



An das
Präsidium des Nationalrats
Parlament
Dr. Karl Renner-Ring 3
1017 Wien

Wien, 24.10.2007

SMG-Novelle, 119/ME(XXIII.GP)

I./ Gesetzssystematik

Wie bereits in der Stellungnahme zur SGG Novelle 1997 (= derzeit geltendes SMG) ausgeführt, ist bei einer derart umfangreichen Um- und Ausgestaltung es nicht zweckmäßig, durch Unterteilung mit Buchstaben althergebrachte Gesetzesbezeichnungen zu erhalten zu versuchen. (Z.b. „§ 39-Beschluss“ für Strafaufschub oder „35er-Erhebungen“).

Die Änderung im SMG 1998 wurde auch ohne Probleme akzeptiert und umgesetzt.

Der erste Vorschlag einer Abänderung lautet daher, die Paragraphenbezeichnungen fortlaufend durchzunummerieren.

Dies würde für die Strafbestimmungen bedeuten, dass die §§ 27 ff nunmehr die Bezeichnungen § 33 (ex 27), 34 (ex 28), 35 (einzuführender 28 a), 36 (einzuführender 28 b), 37 (= 29), 38 (= 30), 39 (= 31), 40 (= 31 a), 41 (einzuführender 31 b) erhalten würden. Die bisherigen §§ 42 bis 45 erhielten die Bezeichnungen §§ 42 bis 45, die bisherigen §§ 35 - 38 die Bezeichnungen §§ 45 - 48. Der Strafaufschub nach § 39 SMG (alt) wäre dann § 49, und die §§ 40 bis 50 wären dann §§ 50 bis 60.

Da der Inhalt der zu ändernden Strafbestimmungen ohnehin überaus umfangreich ist und sogar in beträchtlichem Umfang neu gefasst wird (der neue § 28 a Abs. 1 hat mit dem bisherigen § 28 Abs. 2 SMG nur drei von 7 Tatbeständen gemein - die „Inverkehrsetzung“ wird in zwei Tatbestände aufgeteilt, das „Anbieten“ und das „Befördern“ kommen neu hinzu) ist es m.E. besser, die Neufassung eindeutig klarzumachen als an althergebrachten Bezeichnungen festzuhalten (zumal der § 28 SMG neu mit dem § 28 SMG alt überhaupt nichts mehr gemein hat).

Bei den weiteren Ausführungen werden allerdings diese wünschenswerten Änderungen im Interesse der Deutlichkeit nicht berücksichtigt

II. Grundsätzliche Problempunkte :

1./ Fehlen des Zusammenrechnungsgrundsatzes:

Von der Generalprokuratur wurde in jedem Wahrnehmungsbericht seit Jahren, wenn nicht sogar Jahrzehnten moniert, dass im Suchtgiftbereich die Zusammenrechnung der Grenzmengen nicht wie bei den Vermögensdelikten (§ 29 StGB) gesetzlich normiert ist, sondern durch Heranziehung von Rechtsfiguren - Stichwort „tatbestandliche Handlungseinheit“ u.s.w - durch die Rechtsprechung entwickelt wurde.

Vom Grundsätzlichen ist festzuhalten, dass es vom Handlungsunwert (und damit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit) her gleichwertig sein muss, ob „große“ (bzw. nach dem neuen Entwurf „die Grenzmenge überschreitende“) Mengen Suchtgift auf einmal (ein Angriff) oder durch Summierung von die Grenzmenge nicht übersteigenden Teilmengen zustande kommen.

Faktum ist, dass der Entwurf eine neue „große Menge“ von mehr als dem 15-fachen der Grenzmenge einführt, die Zusammenrechnung jedoch wieder nicht gesetzlich normiert. Es muss doch möglich sein, eine entsprechende Bestimmung, die allen Intentionen des Gesetzes und Gesetzgebers Rechnung trägt, aufzunehmen.

Dass dieses Fehlen einen unter Umständen überaus große Bedeutung erlangen könnte, sei an einem Beispiel kurz (später noch eingehend) angerissen:

Aufgrund der langjährigen Judikatur steht fest, dass bei „Erwerb“ und „Besitz“ die Mengen nicht zusammenzurechnen sind - weil diese Tathandlungen im § 28 Abs. 2 SMG nicht enthalten sind. Außerdem wurde damit auch bezweckt, die „Kriminalisierung von Suchtkranken“ hintanzuhalten (wäre zusammenzurechnen, würde jeder Suchtgiftkonsument unter den Verbrechenstatbestand fallen).

Mit der Novelle wird nun der Tatbestand des „Beförderns“ von Suchtgift eingeführt und ist nach den erläuternden Bemerkungen auch der Transport vom Ort des Erwerbs zur Wohnung damit gemeint.

Es ist aber eine allgemein bekannte Tatsache, dass der überwiegende Teil der Suchtgiftkonsumenten (wenn nicht alle) das Suchtgift an einem anderen Ort erwerben, als sie es dann konsumieren. D. h., **jeder „bloße“ Suchtgiftkonsument, der früher nur wegen Erwerbs und Besitzes belangt wurde, fällt jetzt unter die strengere Strafbestimmung des § 27 Abs. 2 Z. 1 (bzw. § 33 Abs. 2 Z. 1) SMG.**

Man mag zwar der Meinung sein, dass das durch die Neufassung des § 35 (45) entsprechend abgedeckt ist, **nur:**

Bisher war die Rechtsprechung dahingehend, dass bei den Tathandlungen des Verbrechenstatbestandes (§ 28 Abs. 2 1. bis 4. Fall SMG alt) die einzelnen Mengen bei Vorliegen des Fortsetzungszusammenhanges und des entsprechenden Vorsatzes zusammenzurechnen sind, sodass irgend wann einmal die „große Menge“ erreicht (neu: Grenzmenge überschritten) wird.

Wendet man diese Grundsätze auf die Tathandlung des „Beförderns“ an - und es gibt derzeit keinen ersichtlichen Grund, davon abzuweichen, da diese Tathandlung ausdrücklich im Verbrechenstatbestand enthalten ist - **dann ist jeder Suchtgiftkonsument ein Fall für § 28 a Abs. 1 (oder Abs. 2 oder Abs. 4 Z. 3) SMG neu.**

Es passiert dann genau das, was bei früheren Novellen (Herabsetzung der Grenzmenge auf 3 Gramm bei Heroin) immer lautstark (zum Großteil fälschlich) behauptet wurde: **die Kriminalisierung der Suchtgiftkonsumenten. Geht der Zeitraum des Transportes des Suchtgiftes vom Erwerbsort zum Konsumort nur lange genug, ist bei Zusammenrechnung der kleinen Mengen irgend wann einmal auch die Anwendung des § 35 (neu) ausgeschlossen (ab dem 15-fachen der Grenzmenge jedenfalls!).**

Durch den Rahmenbeschluss des Rates vom 24.10.2004 ist m.E. nicht zwingend erforderlich, dies zu so zu normieren (siehe „in Erwägung nachstehender Gründe (4)“ - bestimmte Verhaltensweisen in Bezug auf den persönlichen Konsum sind aus dem Anwendungsbereich des Rahmenbeschlusses ausgenommen).

