



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberstaatsanwaltschaft
Linz

An das
Präsidium des Nationalrates
Parlament
Dr. Karl Renner-Ring 3
1010 W I E N

Linz, am 12.10.2007
Gruberstraße 20
A 4020 Linz
Briefanschrift:
A-4010 Linz, Postfach 274
Sachbearbeiter:
EOStA Dr. Hintersteiningner
Telefon: 05/7601 21
Klappe (DW) 11601
Telefax: 05/7601 21-11608

Jv 2709-2/07

Betrifft: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Suchtmittelgesetz (SMG), Strafgesetzbuch, die Strafprozessordnung 1975, das Jugendgerichtsgesetz (JGG) und das Gesundheits- und Ernährungssicherheitsgesetz geändert werden (SMG-Novelle 2007)

Im Sinne des Erlasses des BMJ vom 11.9.2007 werden in der Anlage die Stellungnahmen der Staatsanwaltschaften Linz und Wels sowie jene der Oberstaatsanwaltschaft Linz übersendet.

Zudem erfolgte eine elektronische Übermittlung.

Die Leiterin der Oberstaatsanwaltschaft:

Dr. Ulrike Althuber eh.

3 Beilagen



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberstaatsanwaltschaft
Linz

Linz, am 12.10.2007
Gruberstraße 20
A 4020 Linz
Briefanschrift:
A-4010 Linz, Postfach274
Sachbearbeiter:
EOStA Dr. Hintersteiner
Telefon: 05/7601 21
Klappe (DW) 11601
Telefax: 05/7601 21 - 11608

Jv 2709 – 2/07

Betrifft: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Suchtmittelgesetz (SMG), das Strafgesetzbuch, die Strafprozessordnung 1975, das Jugendgerichtsgesetz 1988 und das Gesundheits- und Ernährungssicherheitsgesetz geändert werden (SMG-Novelle 2007)

Zum erwähnten Gesetzesvorhaben wird folgende

STELLUNGNAHME

erstattet:

1.) § 27 SMG

Schwierigkeiten werden sich im Zusammenhang mit der Tatvariante des „Beförderns von Suchtgiften“ nach Abs 2 Z 1 ergeben, zumal ein Großteil der Konsumenten nach Abs 1 dieses auch, zumindest eine kleinere Wegstrecke, befördern wird. Die derzeitige Textierung würde zu einer Privilegierung jener Täter führen, die das Suchtgift sofort konsumieren gegenüber jenen, die es nach Hause bringen („befördern“), um es dort zu konsumieren.

Zu begrüßen ist die Beibehaltung der Gewerbsmäßigsqualifikation nach § 27 Abs 3 SMG. Einer in den erläuternden Bemerkungen angesprochenen hinkünftigen Neufassung des § 70 StGB wird nicht entgegengetreten.

Auch die nunmehr in Aussicht genommene gesetzliche Regelung des Suchtgifthaushaus ist erfreulich.

2.) § 28 SMG

Die Neuformulierung des § 28 Abs 1 SMG stellt gegenüber der bisherigen Rechtslage eine massive Besserstellung jener Täter dar, die die Grenzmenge (§ 28 b), nicht jedoch das 15-fache derselben, überschreiten. Diese neue Grenze, wird zu Verfahrensverzögerungen bis zur Anklageerhebung führen, weil es entsprechender Gutachten bedarf, ob diese die Zuständigkeit verändernde neue Grenzmarke überschritten ist. Da es sich bei der 15-fachen Grenzmenge doch um sehr hohe Mengen handelt, wäre es überlegenswert diese weiter unten anzusiedeln, etwa beim 5-fachen oder maximal 10-fachen der großen Menge.

Erfreulich ist der Entfall des unbestimmten Artikels „ein“ im § 28, sodass die diffizile Rechtsprechung des OGH endlich ein Ende findet.

3.) § 28 a SMG

Im Absatz 2 wäre Gewerbsmäßigkeit aufzunehmen, und zwar unabhängig von der in Hinkunft zu erwartenden Lösungsvariante für § 70 StGB. Dem wäre auch der Vorzug zu geben gegenüber der neu geschaffenen Zwischenstufe der 15-fachen Grenzmenge. Hiefür spricht auch, dass es zwar beim Grunddelikt weiterhin eine gewerbsmäßige Begehungsweise gibt, nicht jedoch beim Suchtgifthandel. Würde man etwa eine Textierung für § 70 wählen, wie sie in den erläuternden Bemerkungen angesprochen ist, würden letztlich auch die immer wieder angesprochenen Schwächen des bisherigen Gewerbsmäßigsbegriffs beseitigt.

4.) § 30 SMG

Bei der Tathandlung des „Beförderns“ gilt das zu § 27 SMG gesagte.

5.) § 35 SMG

Die Ausweitung der obligatorischen Anzeigenzurücklegung nach § 35 Abs 1 SMG auch auf Fälle der uneigennützigen Überlassung an Minderjährige und auf Mitglieder einer kriminellen Vereinigung geht zu weit.

Weiters ermöglicht § 35 Abs 2 SMG durch die Zurückdrängung der Schöffengerichtsbarkeit einen weiten Anwendungsbereich und zwar bis in den Bereich der mittleren Kriminalität. Daher sollte Abs 2 eine Anzeigezurücklegung nicht obligatorisch sondern bloß fakultativ vorsehen, um dem einzelnen Fall gerecht zu werden.

