil folgende Fakten fest:

I. vorschriftswidrig Suchtgift in einer die Grenzmenge (§ 28b SMG) um das fünfundzwanzigfache übersteigenden Menge anderen überlassen, indem er von August 2009 bis September 2010 an im Urteil namentlich genannte, sowie unbekannte Abnehmer insgesamt zumindest 8.580 Stück Substitol bzw. Mundidol Kapseln 200 mg, 1.020 Gramm Cannabiskraut und 170 Gramm Cannabisharz gewinnbringend veräußerte;

II. von August 2009 bis September 2010 vorschriftswidrig psychotrope Stoffe, in einer, das Fünfzehnfache der Grenzmenge (§ 31b SMG) übersteigenden Menge anderen überlassen, indem er mindestens 31.500 Stück Somnubene Tabletten 1 mg und 200 Stück Praxiten Tabletten 50 mg an, abgesondert verfolgte Personen, sowie weitere unbekannte Abnehmer gewinnbringend veräußerte.

Wie kann die Verteidigung gegen dieses Urteil vorgehen?

Lösung: Die Verteidigung kann die Nichtigkeit des § 281 Abs 1 Z 9 lit a StPO geltend machen. Diese Handlungen sind nicht strafbar, da laut dem Schuldspruch nicht ersichtlich ist, welcher Wirkstoff nach der Suchtgiftverordnung bzw. nach der Psychotropenverordnung in den Cannabisprodukten, bzw. in den Tabletten enthalten war. Der bloße Hinweis auf die Bruttosuchtgiftmenge oder die Bezeichnung der Medikamente mit Markt- oder Handelsnamen, sowie die Bezifferung der Anzahl, ist nicht ausreichend. Die ständige Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0114428) verlangt, dass festgestellt wird, welche Wirkstoffe der Suchtgiftverordnung oder der Psychotropenverordnung in den Suchtmitteln enthalten sind.

Unzulässige Tatprovokation durch verdeckten Ermittler (13Os73/08x, RIS-Justiz RS0119618)

Der Polizei ist bekannt, dass sich der mittellose, verheiratete Vater F in einer finanziellen Notlage befindet und dieser Kontakte in Deutschland zu Personen hat, die über eine große Menge Heroin verfügen. Ein verdeckter Ermittler der Polizei wirkt auf F über zwei Jahre lang ein den Einkauf von rund 20 kg Heroin in vier Teilakten von Deutschland nach Österreich zu initiieren, wobei F finanzielle Gegenleistungen für das Geschäft bekommen soll. F hätte diese Taten niemals begangen, wäre nicht vorher ein „agent provocateur“ an ihn herangetreten. F wird in erster Instanz verurteilt.

Welche Argumente sind hier abzuwägen?

Lösung: Gem § 5 Abs 3 StPO, ist die staatliche Tatprovokation durch einen „agent provocateur“ unzulässig. Die Polizei hat sich auf eine passiv ermittelnde Rolle zu beschränken (Fabrizy, StPO 10. Auflage § 5 Rz 7, Thienel, Rechtsprechung des EGMR 2011 (2), ÖJZ 2012 597, EGMR *Lalas vs Lithuania*, 01.03.2011 Rz 45, weiterführend *Grabenwarter/Pabel* EMRK⁵ §24 Rz 63), da nur diese dem Grundsatz des fairen Verfahrens gem Artikel 6 EMRK entspricht.

Gerade im Suchtmittelrecht kommt es häufig vor, dass zur Aufklärung eines Verbrechens, und zur Sicherstellung von Gegenständen oder Vermögenswerten, die aus einem Verbrechen hervorgehen, Scheingeschäfte gem § 132 StPO durchgeführt werden. Bei einem Scheingeschäft soll allerdings kein Kauf - beziehungsweise Verkaufsentschluss erweckt werden, der bisher nicht vorhanden war (Seiler, Strafprozessrecht¹², Rz 490). Es soll vielmehr bei einem, zur Tat bereits entschlossenen, der Eindruck erweckt werden, dass es sich bei dem Scheinkäufer um einen Kaufinteressenten handelt.

Eine, über bloß passive Ermittlungstätigkeit hinausgehende Einflussnahme, im Sinne einer Anstiftung, ist jedenfalls unzulässig (ÖJZ 2000/118).