Durch eine eindeutige Regelung, wann zusammenzurechnen ist, könnte vermieden werden, dass eine übermäßige Kriminalisierung der Suchtgiftkonsumenten (die anderen in der Novelle gezeigten Intentionen widerspricht) hintangehalten wird.

Nach der geltenden Rechtslage wäre die Lösung an sich nicht besonders schwierig.

Der Süchtige ist in der Regel nur wegen **Erwerb** und **Besitz** verantwortlich. Erwerb und Besitz sind aber von § 28 Abs. 2 SMG ausdrücklich nicht erfasst.

Problematisch konnte nach geltender Rechtslage hier nur die Bestimmung des § 28 Abs. 1 SMG sein, die auf den Erwerb und Besitz einer großen Menge in einem Angriff abstellt.

Der diesbezügliche Vorschlag hätte gelautet:

“§ 28 Absatz 7:

Außer im Fall des Abs. 1 ist für die Grenzmenge (Abs. 6), wenn der Täter mehrere Taten derselben Art begangen hat, die Summe der Mengen der einzelnen Suchtgifte maßgeblich.”

Jede der unterschiedlichen Begehungsformen des § 28 Abs. 2 SMG hätte **nur innerhalb derselben Deliktgruppe zur Zusammenrechnung geführt** (dh Suchtgift das ein- und ausgeführt wird, ist nicht mit Suchtgift, das in Verkehr gesetzt wird, zusammenzurechnen). Der Grund hierfür liegt - abgesehen von der dogmatischen Einordnung als selbständige Tathandlung - auch darin, dass in den überwiegenden Fällen ein- und dieselbe Suchtgiftmenge zunächst nach Österreich eingeführt und dann im Inland in Verkehr gesetzt (bzw. erzeugt und dann in Verkehr gesetzt) wird. Dasselbe Suchtgift soll aber für die Frage der Grenzmenge nicht "doppelt zählen".

Durch die Aufnahme der neuen Tathandlung des „Beförderns“ und die Identität der Tathandlungen des § 27 Abs. 2 Z. 1 und des § 28 a Abs. 1 SMG (n.F.) ist eine Berücksichtigung der bisherigen Praxis, dass für Suchtgiftkonsumenten keine Zusammenrechnung stattfinden soll, nicht mehr so einfach zu bewerkstelligen, zumal in den erläuternden Bemerkungen ausdrücklich die Beförderung vom Beschaffungsort nach Hause als tatbestandsmäßig angeführt ist.

Die Formulierung einer Ausnahme vom Zusammenrechnungsgrundsatz scheint mir nicht unproblematisch und nur schwer klar und eindeutig zu fassen zu sein, weil an sich ja auch bei dieser Tathandlung grundsätzlich zusammengerechnet werden soll, teilweise sogar muss. Beispiel: jemand, der als reiner Drogenkurier fungiert (und daraus noch ein Einkommen erzielt) ist, wenn aus der Vielzahl der Transporte kleiner Mengen eine Überschreitung der Grenzmenge (bzw. der „großen“ Menge oder der „Übermenge“) resultiert, sicherlich vom Unrechtsgehalt der Tat und der Schuld demjenigen gleich zu halten, der aus denselben Motiven diese Mengen auf einmal befördert.

Dass aber auch die Mehrzahl der Suchtgiftkonsumenten unter den Begriff des „Beförderns“ fällt, weil eben in aller Regel das Suchtgift nicht dort konsumiert wird, wo es erworben wurde, und die Zusammenrechnung greift, ja greifen muss, wird relativ bald jeder Konsument den Verbrechenstatbestand des § 28 a Abs. 2 erreicht haben. Ausgehend davon, dass damit das Schöffengericht zuständig ist (aufgrund der Unklarheit, ob die Privilegierung des § 28a Abs. 3 die Zuständigkeit zum Einzelrichter verschiebt oder nicht, muss eine Unsicherheit einkalkuliert werden) entfällt damit aber auch die Möglichkeit der Anwendung der diversionellen Erledigung nach § 35 SMG.

Beispiel: N.N. hat einen Tagesbedarf von 2 Gramm Heroin, den er sich auf den einschlägigen Drogenumschlagplätzen in Wien beschafft. N.N. konsumiert das Suchtgift aber nur zu Hause in seiner Wohnung. Ausgehend davon, dass er dies tatsächlich jeden Tag macht, lässt sich errechnen:

Die Grenzmenge bei Heroin liegt bei 3 Gramm Reinsubstanz und im Straßenhandel ist ein Reinheitsgrad von 5 % üblich. Die Grenzmenge wird daher **nach 31 Tagen** überschritten, das 15-fache der Grenzmenge nach **465 Tagen (ein Jahr, 3 Monate und 10 Tage)** und das 25-fache der Grenzmenge nach **751 Tagen (zwei Jahre und 21 Tage)**.

Nach weniger als eineinhalb Jahren Eigenkonsum unterläge daher Hermann A. einer Strafdrohung von ein bis zehn, nach zwei Jahren und drei Wochen einer Strafdrohung von ein bis fünfzehn Jahren. Letztere schließt die Anwendung des § 35 SMG jedenfalls aus, weil hier keine Privilegierung vorhanden ist, die die Schöffenzuständigkeit aufheben könnte.

Vorschlag:

§ 28 b : der bisherige Text des § 28 b erhält die Bezeichnung : **(1)**

(2) Außer im Fall des § 27 Abs. 1 ist für die Grenzmenge (Abs. 1) und deren Vielfaches, wenn der Täter mehrere Taten derselben Art begangen hat, die Summe der Mengen der einzelnen Suchtgifte maßgeblich.

(3) Wird ein Suchtgift ausschließlich zum persönlichen Gebrauch befördert oder mit dem Vorsatz, es zu befördern, erworben und besessen, findet eine Zusammenrechnung nach Abs. 2 nicht statt.

2./ Die Problematik der Cannabispflanze.

Aufgrund des Rahmenbeschlusses wurde der Anbau der Cannabispflanze in den Tatbestand aufgenommen. Es bleibt aber anzumerken, dass hier Probleme bestehen, die einer eindeutigen gesetzgeberischen Lösung harren.