5.) § 39 SMG

Zuzustimmen ist der Möglichkeit eines Strafaufschubs auch nach Übernahme des Verurteilten in den Strafvollzug. Der obligatorische Strafaufschub bei Verhängung von Freiheitsstrafen bis zu 3 Jahren im Falle von Beschaffungskriminalität geht zu weit. Auch in diesem Fall sollte es sich lediglich um eine fakultative Möglichkeit handeln.

6.) Änderung der Strafprozessordnung

Die geplante Abschaffung der Sonderzuständigkeit des Schöffengerichts durch Streichung des § 13 Abs 2 Z 7 bzw. 31 Abs 3 Z 7 StPO ist durchaus vertretbar. Allerdings wird zu berücksichtigen sein, dass dies zu einer merkbaren Mehrbelastung der Oberlandesgerichte und der Oberstaatsanwaltschaften führen wird, wobei insbesondere auf die sich dadurch ergebenden weiteren Rechtsmittelmöglichkeiten in Form der Schuldberufung hingewiesen wird.

Die Leiterin der Oberstaatsanwaltschaft:

Dr. Ulrike Althuber eh.

Zu Jv 2709 - 2/07Jv 766 - 2/07

Betrifft: Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Suchtmittelgesetz (SMG), das Strafgesetzbuch, die Strafprozessordnung 1975, das Jugendgerichtsgesetz (JGG) und das Gesundheits- und Ernährungssicherheitsgesetz geändert werden (SMG-Novelle 2007)

Zu obzitiertem Entwurf wird wie folgt Stellung genommen:

1) Im Hinblick auf die terminologische Anpassung der bislang als „Vorläuferstoffe“ bezeichneten Substanzen im Einklang mit dem EU-Recht als „Drogenausgangsstoffe“ bedarf es dieser Anpassung auch in den im „3. Hauptstück - Verkehr und Gebarung mit Drogenausgangsstoffen“ vom Entwurf nicht umfassten §§ 19 und 20 SMG.

2) Begrüßenswert ist die im § 26 SMG angesprochene Modernisierung des Suchtmittel-Datenverkehrs in Richtung E-Government, wonach die Bundesministerin für Gesundheit, Familie und Jugend ermächtigt wird, mit Verordnung anzuordnen, dass die Erteilung von Auskünften aus dem zentralen Suchtmittelregister unter anderem an die Staatsanwaltschaften durch Gewährung eines direkten Online-Zugriffs erfolgt. Betreffend diese noch zu erlassende Verordnung wird bereits jetzt darauf hingewiesen, dass die Zahl der für derartige Online-Abfragen berechtigten Staatsanwälte nicht zu gering bemessen werden sollte, um nicht dieser

Verfahrensvereinfachung durch Abwesenheit (Urlaub, Seminar, Krankenstand, etc) des Abfrageberechtigten verlustig zu gehen.

3) Zu § 27 SMG

Während der derzeit geltende § 27 Abs 2 Z 2 für denjenigen, der die im Abs 1 bezeichnete Tat gewerbsmäßig oder als Mitglied einer kriminellen Vereinigung begeht, eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren vorsieht, ist nunmehr - argumentativ nicht überzeugend - vorgesehen, die gewerbsmäßige Tatbegehung zu „entkriminalisieren“, indem **Abs 3** des Entwurfes für die gewerbsmäßige Begehung der im Abs 2 Z 1 aufgelistete Tat nur mehr eine Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren vorsieht, während Abs 4 Z 1 für denjenigen, der eine nach Abs 2 strafbare Tat als Mitglied einer kriminellen Vereinigung begeht, den bisherigen Strafrahmen beibehält.

Warum nunmehr für die Qualifikation der Gewerbsmäßigkeit eine weitere Abstufung zwischen dem Grunddelikt und den Qualifikationen iSd Abs 4 vorgenommen werden soll, lässt sich den Ausführungen in den Erläuterungen zum gegenständlichen Gesetzesentwurf nicht entnehmen. Diese Abstufung lässt außer Betracht, dass - zumal es sich bei der Gewerbsmäßigkeit um ein besonderes persönliches Schuldmerkmal handelt - eine Reduzierung des möglichen Strafrahmens in Ansehung eines gewinnorientiert handelnden Suchtgiftverkäufers, der durch sein Agieren ein im Hinblick auf die Gesundheit seiner Abnehmer gemeingefährliches Verhalten (siehe *Hinterhofer* in *Hinterhofer/Rosbaud SMG* vor §§ 27-32 Rz 11) setzt, dem von ihm begangenen Unrecht nicht ausreichend gerecht wird. Berücksichtigend die permanente Zunahme von Anzeigen wegen „Suchtgifthandels“ stellt die vorgeschlagene Strafrahmenreduktion für gewerbsmäßig handelnde Täter ein falsches Signal notwendiger staatlicher Reaktion dar, um dem primären Ziel strafrechtlich gebotener Maßnahmen, nämlich präventive Wirkungen zum Zweck der Angebots- und Nachfragereduktion zu erzielen, gerecht zu werden.

Es ist daher - entgegen dem vorliegenden Entwurf - die Beibehaltung des derzeit geltenden Strafrahmens (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren) für die gewerbsmäßige Begehung der im Abs 2 aufgelisteten Straftaten zu fordern.