In der Praxis ist es jedoch fraglich, ob sich ein bloß passives Verhalten als zielführend erweist (Seiler, Strafprozessrecht¹², Rz 490). Die Durchführung von Scheingeschäften, die nur der Sicherstellung von Suchtmitteln und Falschgeld dienen, obliegt der Kriminalpolizei (§ 133 Abs 1 StPO). Eine Zustimmung der Staatsanwaltschaft, außer bei Gefahr in Verzug, ist nur bei sonstigen Scheingeschäften notwendig.

Eine dem Staat zurechenbare, unzulässige Tatprovokation stellt einen Verstoß gem Art 6 EMRK dar und ist nach der Rechtsprechung des OGH im Urteil festzustellen, sowie im Hinblick auf Art 34 EMRK, durch eine ausdrückliche und messbare Strafmilderung auszugleichen (RIS-Justiz RS0116456). Bemerkenswert ist aber bei diesem Urteil, dass die Strafe am Oberlandesgericht Linz noch aufgehoben wurde.

Ergebnis: Die Judikatur des OGH/BGH vertritt den Standpunkt, dass der zur Straftat provozierten Person nicht Straffreiheit zukommt, sondern nur eine Strafmilderung (Ratz, ÖJZ 2013, 794).

Neue-Psychoaktive-Substanzen-Gesetz(NPSG)

§ 4. (1) Wer mit dem Vorsatz, daraus einen Vorteil zu ziehen, eine mit Verordnung gemäß § 3 bezeichnete, oder von einer gemäß § 3 definierten chemischen Substanzklasse umfasste, Neue Psychoaktive Substanz mit Vorsatz erzeugt, einführt, ausführt oder einem anderen überlässt oder verschafft, dass sie von dem anderen, oder einem Dritten zur Erreichung einer psychoaktiven Wirkung im menschlichen Körper angewendet wird, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

§ 4. (2) Hat die Straftat den Tod eines Menschen oder schwere Körperverletzungen (§ 84 Abs 1 StGB) einer größeren Zahl von Menschen zur Folge, so ist der Täter mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.

Eine Strafbarkeit nach dem SMG ist nur gegeben, wenn es sich um ein Suchtgift bzw. um einen psychotropen Stoff gem § 2 handelt. Dies ergibt sich aus dem Bestimmtheitsgebot und dem Grundsatz gem § 1 StGB „*nulla poena sine lege*“ (keine Strafe ohne Gesetz). Die Hersteller der NPS modifizierten die Substanzen immer wieder und boten diese als legale Alternative an. Zwar war hier eine Strafbarkeit gem § 84 Arzneimittelgesetz gegeben, doch handelte es sich hierbei nur um eine reine Verwaltungsstrafe mit einer Höchststrafe von € 25.000, im Wiederholungsfall von € 50.000. Diese Strafen waren bei den hohen Gewinnspannen in dieser Branche für die Händler nicht abschreckend. Die Gesetzgebung hinkte immer hinterher die neuen Stoffe in die SV oder PV mitaufzunehmen.

Im Unterschied zu Deutschland entschied sich der österreichische Gesetzgeber dazu ein Gesetz zu erlassen, in dem nicht einzelne Substanzen, sondern ganze chemische Verbindungsklassen erfasst sind.

Das Gesundheitsministerium hat sogleich mit der Rechtskraft des NPSG gem § 3 vom 01.01.2012 die Neue-Psychoaktive-Substanzen-Verordnung NPSV erlassen, welche die gängigsten Stoffe enthält.

Die Bestimmungen des § 4 legcit sind zum Teil den §§ 28a Abs 1 und § 31 Abs 1 nachgebildet, wobei die Qualifikation sich an den gemeingefährlichen Delikten (§ 169 bis 177 StGB) orientiert (RV zu BGBl 146/2011 Seite 12).

Bei dem SMG handelt es sich um ein fein ziseliertes Gesetzeswerk welches unterscheidet wer - wie viel - an wen – warum weitergibt.

Das NPSG hingegen stellt verkürzt nur die Frage: Wer hat wie viel Schaden erlitten?

Die wesentlichen Unterschiede sind:

- Besitz/Eigenkonsum der Substanz ist nicht strafbar
- Es gibt keine Grenzmengen wie im SMG
- Der Vorsatz muss sich darauf richten, dass der Dritte die Substanz konsumiert

Beispiel: A bestellt aus dem Internet von der Plattform „legal highs“ bei einer Sonderaktion 10 Packungen „Penzo fury“ zum Eigenkonsum um € 60. Hat sich A strafbar gemacht?