Nach der Suchtgiftverordnung sind - neben anderen Ausnahmebestimmungen - die Blätter der Cannabispflanze - soweit sie nicht mit den Blüten- und Fruchständen vermengt sind, **kein Suchtgift.**

Das entspricht durchaus dem Wortlaut der Einzigsten Suchtgiftkonvention und mag zum Zeitpunkt der Entstehung derselben aktuell gewesen sein, nur scheint dies durch die Zeit überholt zu sein.

Auch die neue Strafbestimmung stellt auf den **Zweck, daraus Suchtgift zu gewinnen**, ab (Auf die Problematik, was denn „Zweck“ ist, wird noch eingegangen).

Dazu muss auf (durch Gutachten in Akten untermauerte) wissenschaftliche Erkenntnisse eingegangen werden.

Die Cannabispflanze ist grundsätzlich eine einjährige Pflanze, die nach der Blüte (und Samenbildung) eingeht.

Die gesamte Pflanze entwickelt Harzdrüsen, in denen der Wirkstoff Delta-9 -THC enthalten ist. In den Blütenständen sind diese Harzdrüsen konzentrierter vorhanden, jedoch enthalten auch die Blätter THC-Konzentrationen.

Aufgrund von gezielten Kreuzungen und - angeblich auch - Gen- Manipulationen ist es gelungen, Cannabispflanzen zu züchten, die in den Blütenständen eine Konzentration von über **20 %** Delta-9-THC aufweisen. Tatsache ist, dass bereits zu Beginn dieses Jahrtausends in einem Verfahren in der Abt. 063 bzw. 6c Marihuana mit - fast unglaublichen - **20,9 Prozent THC** sichergestellt wurde. In derzeit anhängigen Verfahren sind THC-Konzentrationen in Blütenständen von 12 bis 15 % nicht ungewöhnlich.

Die Blätter von solchen hochgradig THC-hältigen Pflanzen beinhalten nach den mir zugänglichen Analysen zwischen 2,0 und über 5 % THC (in einem Verfahren Abt. 064 konkret 5,6 %)

Derartige THC-Gehalte waren noch vor 10 Jahren noch nicht einmal in Haschisch, geschweige denn in Marihuana enthalten. Noch 1994 war ein THC-Gehalt von etwas über 11 % THC in Haschisch-Platten derart ungewöhnlich und sensationell, dass die Polizei sich die Überlassung von Teilen des sichergestellten Materials für Anschauungszwecke erbeten hat.

Gutes Haschisch wies damals einen Reinheitsgrad von rund 5 % THC auf - so viel, wie heute in Blättern der Cannabispflanze enthalten sind.

Aus dem Wortlaut des SMG und der Suchtgiftverordnung kann man schließen, dass der Verkauf von auch höchst-THC-hältigen Blättern, da diese kein Suchtgift sind, **straflos** wäre - obwohl sie in der Wirkung dem Haschisch vor 10 Jahren durchaus ebenbürtig sind. Inwieweit die Bestimmungen des § 2 Abs. 2 - Inhaltsstoff THC ist ein psychotroper Stoff - zu einer Strafbarkeit führen könnten, wird derzeit intern diskutiert, m.E. spricht aber § 2 Abs. 4 SMG und auch der Erlass des BMfJ über den Anbau der Cannabispflanze dagegen.

Was nun den „**Zweck**“ der Gewinnung von Suchtgift betrifft, so ist eine Umgehung bzw. durch gute Rechtsberatung bewirkte Lückenausnutzung zu befürchten, wie sie derzeit schon von den so genannten „Hanf-Shops“ betrieben wird.

Nicht nur die Langlebigkeit der Pflanze kann nur durch eine aufwendige künstliche Beleuchtung (die Pflanze muss täglich zumindest 18 Stunden lang Licht haben) erreicht werden, sondern es wird damit auch **die Blüte der Pflanze verhindert**. Wenn als Definition des „Suchtgiftes“ nach der SuchtgiftVO nur die **Blüten- und Fruchtstände, denen das Harz nicht entzogen wurde** darunter zu verstehen sind, so wird durch diese künstliche Beleuchtung die Blüte - **und damit die Erzeugung des Suchtgiftes** - verhindert.

Damit wird der eigentliche Zweck der Aufzucht von höchst-THC-hältigen Pflanzen nur verschleiert: die von den Betreibern der einschlägig bekannten Hanf-Shops behauptete „ausschließlich gärtnerische Verwendung“ bzw. „geradezu unglaublich hohe Sauerstoffproduktion der Cannabispflanze“ sind reine Schutzbehauptungen, ja sogar Verhöhnung der Strafverfolgungsbehörden.

Durch die intensive Beleuchtung entsteht noch ein anderer - erwünschter - Nebeneffekt: die Pflanze „investiert“ die durch die Blockierung der Blüte gewonnene Energie in erhöhte Produktion von Zweigen - die wiederum als „Ableger“ zum Wurzelschlagen gebracht werden und dann in den Hanfshops verkauft werden. Da die Ableger genetisch idente Klone der Mutterpflanze sind, ist deren THC-Gehalt ebenso hoch - und vor allem garantiert so (weil durch Anpflanzen der Samen der Pflanze der THC-Gehalt nicht so genau feststeht; die Samen können nach einer statistischen Verteilungskurve Pflanzen vom niedrigsten bis zum höchsten THC-Ertrag hervorbringen - aber dem einzelnen Samen ist das nicht anzusehen), sodass der Käufer der Pflanzen mit besonders hochwertigen Blüten rechnen kann - und auch rechnet, denn sonst rentiert sich der Aufwand nicht (jedenfalls nicht für eine „Zierpflanze“).

Dementsprechend sind die in den „Hanf-Shops“ vertriebenen Pflanzenableger nicht „harmlose Dekorationspflanzen“, sondern bewusst auf hohen THC-Gehalt gezüchtete Cannabispflanzen, deren einziger sinnvoller - aber stets abgelegneter und überaus schwierig nachzuweisender - Zweck es ist, daraus Cannabiskraut zu gewinnen.

Aus eben diesem Grund entstand die Judikatur, dass diese Aufzucht von Setzlingen als **Beitrag zur Erzeugung** von Suchtgift durch andere anzusehen ist und es nicht unbedingt auch der Ausforschung von Personen bedarf, die Blüten aus den bezogenen Setzlingen gezüchtet und geerntet haben. (Der Nachweis des Beitrages zur Erzeugung großer Mengen Cannabisblüten mit mehr als 20 g Delta-9-THC wird nicht durch diese Beweiswürdigung ersetzt; damit kann in jedem Fall nur ein Schuldspruch wegen §§ 12 (3. Fall), 27 Absatz 1 (3. Fall) allenfalls Absatz 2 Ziffer 2 1. Fall SMG erfolgen).

Es bedarf daher zusätzlich zu der neuen Strafbestimmung des § 27 Abs. 2 Z. 3 SMG einer Anpassung der Suchtgiftverordnung in der Definition, was bei der Cannabispflanze als „Suchtgift“ anzusehen ist.