Im **Abs 4 Z 1** ist beabsichtigt, die Qualifikation insofern zu ändern, als der Altersunterschied zwischen dem volljährigen Täter und dem minderjährigen Suchtgiftkonsumenten nunmehr mehr als drei Jahre betragen

muss. Den Ausführungen in den Erläuterungen ist zu entnehmen, dass diese Änderung - in Anlehnung an § 206 Abs 4 StGB - deshalb sachgerecht erscheine, da einerseits für die Qualifikation nach Z 1 im vorgeschlagenen Abs 5 keine Privilegierung wie für die Begehung im Rahmen einer kriminellen Vereinigung (Z 2) und die Gewerbsmäßigkeit in Abs 3 vorgesehen ist und andererseits mögliche Grenzfälle (zB der Täter ist erst seit kurzer Zeit volljährig; das „Opfer“ ist gerade noch minderjährig) eher ausgeklammert werden können.

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Zum einen ist schon nach der derzeit geltenden Bestimmung des § 27 Abs 2 Z 1 eine Privilegierung iSd § 27 Abs 2 Z 2 2.Halbsatz nur für die Gewerbsmäßigkeit sowie die Begehung im Rahmen einer kriminellen Vereinigung nicht aber für die in Rede stehende Qualifikation vorgesehen, weshalb dieser Umstand nicht für die beabsichtigte Änderung ins Treffen geführt werden kann. Zum anderen vermag der angeführte Hinweis auf mögliche Grenzfälle nicht zu überzeugen, da - wie im Beispiel genannt, dann, wenn der Täter erst seit kurzer Zeit volljährig ist, beim vom Gesetz verlangten Altersunterschied von mehr als zwei Jahren das „Opfer“ nicht gerade noch minderjährig sein kann. Zudem darf nicht übersehen werden, dass die genannte Anlehnung an die „Alterstoleranzklausel“ des § 206 Abs 4 StGB kein Argument für die beabsichtigte Änderung dieser Qualifikation darstellt, da der in § 206 Abs 4 StGB geregelte persönliche Strafausschließungsgrund auf der Überlegung fußt, dass geschlechtliche Kontakte zwischen annähernd gleich alten jungen Menschen oft die Grenze der Strafwürdigkeit nicht übersteigen. Dies kann für die gegenständliche Qualifikation nicht ins Treffen geführt werden, da durch die inkriminierte Tat nicht nur der Volljährige eine Straftat setzt, sondern auch dessen minderjähriges „Opfer“ im Hinblick auf § 27 Abs 1 SMG strafbar handelt.

Es ist daher - entgegen dem vorliegenden Entwurf - die Beibehaltung des derzeit geltenden Altersunterschieds von mehr als zwei Jahren zu fordern.

4) Zu § 28 SMG

Die Einführung einer zwischen der Grenzmenge iSd Suchtgift-Grenzmengenverordnung (SGV) und dem Fünfundzwanzigfachen dieser Menge gelegenen Zwischenstufe in Form der fünfzehnfachen Grenzmenge (nunmehr als „große Menge“ bezeichnet) als Tatbestandsvoraussetzung für Abs 1 und 2 als „Nachfolgebestimmung“ des derzeit geltenden § 28

Abs 1 SMG - teils erweitert um den entsprechend den Vorgaben des Rahmenbeschlusses 2004/757/JI neu normierten Qualifikationstatbestands laut Abs 2 des Entwurfes - ist abzulehnen.

Da in beinahe keinem Fall eine die fünfzehnfache Grenzmenge übersteigende, aber noch unter dem Fünfundzwanzigfachen dieser Menge liegende Menge Suchtgift in Strafverfahren eine Rolle spielt, stellt dies im Ergebnis zur bisher geltenden Rechtslage eine enorme „Entkriminalisierung“ in Ansehung von Suchtgift in Bezug auf eine mehrfache (bisher als große Menge bezeichnet) Grenzmenge dar, da dann derartige Verhaltensweisen nunmehr in den Anwendungsbereich des Grunddeliktes (§ 27 Abs 2 Z 2), für das eine Strafdrohung von einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen angedroht ist, fiel. Es darf nicht übersehen werden, dass der Rahmenbeschluss die Umschreibung, was unter dem Begriff „große Menge“ zu verstehen ist, nicht vorgibt, sondern den Mitgliedstaaten überlässt. Es wird zwar nicht übersehen, dass nunmehr für die Nachfolgebestimmung des derzeit geltenden § 28 Abs 1 SMG im Sinne der vom Rahmenbeschluss vorgegebenen Mindesthöchststrafendrohungen die Strafdrohung von einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren auf eine solche von bis zu fünf Jahren angehoben wird, was aber nicht zu der kriminalpolitisch abzulehnenden Einführung dieser neuen „großen Menge“ führen darf. Der vorgeschlagene § 28 Abs 1 und 2 ist vor allem deshalb abzulehnen, da dann in einem beträchtlichen Umfang gravierende Suchtgiftstraftaten in Bezug auf eine mehrfache, die fünfzehnfache Grenzmenge gerade noch nicht übersteigende Suchtgiftmenge nicht entsprechend sanktioniert werden können, was ein völlig falsches Signal für die Bevölkerung einerseits, aber auch für - teils professionell agierende - Suchtgiftstraftäter andererseits darstellt.