Lösung: A bestellte die Substanzen für sich selbst. Eine Strafbarkeit ist nicht gegeben.

Beispiel: A, B und C machen eine Sammelbestellung, wobei jeder 30 Stk. bestellt, sohin der Marktpreis sich von € 6 auf € 5 herabsetzt. A kassiert den Einkaufspreis von B und C und gibt „Penzo Fury“ nach Einlangen an B und C weiter.

Haben sich A, B oder C strafbar gemacht?

Lösung: A überlässt zwar anderen nunmehr psychoaktive Substanzen und hat auch den Vorsatz, dass diese die Substanzen konsumieren. Doch das Überlassung von NPS zum Einkaufspreis entspricht einem Handeln zum persönlichen Gebrauch eines anderen (siehe hierzu 12 OS 99/09i). A erzielt daraus keinen Vorteil und ist daher straflos.

Beispiel: Auf Grund seiner regen Bestelltätigkeit werden A von D, dem Betreiber des Internetforums, nunmehr 1.000 Tabletten des neuen Superproduktes Matrix 4.0 zu einem Einkaufspreis von € 5 angeboten. Durch einen vertraulichen Tipp kommt es zu einer Hausdurchsuchung, bei der Inspektor E nunmehr rund 750 Tabletten findet. Inspektor E ist davon überzeugt, dass es sich um eine Überschreitung der Grenzmenge handelt und es egal ist, ob A die Substanzen nur für sich selbst oder auch für andere besessen hat.

Wie ist die Rechtslage?

Lösung: Grenzmengen, wie im SMG sind dem NPSG unbekannt; das NPSG stellt einzig und allein darauf ab, ob an Dritte NPS mit Bereicherungsvorsatz weitergegeben werden bzw welchen Schaden Dritte durch die NPS – durch deren Konsum - erlitten haben.

Anregungen für die große Reformkommission StGB

Um eine Verbesserung der rechtlichen Vertretung der Beschuldigten, beziehungsweise Angeklagten zu gewährleisten, ist die Schaffung einer professionellen Verfahrenshilfe durch Fachanwälte, deren Leistungen auch evaluiert werden, anzudenken. Das fachkundliche Niveau der Verfahrenshelfer, insbesondere im SMG-Bereich, ist leider bedenklich. Falls dies nicht möglich ist, sollten zumindest, primär im Strafrecht, versierte Kollegen als Verfahrenshelfer bestellt werden. Eine Erhöhung der Grenzmenge für Delta 9 Tetrahydrocannabinol (Cannabis) in der Suchtgiftverordnung von 20 g auf 40 g erscheint, im Hinblick auf die Grenzmengen für Kokain, die bei 15 g und Ecstasy, die bei 30 g liegen, sinnvoll, insbesondere da THCA ohnehin bereits eine Grenzmenge von 40 g aufweist. Um eine weitere unnötige Kriminalisierung des nicht handelnden Homegrowers zu vermeiden bzw einzuschränken, wäre es sinnvoll, analog wie im § 28 dem Passus des § 28a: *„Wer vorschriftswidrig Suchtgift in einer die Grenzmenge (§ 28b) übersteigenden Menge erzeugt, einführt, ausführt“* um die Formulierung *„um dieses in Verkehr zu setzen“* zu ergänzen. Dadurch würde der Einzelanbauer nicht mehr nach § 28a verurteilt werden und § 28a seinem Gesetzeswortlaut entsprechen, da dieser auch "Suchtgifthandel" und nicht "Suchtgifterzeugung" lautet.

Wünschenswert wäre eine Evaluierung der Drogenpolitik auf rechtlicher, medizinischer und sozialer Ebene durch eine internationale Expertenkommission. Reformieren bedeutet, sich mit der Sache auseinanderzusetzen und nicht nur Strafraumen zu erhöhen. Im gesamten SMG und NPSG sollte ebenfalls die beschränkte Auskunft bei einer Strafe von bis zu 6 Monaten wie in § 42 Abs 1 eingeführt werden sowie die Bestimmungen der §§ 11, 35, 37, 39 auf das NPSG anwendbar sein.