Vorschlag: Die Suchtgiftverordnung wird in ihrem Anhang I, Punkt I.1.a. geändert, dass es zu lauten hat: [.....]

ausgenommen sind

[.....]

- die nicht mit den Blüten- oder Fruchtständen vermengten Samen und Blätter der zur Gattung Cannabis gehörenden Pflanzen, **sofern ein Missbrauch als Suchtgift oder eine Verwendung nach § 27 Abs. 2 Z. 3 ausgeschlossen ist.**

Dies hätte zugleich auch den Nebeneffekt, dass Artikel 28 Absatz 3 der Einigen Suchtgiftkonvention (der da lautet: „die Vertragsparteien treffen die erforderlichen Maßnahmen, um den Missbrauch der Blätter der Cannabispflanze und den unerlaubten Verkehr damit zu verhindern“) unmissverständlich umgesetzt werden würde.

III./ Probleme bei einzelnen Bestimmungen:

1.) § 27 Abs. 2 Z. 1 Neuer Tatbestand „befördern“:

Oben wurde bereits im Zusammenhang mit dem noch immer fehlenden Zusammenrechnungsprinzip die grundlegende Problematik angerissen.

Einerseits soll, damit dem Unrechtsgehalt bei reinen „Transporteuren“ Rechnung getragen werden kann, zusammengerechnet werden können, andererseits sollten die Suchtgiftkonsumenten nicht übermäßig „kriminalisiert“ werden. Im übrigen siehe die obigen Ausführungen.

2.) § 27 Abs. 2 Z. 1 neuer Tatbestand „anbieten“:

Nach den erläuternden Bemerkungen soll es hier darauf ankommen, dass das Anbot nur mehr angenommen werden muss, nicht aber auf das tatsächliche Vorhandensein des Suchtgiftes.

In der Praxis könnte dies aber zu einer Vervielfachung der Verfahren führen, weil dann auch nicht ernst gemeinte Äußerungen z.B. verdeckten Ermittlern gegenüber (die, ebenso wie die Staatsanwaltschaft und die Gerichte von vornherein nicht erkennen können, ob das „Anbot“ ernst gemeint ist oder nicht) dann sozusagen „vorsichtshalber“ zu Festnahmen und auch U-Haften führen werden. Je nach dem, wie sich das Gericht dann entscheidet („mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“), könnten in diesen Fällen die Zahl der Freisprüche im Zweifel und die damit verbundene Zahlung einer Haftentschädigung sprunghaft zunehmen.

Keine Strafverfolgungsbehörde kann ein Anbot: „Ich liefere 5 Kilogramm bestes Kokain“ ignorieren und muss entsprechend darauf reagieren (ausgehend von einem Reinheitsgrad von - ohnehin nur gering angenommenen - 50 % bei „bester Qualität“ ist das das Vielfache des 25-fachen der Grenzmenge mit einer Strafdrohung von 1 bis 15 Jahre); da das Anbot bereits die vollendete Tat darstellt, so könnte eigentlich die sofortige Verhaftung die Folge sein.

Die Frage wird sein, ob man sich dann bei der Kriminalpolizei noch die Mühe machen wird, das Scheingeschäft tatsächlich durchzuziehen - siehe die verschärften Bestimmungen in der StPO neu ab 1.1.2008 - und objektive Beweismittel (das Suchtgift in einer analysierbaren Menge) beibringt oder einfach es beim Anbot bewenden lässt - insbesondere, weil die Tat durch das Anbot bereits vollendet und gleich strafbar wie das tatsächliche Überlassen ist - das überdies allenfalls nur versucht ist, wenn der Verdeckte Ermittler das Suchtgift noch nicht in der Gewahrsame hat.

1Abgesehen davon wäre nach § 133 Abs. 1 StPO (neue Fassung) das Einholen eines solchen Anbots - im Gegensatz zu einer langdauernden systematischen Ermittlung (§ 131 Abs. 2) oder des Scheingeschäfts (§ 132) als „einfache“ Verdeckte Ermittlung an keine Genehmigung des Staatsanwalts gebunden. Angesichts ständigen Personalmangels bei der Kriminalpolizei könnten „vereinfachte“ Vorgangsweisen dann bald zum Regelfall werden.

Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter Bundesvertretung Richter und Staatsanwälte in der GÖD

Justizpalast, Museumstr.12, A- 1016 Wien

Seite 8 von 32

Tel: +43 1 52152 3644, Fax: +43 1 52152 3643

E-Mail: ute.beneke@richtervereinigung.at,

<http://www.richtervereinigung.at>

ZVR-Zahl 947673779

ZVR-Zahl 576439352

Wie allerdings beim bloßen Anbot ein Überschreiten der Grenzmenge (oder des 15-fachen oder 25-fachen) festgestellt werden soll (auch in Bezug auf den Vorsatz des Anbieters), bleibt für mich derzeit völlig offen.

Unklar ist jedenfalls, wie die „Ernsthaftigkeit“ des Anbietens zu werten und zu prüfen sein wird. Die Standardverantwortung wird sein „das war alles nur ein Scherz“. An welchen Kriterien die Ernsthaftigkeit des Anbots (und nur ein solches kann kriminalpolitisch strafwürdig sein) zu messen sein wird, kann nicht abschließend beurteilt werden; unvermeidbar wird sein, dass es doch entscheidend auf das tatsächliche Vorhandensein bzw. die Verfügbarkeit des Suchtgiftes ankommen wird müssen.

Ist eine Strafbarkeit von der Erlangbarkeit des Suchtgiftes für den, der dieses „Anbot“ abgegeben hat, völlig losgelöst, so ist die Gefahr eines „Gesinnungsstrafrechtes“, wo Personen für bloße Äußerungen bestraft werden, durchaus gegeben.

Abgesehen davon kann und darf auch nicht außer Acht gelassen werden, dass in letzter Zeit der Eindruck entstanden ist, die unter Erfolgsdruck stehende Polizei signalisiere durch eine Maximierung der Zahl der Festgenommenen ohne fundierte Erhebungen eine erfolgreiche Bekämpfung der Kriminalität. Bisher mussten die „Erhebungen“ wenigstens in einer Sicherstellung von Suchtgift münden (Scheinkauf durch einen Beamten). Soll dann in Zukunft für eine Verurteilung bereits die Aussage des Beamten ausreichen „der Beschuldigte hat mir eindeutig zu verstehen gegeben, dass er Suchtgift verkaufen möchte“ ?

Auch der antiquierte Wortlaut des „Feilhaltens“ wurzelt in einem Besitzelement („halten“), sodass wohl durch die Praxis eine Orientierung am tatsächlichen Vorhandensein des Suchtgiftes (als einzigem objektiv feststellbaren Kriterium) erfolgen wird, um fast „vorprogrammierte“ Freisprüche nach Haft hintanzuhalten.