Wenn schon die grundsätzlich befürwortete Beibehaltung der bisherigen Bestimmung des § 28 Abs 1, was iSd neuen Konzeption das Übersteigen der Grenzmenge als Tatbestandsvoraussetzung verlangen würde, im Hinblick auf den geänderten (höheren) Strafrahen als unangemessen erscheint, könnte ein Ausweg darin gefunden werden, dass - ohne Einführung einer neuen „großen Menge“ - entweder eine mehrfache, somit zumindest zweifache oder aber eine fünffache Grenzmenge als Tatbestandsvoraussetzung des neuformulierten § 28 Abs 1 und 2 textiert werden.

5) Zu § 28a SMG

Dass nunmehr im **Abs 2** entgegen der derzeit geltenden Bestimmung des § 28 Abs 3 SMG die Gewerbsmäßigkeit durch die neugeschaffene Zwischenstufe der fünfzehnfachen Grenzmenge (nunmehr als „große Menge“ bezeichnet) ersetzt werden soll, ist aus mehrfachen Gründen abzulehnen.

Zum einen kann nicht überzeugend dargelegt werden, dass zwar das Grunddelikt gewerbsmäßig begangen werden kann, nicht aber die Tathandlungen iSd Abs 1, die denen des § 27 Abs 2 Z 1 in Bezug auf eine die Grenzmenge übersteigende Suchtgiftmenge entsprechen. Dies umso weniger als sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur ein gewerbsmäßig handelnder Täter als besonderes Gefahrenmoment für die Gesellschaft dargestellt wird, den eine besonders gefährliche innere Einstellung und damit ein hohes Maß an Charakterschuld, sohin eine Neigung zu chronischer Kriminalität charakterisiert (vgl. *Leukauf/Steininger*³, § 70 RN 1). Eingedenk des primären Zieles strafrechtlicher Maßnahmen im Bereich der Drogenkriminalität, wo vor allem der illegale Drogenhandel eine Bedrohung für die Gesundheit, Sicherheit und Lebensqualität der Bürger darstellt, präventive Wirkungen zum Zweck der Angebots- und Nachfragereduktion zu erzielen, ist es geradezu notwendig, dem Handel mit großen Drogenmengen durch sicherheits- und kriminalpolizeiliche Bekämpfungsmaßnahmen sowie angemessene Strafdrohungen entgegenzutreten. Dieser Intention widerspricht aber der Wegfall der Qualifikation der Gewerbsmäßigkeit in Ansehung der im § 28a Abs 1 genannten Tathandlungen. Die vom OGH entwickelte diffizile Judikatur, die die Tatbegehung in Bezug auf ein Mehrfaches der Grenzmenge als mehrmalige Begehung des In-Verkehr-Setzens einer großen Menge versteht (stRsp seit 13 Os 10/03), die im Schrifttum zu lebhaften Debatten geführt hat, wird durch den zu befürwortenden Vorschlag, den unbestimmten Artikel „ein“ vor den Begriffen Suchtgift bzw Suchtmittel generell entfallen zu lassen, um allfällige Auslegungsprobleme (unbestimmter Artikel versus Zahlwort) in Hinkunft zu vermeiden, obsolet, weshalb diese Judikatur nicht als Begründung für den Entfall der Gewerbsmäßigkeit herangezogen werden kann.

Zum anderen ist festzuhalten, dass - wie bereits zu § 28 dargelegt - in beinahe keinem Fall eine die fünfzehnfache Grenzmenge übersteigende, aber noch unter dem Fünfundzwanzigfachen dieser Menge liegende Menge Suchtgift in Strafverfahren, in denen es um Drogenhandel in

einer mehrfachen Grenzmenge geht, eine Rolle spielt, weshalb die vorgeschlagene Fassung des § 28a Abs 2 im Ergebnis zur bisher geltenden Rechtslage eine inakzeptable „Entkriminalisierung“ in Ansehung von Suchtgift in Bezug auf eine mehrfache (bisher als große Menge bezeichnet) Grenzmenge darstellt. Gerade im grenzüberschreitenden Drogenhandel, insb unter Einsatz von „Bodypackern“, die nach derzeitig geltender Rechtslage bei entsprechender Entlohnung wegen § 28 Abs 2 2. und 3.Fall, Abs 3 1.Fall SMG verfolgt werden, stellt die vorgeschlagene Fassung des § 28a Abs 2 eine kriminalpolitisch unverantwortliche Reaktion auf dieses strafbare Verhalten dar, da in solchen Fällen so gut wie nie eine die fünfzehnfache Grenzmenge übersteigende Menge Suchtgift geschmuggelt wird, sodass durch die damit verbundene „Entkriminalisierung“ die Ziele des SMG - wie zu 2.1 der Erläuterungen - geradezu konterkariert werden. Ebenso ist nicht argumentierbar, warum Drogenhändler, die nur des Gewinnes wegen, ohne selbst Drogen zu konsumieren, eine mehrfache, jedoch (gerade) nicht die fünfzehnfache Grenzmenge übersteigende Menge Suchtgift in Verkehr setzen, nur mehr wegen (des Grundtatbestands) nach § 28a Abs 1 bestraft werden sollen.

Es ist somit die Beibehaltung der bisherigen Bestimmung des § 28 Abs 3, die die gewerbsmäßige Begehung der Taten (nunmehr) nach § 28a Abs 1 umfasst, zu fordern.