Als Minimalkriterium scheint angemessen zu sein, dass zumindest eine Probe des Suchtgiftes zur Qualitätsanalyse dem VE überlassen werden muss, um die Ernsthaftigkeit eindeutig feststellen zu können.

3.) § 27 Abs. 2 Z. 2 Erwerb und Besitz, um eine nach Z. 1 strafbare Handlung zu begehen:

Wie schon oben ausgeführt, führt die konsequente Anwendung dazu, dass die Strafbestimmung des § 27 Abs. 1 praktisch obsolet werden könnte.

Es gibt kaum einen Drogensüchtigen, der das Suchtgift sozusagen „frei Haus“ zugestellt erhält. Besorgt er/sie sich das Suchtgift in der einschlägigen Umschlagszene, so muss er/sie es in der Regel (sofortiger Konsum am Erwerbort ist ungewöhnlich, man sucht eher Abgeschiedenheit) auch nach Hause (oder zu irgendeinem Ort, an dem es konsumiert werden kann) **befördern**, sodass er/sie es mit dem Vorsatz erwirbt und besitzt, die nach § 27 Abs. 2 Z. 1 zweiter Fall strafbare Handlung zu begehen.

Andererseits besteht eine **massive Lücke der Strafbarkeit**, die mit dem Stufenbau der Rechtsordnung nicht in Einklang zu bringen ist. Darauf wird später (bei § 28 Abs. 1 n.F.) näher eingegangen; vorausgeschickt sei nur:

Es kann, wie im Entwurf vorgesehen, nicht wünschenswert sein, den Besitz von der Kleinstmenge bis zum 15,0 - fachen der großen Menge unter den selben Strafsatz - und noch dazu „nur“ ein Jahr - zu stellen !

4. § 27 Abs. 2 Z. 3 SMG - Anbau von Pflanzen:

Hier wurde bereits oben auf die grundsätzliche Problematik beim Anbau der Cannabispflanze hingewiesen. Zur Vermeidung von Wiederholungen sei darauf verwiesen.

Zusätzlich besteht das Problem, dass nach den EB als Strafbarkeitskriterium der **Zweck der Suchtgiftgewinnung** angeführt wird. An sich ist das angeführte Argument, dass nur dieser Zweck kriminalpolitisch die Strafbarkeit rechtfertigt, durchaus richtig. Das Problem der „Hanf-Shops“ wurde oben angeführt und könnte vielleicht nach wie vor mit einem Beitrag zum Anbau durch andere gelöst werden.

Nicht klar ist, welche **Vorsatzform** damit gemeint ist:

Genügt bedingter Vorsatz (§ 5 Abs. 1 StGB) oder ist damit ABSICHT (§ 5 Abs. 2 StGB) gemeint?

Bedingter Vorsatz sollte hierfür ausreichend sein.

Eine Klarstellung sollte sich am Wortlaut des StGB orientieren, z.B.:

„3. Opiummohn, den Kokastrauch oder die Cannabispflanze mit dem Vorsatz, (daraus) Suchtgift zu gewinnen, anbaut.“

5. Zu § 27 Abs. 3, Abs. 4 Z. 2:

Ob es sinnvoll ist, die Gewerbsmäßigkeit in der Strafbarkeit um 1/3 zu senken (Herabsetzung auf 2 Jahre), muss wohl bezweifelt werden. Da in den erläuternden Bemerkungen vielfach Gewerbsmäßigkeit in Zusammenhang mit Schwarzafrikanern bzw. das Schrifttum hierzu angeführt wird, darf aber hier aus der praktischen Erfahrung heraus angemerkt werden, dass die Hoffnung, dass sich die Häftlingszahlen dadurch verringern, nicht erfüllen wird.

Es wird dann nämlich von Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft die höhere Strafdrohung des Abs. 4 Z. 2 herangezogen werden, nämlich als Mitglied einer kriminellen Vereinigung. Tatsache ist, dass alle Straßenhändler, und sei es noch so marginal, in eine „Verteilerorganisation“ eingebunden sind: irgendjemand muss das Suchtgift nach Österreich schaffen, eine andere Person („Großhändler“) verteilt es und der Straßenhändler verkauft es an die Endverbraucher. Damit haben wir - allein aus der forensischen Erfahrung heraus - bereits **mehr als zwei** Personen und hinreichend Verdacht auf Vorliegen dieses Tatbestandselements (das bisher nur nicht herangezogen wurde, weil Gewerbsmäßigkeit aufgrund der Einkommens- und Vermögenssituation leichter feststellbar war; bei einer Verringerung der Strafdrohung der - einfacher nachzuweisenden - Gewerbsmäßigkeit ist sofort mit der standardmäßigen Heranziehung dieses Tatbestandes zu rechnen; die Verfahren werden sich dann bis zu einer Festigung der Judikatur entsprechend verkomplizieren. Andererseits könnte auch bei extensiver Ausnützung der Gerichtsnotorietät dieses Verteilerkreises relativ rasch der „alte Zustand“ wieder hergestellt werden).

Es wäre besser, die bestehende Strafdrohung von 3 Jahren auch für die Gewerbsmäßigkeit beizubehalten.

6.) Zu § 27 Abs. 5 - Privilegierung der Suchtgiftkonsumenten:

Dies entspricht im Wesentlichen der derzeit schon geltenden Rechtslage, nur bleibt ein Problem, das einer eindeutigen Lösung harret:

Nach der jetzt geltenden Rechtsprechung bewirkt das Vorliegen der Ausnahmebestimmung, dass die Qualifikation (welche die Zuständigkeit des Einzelrichters des Gerichtshofes begründet) entfällt und die Strafbarkeit auf das Grunddelikt (§ 27 Abs. 1 SMG i.d.g.F) zurückfällt - und die Zuständigkeit sich daher an das Bezirksgericht verschiebt.

In der neuen Fassung ist dies nicht so eindeutig klar, weil eben durch Abs. 5 eine neue, privilegierte Strafdrohung geschaffen wird.

7.) § 27 Abs. 2 Z. 2 und § 28 Abs. 1 SMG - mangelnde Strafbarkeit trotz Überschreitens der „großen Menge“

Wie bereits angeführt, besteht eine Lücke in der Strafbarkeit dann, wenn der Täter mehr als die große Menge bis zum 15-fachen der Grenzmenge mit dem Vorsatz erwirbt oder besitzt, damit eine nach § 27 Abs. 2 Z. 1 strafbare Handlung zu begehen.

Bei den Mengen, die jetzt mit dem Vorsatz, sie in Verkehr zu setzen, erworben und besessen werden, handelt es sich nach der forensischen Erfahrung im überwiegenden Teil der Fälle um Mengen zwischen dem ein- und etwa 10-fachen der großen Menge.

Es ist wenig sinnvoll, diese jetzt unter § 28 Abs. 1 SMG (a.F.) subsumierbaren Fälle plötzlich unter eine Sanktion von gerade einem Drittel der bisherigen Strafdrohung zu stellen.

Es darf nicht zuletzt darauf hingewiesen werden, dass dies in vielen Fällen fehlgeschlagene Einfuhren von Suchtgiften betrifft, die dann bei den Bezirksgerichten verhandelt werden würden (mit all den damit bei Häftlingen verbundenen Schwierigkeiten, denn nach StPO neu gibt es den Haftgrund der Tatbegehungsgefahr bei diesem Delikt). Dem tatsächlichen Handlungsunwert wird damit nicht ansatzweise Rechnung getragen.

Zur Erläuterung: Wird ein Drogenkurier auf dem Weg nach Wien betreten, erfolgt die Abnahme des Suchtgiftes und in weiterer Folge wird dieser, wenn er sich dazu bereit erklärt - und das tun praktisch alle - von der Polizei überwacht und zum Treffpunkt mit dem Empfänger der Lieferung begleitet. Zu diesem Treffpunkt erscheint dann eine (mehrere) Person(en), die das Suchtgift zu übernehmen trachten. In aller Regel wird bei einem solchen „Zufallsfund“ der Vorgang der Bestellung der Lieferung - d.h. Bestimmung zur Ein- und Ausfuhr des Suchtgiftes - nicht nachvollziehbar und beweisbar sein, sodass für die „Abholer“ nur der versuchte Tatbestand nach §§ 15 StGB, 28 Abs. 1 SMG (a.F.) übrig bleibt.

Eine „Entkriminalisierung“ im Bereich dieser – großen !! - Mengen scheint nicht wünschenswert.

Vorschlag:

Beibehaltung der Strafbestimmung des § 28 Abs. 1 SMG in der geltenden Fassung.

Änderung der Gesetzesbestimmungen dahingehend, dass die sanktionierten Tathandlungen nicht durch Zitierung eines Vorparagrafen, sondern vollinhaltlich im Text angeführt werden. Dies wäre für den Normadressaten und auch den Rechtsanwender klarer und müsste nicht hin- und hergeblättert werden. Ein weiterer Vorteil wäre noch, dass die - an sich logisch schwer zu begründende - Anführung des Erwerbs eines Suchtgiftes, um ein Suchtgift (dasselbe!?) zu erzeugen, entfallen würde.

§ 28 (1) Wer vorschriftswidrig Suchtgift in einer die Grenzmenge (§ 28 b) übersteigenden Menge mit dem Vorsatz erwirbt oder besitzt, dieses zu befördern, einzuführen, auszuführen, es einem anderen anzubieten, zu überlassen oder zu verschaffen (eine nach § 27 Abs. 1 Z. 1 strafbare Tat zu begehen), ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.

Ebenso ist zu bestrafen, wer Opiummohn, den Kokastrauch oder die Cannabispflanze (die im § 27 Abs. 2 Z. 3 SMG genannten Pflanzen) mit dem Vorsatz, daraus eine solche Menge Suchtgift zu gewinnen, anbaut.

(2) wie § 28 Abs. 1 des Entwurfes mit den Abänderungen

a./ dieses zu befördern, einzuführen, auszuführen, es einem anderen anzubieten, zu überlassen oder zu verschaffen

b./ „mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren“ (hierzu siehe Punkt 8. der Stellungnahme)

c./ dass der letzte Satz zu lauten hat: „Ebenso ist zu bestrafen, wer Opiummohn, den Kokastrauch oder die Cannabispflanze (die im § 27 Abs. 2 Z. 3 SMG genannten Pflanzen) mit dem Vorsatz, daraus eine solche Menge Suchtgift zu gewinnen, anbaut.“

Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter Bundesvertretung Richter und Staatsanwälte in der GÖD

Justizpalast, Museumstr.12, A- 1016 Wien

Tel: +43 1 52152 3644, Fax: +43 1 52152 3643

E-Mail: ute.beneke@richtervereinigung.at,

<http://www.richtervereinigung.at>

ZVR-Zahl 947673779

Seite 12 von 32

ZVR-Zahl 576439352

(3) wie § 28 Abs. 2 des Entwurfes mit der Änderung „wer die nach Abs. 2 strafbare Tat ...“

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

8.) Angleichung der Strafdrohungen der Verbrechenstatbestände an die Systematik des sonstigen österreichischen Strafrechts.

Aus einem (ohne intensivstes Studium der Gesetzesmaterialien zur Entstehung des ursprünglichen SGG 1971 bzw. 1980) nicht mehr wirklich nachvollziehbaren Grund ist bei den Verbrechenstatbeständen - offenbar aus „Tradition“ - noch immer die Strafdrohung **von bis zu 5 Jahren Freiheitsstrafe** vorgesehen.

Im österreichischen Strafrecht hat die Strafdrohung bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe ansonsten (die früher noch bestehende Ausnahme im FremdenG ist im FremdenpolizeiG seit 1.1.2006 beseitigt) immer die Untergrenze von sechs Monaten.

Es kann im Suchtgift/-mittelbereich kein Argument gefunden werden, dass gerade hier den Entfall der Untergrenze rechtfertigen könnte.

Wenn dies zur „milderen“ Behandlung von Süchtigen dienen sollte, so darf darauf hingewiesen werden, dass mit den zahlreichen Privilegierungen (§§ 27 Abs. 5, 28 Abs. 3, 28a Abs. 3, 31 Abs. 3, 31a Abs. 4; 35; 39) der Krankheit der Suchtkranken ohnehin so weit Rechnung getragen ist, dass es nicht noch darüber hinaus noch des Entfalls der Strafuntergrenze bedarf (dieser war möglicherweise in den Kinderschuhen des SGG, vor Einführung der Diversion oder des Strafaufschubes, zweckmäßig und ist durch die Zeit überholt.)

Aus langjähriger Praxis ist bekannt, dass in den Fällen, wo ein Verbrechen nach § 28 Abs. 2 (oder früher § 12 Abs. 1 SGG) zur Verurteilung gelangte, in praktisch allen Fällen eine Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten verhängt wurde (und wird). Die - überaus wenigen - Ausnahmefälle, in denen auf eine Strafe unter 6 Monaten erkannt wurde, wäre diese Strafe bei Bestehen einer Untergrenze jederzeit mit der außerordentlichen Strafmilderung nach § 41 StGB zu begründen gewesen.

Überspitzt ausgedrückt: das Einzige, das sich das Gericht durch das Fehlen der Untergrenze erspart ist die Anführung des § 41 StGB.