Im **Abs 4 Z1** soll nun für das Eintreten der Qualifikation eine bereits vorliegende Verurteilung nach Abs 2 und nicht mehr nur wie bisher nach Abs 1 der vorgeschlagenen Fassung erfolgen, also eine Verurteilung wegen Tathandlungen iSd § 27 Abs 2 Z 1 bezogen auf eine die Grenzmenge übersteigende Menge. Auch diese „Besserstellung“ gegenüber der bisher geltenden Rechtslage, für die sich den Erläuterungen zum Gesetzesentwurf keine Argumente finden lassen, widerspricht eindeutig den kriminalpolitischen Zielen des SMG, aber auch den Intentionen des Rahmenbeschlusses 2004/757/JI, aus dem sich ergibt, dass Straftaten nach dem SMG durch eine kriminelle Vereinigung entsprechend sanktioniert werden sollen. Die vorgeschlagene Fassung stellt aber eine nicht nachvollziehbare Entkriminalisierung von bereits wegen Suchtgiftstraftaten in Bezug auf die Grenzmenge übersteigende Mengen verurteilte Täter dar, weshalb die Beibehaltung der bisherigen Bestimmung, wonach eine bereits vorliegende Verurteilung wegen einer Tathandlung nach Abs 1 vorausgesetzt sein soll, wünschenswert wäre.

6) Zu § 31

Da diese Bestimmung analog jener des § 28 in der vorgeschlagenen Fassung formuliert ist, wird auf die zu § 28 getätigten Ausführungen verwiesen.

7) Zu § 31a

Abs 1 entspricht § 28a Abs 1 in der vorgeschlagenen Fassung und im Wesentlichen der derzeit geltenden Bestimmung des § 31 Abs 2, jedoch mit der Einschränkung, dass die Strafdrohung von derzeit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe auf eine solche von bis zu drei Jahren reduziert werden soll. Dies wird mangels entsprechender Vorgaben des Rahmenbeschlusses 2004/757/JI damit gerechtfertigt werden könne, dass psychotrope Stoffe einerseits gegenüber Suchtgiften ein geringeres Gefährdungspotential aufweisen und andererseits der Sprung von der Grundstrafdrohung (Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahre) zu groß erscheint.

In den Erläuterungen zur RV 1996 betreffend § 31 Abs 2 SMG wurde dargelegt, dass weitere Qualifikationsstufen, die für Suchtgifte - der geltenden Rechtslage entsprechend - geschaffen wurden, im Hinblick auf das geringere Gefährdungspotential der neu „kriminalisierten“ psychotropen Stoffe nicht sachgerecht erschienen. Der ohnedies weite Strafraum des § 31 Abs 2 eröffnet einen hinreichenden Spielraum für die Berücksichtigung gewinnsüchtiger oder auch organisierter Tatbegehung im Rahmen der Strafzumessung. An dieser damaligen Einschätzung hat sich nichts geändert, weshalb eine Reduktion des bisherigen Strafraums abzulehnen ist, zumal schon bisher die Grundstrafdrohung eine Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren vorsieht.

Damit erübrigt sich aber auch der vorgeschlagene **Abs 2** mit dem neuen Qualifikationstatbestand, der sich auf das fünfzehnfache der Grenzmenge bezieht, wobei auf die bisherigen Ausführungen zu dieser neuen „großen Menge“ zu den §§ 28 und 28a verwiesen wird. Dies umso mehr als im Einführungserlass des BMJ vom 12.12.1997, JMZ 703028/5/II2/97 festgehalten ist, dass der einheitliche Strafraum (Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren) nach § 31 Abs 2 SMG bei psychotropen Stoffen an die Stelle der Tathandlungen und Qualifikationen des § 28 Abs 2 bis 5 SMG tritt, woran sich auch jetzt - mit Ausnahme jenes Bereiches, in dem die Vorgaben des Rahmenbeschlusses 2004/757/JI umzusetzen sind - nichts ändert.

Im **Abs 3** wird nach den Vorgaben des Rahmenbeschlusses ein Qualifikationstatbestand für die Tatbegehung als Mitglied einer kriminellen Vereinigung analog dem § 28a Abs 4 Z 1 in der vorgeschlagenen Fassung formuliert. Dazu wird auf die zu § 28a Abs 4 Z 1 getätigten Ausführungen verwiesen, wonach eine bereits vorliegende Verurteilung wegen einer Tathandlung (nur) nach Abs 1 vorausgesetzt sein soll, wünschenswert wäre.