Vorschlag:

Bei den Verbrechenstatbeständen wird die Strafdrohung „bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe“ durch „sechs Monate bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe“ ersetzt.

Dies hätte - abgesehen von einer Harmonisierung der Strafdrohungen im gesamten Strafrechtsbereich - auch zur Folge, dass derzeit bestehende (durch Übersehen bei der Gesetzgebung des SMG 1997) Widersprüchlichkeiten in der Strafbarkeit beseitigt werden würden.

Durch das Fehlen der Untergrenze von sechs Monaten besteht derzeit (und auch nach diesem Entwurf) der Widerspruch zum Stufenbau der Rechtsordnung und der Sanktionen, dass das Komplott (§ 277 Abs. 1 StGB) strenger bestraft ist als die eigentliche Ausführung einer nach § 28 Abs. 2 (28a Abs. 1 n.F.) strafbaren Handlung.

Würde man die Strafdrohung ohne Untergrenze beibehalten, müsste diesem Umstand allenfalls durch Änderung des § 277 StGB Rechnung getragen werden. In diesem Fall müsste die Änderung des § 277 weit umfangreicher ausfallen, weil durch die Aufnahme des § 31 a (neue Fassung, Artikel II Pkt. 3 des Entwurfes) ohne Anführung von Absätzen das - noch größere - Paradoxon entsteht, dass hier die Strafobergrenze des Komplotts um zwei Jahre höher ist als die des vollendeten Deliktes !!! (Näheres dazu unten).

9.) Zum Suchtgifthandel nach § 28 a (neu):

Aus der Erfahrung heraus kann gesagt werden, dass die Einführung des dann als „große Menge“ bezeichneten fünfzehnfachen der Grenzmenge die gewerbsmäßige Begehung in Bezug auf die Strafwürdigkeit dieses Verhaltens wohl kaum befriedigend ersetzen kann.

Es besteht ein Widerspruch darin, dass man kleine Mengen gewerbsmäßig (also ausschließlich in Gewinnabsicht und für den Lebensunterhalt) verkaufen kann, nicht aber auch große Mengen.

Die durchschnittliche Strafsache bei gewerbsmäßigem Verkauf im Straßenhandel oder im „Großhandel“ (Verteilung importierter Suchtgiftmengen an Unterverteiler und Straßenhändler) umfasst - weil auch die Qualität der Suchtgifte bei Heroin (und in geringerem Ausmaß auch bei Kokain) drastisch gesunken ist - kaum jemals das zehnfache der großen Menge, geschweige denn das Fünfzehnfache. Heroin ist im Straßenhandel derzeit von überaus schlechter Qualität: 5 % Reinheitsgrad ist schon fast gute Ware, 3 % noch guter Durchschnitt; 1 % und weniger sind auch schon vorgekommen. Das ganze ist darauf zurückzuführen, dass immer mehr Personen in den - trotz aller Risiken immer noch - lukrativen Straßenhandel einsteigen und auch (oder sogar gerade durch) übermäßiges Aufstrecken beträchtliche Gewinne zu erzielen sind. Der Konsument kann die „Marktmechanismen“ nicht ausnützen, weil eben kaum andere Dealer im Geschäft sind, die bessere Ware anbieten.

Konkret heißt das: um das fünfzehnfache der großen Menge bei Heroin zu erreichen, muss bei einem gegebenen Reinheitsgrad von 3 % Diacetylmorphin **der Verkauf von 1.500 Gramm (eineinhalb Kilogramm!) Heroin** nachgewiesen werden.

Bei der gegebenen Lage im Straßenhandel und der „Aufklärungsarbeit“ der Wiener Polizeibehörden (Personalmangel) ist dieser Nachweis in praktisch allen Fällen eines Straßenhändlers nicht zu erbringen. Es wäre erforderlich, durch zugegebenermaßen mühsame und personalintensive Recherchen (wie z.B. Rufdatenrückerfassung der benützten Mobiltelefone, Ausforschung von Abnehmern über die Anschluss Teilnehmer, Befragung aller bekannten Suchtgiftabhängigen die das vom Verdächtigen bevorzugte Verkaufsgebiet frequentieren und Ähnliches) Beweise zu sammeln, die den Verkauf dieser Menge belegen. Abgesehen davon, dass bei ständig sinkenden Ressourcen bei der Kriminalpolizei dieser Aufwand nicht betrieben werden wird, kommt noch dazu, dass die Suchtgiftabhängigen keine „Buchführung“ haben und deren Angaben notorisch unzuverlässig sind. Nicht zuletzt ist durch die Verkaufsart (in Kugeln verpacktes Suchtgift, der Inhalt an Suchtgift variiert und ist nicht immer gleich und die Abnehmer können sich maximal an die - ungefähre - Anzahl der Kugeln erinnern) in Kleinmengen – Konsumportionen im Bereich von 0,2 bis 0,4 Gramm - bei der oben gegebenen Menge der Nachweis des Verkaufes von **3.750 bis 7.500 „Kugeln“** erforderlich.

War bisher schon der Nachweis des Verkaufs einer die große Menge übersteigenden Menge nicht leicht zu erbringen – das über Fünzfachfache erscheint mir in den meisten Fällen unmöglich zu sein.

Letztlich ist – auch wegen der äußerst knapp bemessenen Zeit, die für diese Stellungnahme zur Verfügung steht – es einfach nicht möglich, alle Aspekte zu beleuchten und die Argumente, die für die Beibehaltung der Gewerbsmäßigkeit auch im Bereich der großen Menge sprechen würden, vollständig zu erfassen und anzuführen.

Ein Argument ist, dass sich das Verständnis der Allgemeinheit für eine als Entkriminalisierung von in reiner Gewinnabsicht handelnden Suchtgiftverkäufern zu wertende Abschaffung dieses Tatbestandes in sehr engen Grenzen halten wird.

Bei den Tätergruppen, die den Handel mit Heroin und Kokain auf der Straße dominieren, ist bereits jetzt eine „generalpräventive“ Wirkung von Strafen ohnehin schon praktisch nicht vorhanden.

Die zeitliche Wirkung einer „Spezialprävention“ ist im überwiegenden Teil der Fälle gleichbedeutend mit der Dauer der tatsächlich vollzogenen Freiheitsstrafe. Nach einer Haftentlassung (ob vorzeitig oder auch nach vollständigem Vollzug ist irrelevant) wird der Verkauf von Heroin und Kokain wieder aufgenommen.

Es muss daher bezweifelt werden, dass die Einschränkung der Strafbarkeit durch Entfall der Gewerbsmäßigkeit bei großen Mengen – eben so wie die Reduktion der Strafdrohung im Bereich der Kleinen Mengen – das richtige Signal setzt, wenn die Strafbarkeit von reinen Suchtgiftkonsumenten zugleich verdoppelt wird.