8) Zu § 35

Ein Vorgehen gemäß § 35 **Abs 2** in der geltenden Fassung ist - vergleichbar der nunmehr vorgeschlagenen Abs 2 Z 2 und 3 - möglich, wenn die Schuld (des Täters) nicht schwer und die Zurücklegung (nunmehr der Rücktritt) nicht weniger als eine Verurteilung geeignet erscheint, den Angezeigten (nunmehr Beschuldigten) von solchen strafbaren Handlungen abzuhalten. Da der Wortlaut des § 35 Abs 1 in der geltenden Fassung eine wiederholte Anzeigenzurücklegung nicht ausschloss, regelte der Gesetzgeber im letzten Satz des Abs 2 die Reaktion auf erneute Delinquenz innerhalb der Probezeit. Danach kann eine (neue) Anzeige wegen Erwerb und Besitz einer geringen Suchtmittelmenge zum Eigengebrauch nur unter den (zusätzlichen) Voraussetzungen des Abs 2 - wie eingangs dargelegt - zurückgelegt werden. Da auch die neugefasste Bestimmung des § 35 im Abs 1 der bisherigen vergleichbar ist, erscheint es notwendig, im Abs 2 eine dem im letzten Satz des derzeit geltenden Abs 2 vergleichbare Bestimmung aufzunehmen, um Wiederholungstäter iSd Abs 1 entsprechend der bisherigen Gesetzeslage verfolgen zu können. Den Erläuterungen zum vorliegenden Gesetzesentwurf ist nicht zu entnehmen, dass bei wiederholter Delinquenz des Täters innerhalb der Probezeit von der bisher gesetzlich determinierten Praxis abgegangen werden soll.

Im zweiten Satz des **Abs 6** ist nunmehr vorgesehen, dass dann, wenn eine gesundheitsbezogene Maßnahme trotz Bereitschaft des Beschuldigten, sich dieser zu unterziehen, nicht zweckmäßig, nach den Umständen nicht möglich oder nicht zumutbar oder offenbar aussichtslos ist, die Staatsanwaltschaft, soweit dies möglich und zweckmäßig ist, den vorläufigen Rücktritt davon abhängig zu machen hat, dass sich der Beschuldigte bereit erklärt, während der Probezeit bestimmte Pflichten zu erfüllen, die als Weisungen (§ 51 StGB) erteilt werden könnten. In den Erläuterungen wird dies damit begründet, dass dadurch in der Praxis immer

wieder auftretende Probleme bei zwar notwendigen, aber zB auf Grund des zu weiten Anreiseweges zu therapeutischen Einrichtungen unzumutbaren oder von vornherein offenbar aussichtslosen gesundheitsbezogenen Maßnahmen verhindert werden, wobei als mögliche Pflichten zB die Meidung eines bestimmten Umgangs, das Erlernen oder Ausüben eines entsprechenden Berufes oder auch das Absolvieren einer medizinischen Behandlung, etc in Betracht kommen.

In den Fällen, wo eine notwendige gesundheitsbezogene Maßnahme als *nicht zweckmäßig* oder *offenbar aussichtslos* erachtet wird, liegt der Grund beinahe ausschließlich in der - was den Drogenmissbrauch betrifft - Person/Persönlichkeit des Beschuldigten, der nur pro forma eine Bereitschaft erklärt. Die nunmehr eingeräumte Möglichkeit diversionellen Vorgehens widerspricht dem im SMG verankerten vorrangigen Prinzip „Therapie statt Strafe“ und steht somit nicht im Einklang mit der Grundkonzeption des § 35. Die beispielhaft angeführten möglichen Pflichten sind zudem einerseits so gut wie nicht überprüfbar (die Meidung eines bestimmten Umgangs), andererseits keine geeignete Maßnahme zur Bekämpfung der Drogensucht und der Suchtmittelkriminalität. Es ist daher angezeigt, den zweiten an § 90f Abs 2 StPO (§ 203 Abs 2 StPO idF BGBl I Nr. 19/2004) angelehnten Satz nicht in den Abs 6 aufzunehmen.

9) Zur Änderung der **Strafprozessordnung (§ 13 Abs 2 Z 7 StPO bzw § 31 Abs 3 Z 7 StPO idF BGBl I Nr. 19/2004)**

Es ist vorgeschlagen, die Sonderbestimmung, wonach in Fällen des § 28 Abs 2 bis 4 SMG das Schöffengericht für die Hauptverhandlung und Urteilsfällung zuständig ist, ersatzlos entfallen zu lassen. Dies mit der Begründung, dass besondere Gründe, warum gerade für die nach § 28 Abs 2 und (mit Privilegierung) Abs 3 strafbaren Handlungen (§ 28a Abs 1 und 2 iVm Abs 3 idF des Entwurfes) das Schöffengericht zuständig sein soll, nicht ersichtlich sind. Zudem sind von dieser Verschiebung von der Schöffen- zur Einzelrichterzuständigkeit eine Vereinfachung des erstinstanzlichen Verfahrens sowie eine Entlastung des OGH und damit insgesamt ein geringerer Verfahrens- und Kostenaufwand zu erwarten.

Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen. In § 13 Abs 2 StPO bzw § 31 Abs 3 StPO idF BGBl I Nr. 19/2004 sind zahlreiche Straftatbestände mit vergleichbarem Strafraumen dem Schöffengericht für die Hauptverhandlung und Urteilsfällung zugewiesen, wobei sich dies seit vielen Jahren in der Praxis bewährt hat. Auch bei einem Teil dieser Delik-

te könnte - vergleichbar den zitierten Ausführungen in den Erläuterungen - ohne nähere Begründung ins Treffen geführt werden, dass besondere Gründe, warum gerade für diese Delikte das Schöffengericht zuständig sein soll, nicht ersichtlich sind. Die oftmals gegebene Komplexität der angeklagten Suchtgiftdelikte (mehrere Angeklagte in teils unterschiedlicher Involvierung von Verbrechen nach dem SMG unter Berücksichtigung der Problematik des kumulativen Mischdelikts) stellt vielmehr ein nachhaltiges Argument für die sachliche Zuständigkeit des Schöffengerichts dar, weshalb diese Sonderbestimmung beibehalten werden sollte. Eine Zuständigkeitsverschiebung würde tatsächlich nicht zu einer Vereinfachung des erstinstanzlichen Verfahrens führen, zudem mit einem erhöhten Verfahrensaufwand im Rechtsmittelstadium einhergehen und zu einer erheblichen Mehrbelastung der Oberlandesgerichte führen, insbesondere im Hinblick auf die sich dadurch ergebenden weiteren Rechtsmittelmöglichkeiten in der Schuldberufung.

10) In der **Präambel zum Rahmenbeschluss** 2004/757/JI ist unter Punkt 6 angeführt: „Den Mitgliedstaaten sollte es ermöglicht werden, mildere Strafen für den Fall vorzusehen, dass der Straftäter den zuständigen Behörden sachdienliche Hinweise erteilt.“

Suchtgiftstraftaten, die von mehreren Beschuldigten als Mitglieder einer kriminellen Vereinigung begangen werden, können oftmals nur dann - was die Qualifikation „als Mitglied einer kriminellen Vereinigung“ betrifft - geklärt, angeklagt und verurteilt werden, wenn ein Beschuldigter, der dieser kriminellen Vereinigung angehörte, durch Kooperation mit den Sicherheitsbehörden bereit ist, entsprechende Aussagen zu tätigen. Es wird zwar nicht übersehen, dass dieser Umstand gemäß § 34 Abs 1 Z 17 StGB bei der Strafzumessung als mildernd zu berücksichtigen ist, worauf Beschuldigte bereits bei ihren polizeilichen Befragungen hingewiesen werden. Letztlich kann aber einem zu solcher Kooperation erkennbar bereit seienden Beschuldigten aber nicht wirklich „garantiert“ werden, in welchem Umfang sich dieser Milderungsgrund tatsächlich bei der Ausmittlung der über ihn zu verhängenden Strafe auswirken wird.

Im Hinblick darauf, dass in Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2004/757/JI im vorgeschlagenen Entwurf der SMG-Novelle 2007 insbesondere für im Rahmen einer kriminellen Vereinigung begangene Straftaten bei einzelnen Delikten neue Qualifikationen mit einem Strafraum von einem bis zu zehn Jahren vorgesehen sind, wäre überlegenswert,



Leitender Staatsanwalt
REPUBLIK ÖSTERREICH
Staatsanwaltschaft Linz

über den bereits zuvor genann-

ten, im StGB gere-

gelten Milderungs-

Sachbearbeiter: LStA HR Mag. FÜHRLINGER
Durchwahl: 12211

e-mail: reinhard.fuehrlinger@justiz.gv.at

An die

grund eine

Oberstaatsanwaltschaft

iSd Punkt 6

L I N Z

der Präambel

neu zu schaffende Bestimmung im SMG

zu verankern, in der geregelt ist, wie sich

ein solches Verhalten des Beschuldigten auf die Strafausmittlung auszuwirken hat.

Staatsanwaltschaft Linz

am 15.10.2007

HR Mag. Reinhard FÜHRLINGER



Wels, am 4.10.2007
Maria-Theresia-Str. 12
A-4600 Wels

Telefon 05 7601 24 41202
Telefax 05 7601 24 41288
e-Mail: babak.oshidari@justiz.gv.at

Sachbearbeiter: StA Dr. Petra Stranzinger
StA Dr. Babek Oshidari

REPUBLIK ÖSTERREICH
Staatsanwaltschaft Wels

Jv 655-2/07

An die
Oberstaatsanwaltschaft
LINZ

Betrifft: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Suchtmittelgesetz (SMG), das Strafgesetzbuch, die Strafprozessordnung 1975, das Jugendgerichtsgesetz 1988 und das Gesundheits- und Ernährungssicherheitsgesetz geändert werden (SMG-Novelle 2007)

Bezug: Erlass des BMJ vom 11.9.2007, BMJ-L 703.040/007- II 2/2007

Zum erwähnten Gesetzesvorhaben wird folgende

S t e l l u n g n a h m e

abgegeben.

Zu Artikel I (Änderungen des SMG)

Zu Z 40 (§ 27 SMG)

Zu überlegen wäre zunächst die Aufnahme der Tatvariante des „Beförderns zum Zwecke des Konsums“ (oä.) in § 27 Abs 1 ME, weil hiedurch eine – nach Strafwürdigkeitsgesichtspunkten schwer zu rechtfertigende - Ungleichbehandlung derjenigen Täter, die erworbenes Suchtgift sofort zu sich nehmen (§ 27 Abs 1 ME) zu jenen vermieden wäre, die erworbene verbotene Substanzen zunächst nach Hause transportieren, um diese dort zu konsumieren (§ 27 Abs 2 Z 1 zweiter Fall ME).

Die Einschränkung der Gewerbsmäßigkeitqualifikation auf Tathandlungen nach § 27 Abs 2 Z 1 ME hat die wenig wünschenswerte Konsequenz, dass die Betreiber

sog. „Hanfshops“ – soweit kein gewerbsmäßiger Beitrag (§ 12 dritter Fall StGB) zum späteren Erzeugen und Inverkehrsetzen durch den Erwerber in Betracht kommt – stets nur den Grundtatbestand nach § 27 Abs 2 Z 3 ME erfüllen. Um die ausufernden und äußerst gewinnträchtigen Aktivitäten derartiger Hanfshop-Betreiber wirksam bekämpfen zu können, wäre auch insoweit eine strengere Strafdrohung für gewerbsmäßige Begehungsweisen vorzusehen. Beigefügt wird, dass § 28 Abs 1 zweiter Fall ME in diesen Fällen keine Abhilfe schafft, weil der Anbau von Cannabispflanzen zum Zwecke der Gewinnung einer großen Menge THC (iS des Entwurfs) nach forensischer Erfahrung kaum jemals nachzuweisen sein wird.

Der Umstand, dass in Bezug auf halluzinogene Pilze lediglich das Anbieten, Überlassen, Verschaffen oder Anbauen (§ 27 Abs 2 Z 4 ME) sanktioniert wird, während deren Konsum, Ein- und Ausfuhr sowie die Beförderung jedoch offenbar straffrei bleiben sollen, wird dem von den Materialien betonten erhöhten Konsum derartiger Substanzen und der aktuellen Studie der Drogenbeobachtungsstelle der EU nicht gerecht. Vielmehr wäre der unerlaubte Umgang mit derartigen Substanzen den sonstigen Suchtgiftmanipulationen gleichzusetzen.

Weiters werden vom aktuellen Entwurf die sog. „Khat-Pflanzen“ mit dem Wirkstoff Cathinon (siehe Anhang V der SV) nicht erfasst, obwohl im Hinblick auf dessen Suchtpotential – im Verhältnis zu den halluzinogenen Pilzen – sogar ein höhergradiges Strafbedürfnis besteht.

Zu Z 41, 42 (§§ 28, 28a SMG)

Die geplanten Bestimmungen werden grundsätzlich begrüßt. Dadurch, dass das Übersteigen der 15-fachen Grenzmenge stets zu einer Änderung der Zuständigkeit führen wird (vgl § 27 Abs 2 Z 2 zu § 28 Abs 1 ME – BG/ER; § 28a Abs 1 zu § 28a Abs 2 – ER/Schöffengericht) werden sich jedoch in einer Vielzahl von Fällen Verzögerungen bei der Anklageerhebung ergeben. Bislang konnte auch ohne Einlangen eines Gutachtens das Überschreiten der Grenzmenge aufgrund allgemeiner Erfahrungswerte zweifelsfrei festgestellt werden, weshalb das in Auftrag gegebene Gutachten zur Feststellung des Reinheitsgrades zum Zwecke der Anklageerhebung nicht abgewartet werden musste. Verzögerungen in der Hauptverhandlung ergaben sich ebenfalls nicht, weil das Gutachten regelmäßig rechtzeitig zu Beginn der Hauptverhandlung vorlag. Im Hinblick auf die erwähnte Zuständigkeitsfrage und die Einstellungsvorschrift nach § 35 Abs 2 Z 1 ME ist die abschließende Beurteilung des Reinheitsgrades oftmals für die Enderledigung präjudiziell und daher abzuwarten.

Zu Z 51 (§ 35 SMG)

Nach dem Wortlaut bezieht sich die obligatorische Anzeigenzurücklegung gemäß § 35 Abs 1 ME nunmehr auch auf die Fälle der uneigennützigen Überlassung an Minderjährige und auf Mitglieder einer kriminellen Vereinigung (§ 27 Abs 4 Z 1 und 2 ME). Eine derart weitgehende Entkriminalisierung ist entschieden abzulehnen. Das Gesetzesvorhaben kann sich nämlich nicht auf die Intentionen des Rahmenbeschlusses stützen, der einerseits nur Straffreiheit persönlichen Konsums (vgl Art 2 Abs 2 RB) regelt und andererseits lediglich Mindestvorschriften hinsichtlich der Kriminalisierung, nicht jedoch der Gewährung von Straffreiheit festlegt (siehe Titel des RB: „Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen...“). § 35 Abs 1 ME würde sogar dazu führen, dass selbst Strafverfahren gegen Mitglieder einer kriminellen Vereinigung, die – zB zwecks „Anfüttern“ eines dauerhaften Abnehmerkreises – Minderjährigen bis zur Grenzmenge reichende Suchtgiftquanten kostenlos (wiederholt) überlassen, zwingend einzustellen wären, weil in diesen Fällen der damit bezweckte (möglicherweise in der Zukunft eintretende) Vorteil noch ungewiss ist (vgl aber § 35 Abs 1 ME: „...Vorteil gezogen hat“). Insoweit ist daher die Beibehaltung der (sämtlichen europarechtlichen Vorgaben entsprechenden und über vergleichbare Rechtssysteme ohnedies hinaus gehenden) bisherigen Regelung des § 35 Abs 1 SMG zu fordern.

Bei Vorliegen der Privilegierung nach § 28a Abs 3 zweiter Fall ME wäre im Hinblick auf die Anwendbarkeit des § 35 Abs 2 Z 1 ME – zumindest in den Materialien – eine Klarstellung wünschenswert, ob diese eine Verschiebung der Zuständigkeit vom Schöffengericht zum Einzelrichter bewirkt.

Der Leiter der Staatsanwaltschaft

LStA Dr. Franz Haas eh.

Die Referenten:

StA Dr. Stranzinger eh.

StA Dr. Oshidari eh.