Es besteht angesichts der oben schon einmal angeführten Tatsache, dass diese Täter, wie zahlreiche Beweisverfahren ergeben haben, in Gruppen „arbeiten“ und daher sich ziemlich leicht postulieren lässt, dass mindestens drei Personen sich zusammengefunden haben (**kriminelle Vereinigung**) eine ausreichende Verdachtslage und Grundlage, jedes mal den § 28a Abs. 2 2. Fall SMG neu heranzuziehen. Inwieweit dies in einer Hauptverhandlung jetzt leicht oder schwer zu beweisen sein wird, muss die Zukunft weisen.

Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter Bundesvertretung Richter und Staatsanwälte in der GÖD

Justizpalast, Museumstr.12, A- 1016 Wien

Tel: +43 1 52152 3644, Fax: +43 1 52152 3643

E-Mail: ute.beneke@richtervereinigung.at,

<http://www.richtervereinigung.at>

ZVR-Zahl 947673779

Seite 15 von 32

ZVR-Zahl 576439352

10.) Die Privilegierung des § 28 a Absatz 3

Die Privilegierung wirkt wieder – wie bei § 27 Abs. 5 schon angeführt – das Problem auf, ob im Fall des Absatz 2 das Schöffengericht oder doch – wegen der entsprechend reduzierten Strafdrohung – nur der Einzelrichter zuständig ist, wenn aufgrund der Aktenlage von vornherein feststeht, dass die (unter Abs. 2 zu subsumierende Tat) vorwiegend deshalb begangen wurde, um sich für den persönlichen Gebrauch Suchtmittel oder die Mittel zu deren Erwerb zu verschaffen und der Täter an ein Suchtmittel gewöhnt ist.

Aus der Formulierung: „**ist nur nach Absatz 1 (Absatz 2) zu bestrafen**“ wurde abgeleitet, dass damit die jeweilige Qualifikation entfällt und die Strafbarkeit auf den Grundstraftatbestand zurückfällt.

Das ist bei der gewählten Formulierung im § 28 a neu ebenso wie bei §§ 27 und 28 aber nicht der Fall – es wird eben nicht „nur“ auf den Grundtatbestand verwiesen, sondern eigenständige Strafdrohungen geschaffen (§§ 27 Abs. 5, 28 Abs. 3 und 28 a Abs. 3).

1Ganz unbedeutend ist diese Frage aber nicht, wie bereits oben beim Beispiel des Suchtgiftkonsumenten N.N. angeführt. Wird nicht eine Ausnahme vom Zusammenrechnungsprinzip aufgenommen, dann kommt es zwangsläufig zu einer – sicherlich nicht beabsichtigten – Kriminalisierung reiner Konsumenten. Die „Korrektur“ durch Heranziehung des § 35 SMG auch bei Verbrechenstatbeständen greift aber nur, wenn tatsächlich im Fall der Privilegierung es zu einer Verschiebung der Zuständigkeit zum Einzelrichter kommt: dann – und nur dann – könnte § 35 Abs. 2 zur Anwendung gelangen.

Wenn es sich um eigenständige Strafdrohungen handelt, ist die Benützung des Wortes „nur“ wohl entbehrlich, zumal dieses in der Gesetzessystematik des StGB und anderer Strafbestimmungen – soweit in der kurzen zur Verfügung stehenden Zeit beurteilbar – nicht vorkommt.

Vorschläge:

- **Entfall des Wortes „nur“ bei §§ 27 Absatz 5, 28 Absatz 3, 28a Absatz 3, 31 Absatz 3, 31a Absatz 4**
- **Klarstellung durch Einfügung einer Bestimmung (allenfalls im Bereich der StPO):**
„Die sachliche Zuständigkeit richtet sich in den Fällen der §§ 27 Absatz 5, 28 Absatz 3, 28a Absatz 3, 31 Absatz 3, 31a Absatz 4 nach den dort normierten Strafdrohungen.“

11.) § 28 b – Grenzmengen und Verordnungskompetenz:

Dazu wurden seitens des LG für Strafsachen Wien bereits in der Stellungnahme zur Einführung des SMG im Jahr 1997 ausführlich Bedenken dargelegt, denen nicht gefolgt wurde. Es sei nur am Rande erwähnt, dass eben die damals als rechtsstaatlich bedenklich angesehene jederzeit mögliche Hinauf- und Hinabsetzung der Grenzmengen (und damit Schaffung und Abschaffung von Verbrechenstatbeständen durch die Exekutive) dann bei Heroin tatsächlich passiert ist und in weiterer Folge durch ein offenkundiges Redaktionsversehen für Heroin (Diacetylmorphin) zwei einander widersprechende Grenzmengen in der Suchtgiftgrenzmengenverordnung vorhanden waren, die jahrelang (bis Juni 2006) nicht beseitigt wurden.

Da diese Regelung bereits seit fast 10 Jahren in Kraft und mit keiner Abänderung zu rechnen ist, sind weitere Ausführungen entbehrlich.

Die Erweiterungen durch das Zusammenrechnungsprinzip und die Ausnahmen hiervon wurden bereits oben (II./1./) angeführt.

12.) Zu den Strafbestimmungen psychotrope Stoffe allgemein:

Da die Tathandlungen hier ident mit denen nach §§ 27 ff sind, gilt das dort angeführte auch für diese Bestimmungen, ebenso das Zusammenrechnungsprinzip und die damit für Suchtmittelabhängige verbundenen Schwierigkeiten und Verschärfungen.

13.) Zu den §§ 31 und 31 a SMG:

A./ Zu § 31 Abs. 1:

Hier gilt im Wesentlichen das, was zu § 28 angeführt wurde. Es ist kriminalpolitisch problematisch, die bestehende Strafdrohung von bis zu 2 Jahren Freiheitsstrafe für Erwerb und Besitz einer großen Menge bis zum 15-fachen der großen Menge zu halbieren und daher in gewissem Sinn zu „entkriminalisieren“, wenn zugleich die bisherige Strafbestimmung des § 31 Abs. 2, die eine Höchststrafdrohung von 5 Jahren für jede denkbare Menge dieser Stoffe vorsahen, jetzt im Fall einer kriminellen Vereinigung **verdoppelt** wird.

Auch hier wird einerseits wieder eine Lücke im Stufenbau der Sanktionen aufgetan, die besser vermieden werden sollte, andererseits das Paradoxon geschaffen, dass das hinsichtlich der Menge (das fünfzehnfache) idente **Vorbereitungsdelikt des § 31 Abs. 1 mit derselben Strafe bedroht ist, wie die Tatausführung in § 31 a Abs. 2.**

Dem Stufenbau der Rechtsordnung würde besser entsprochen, wenn ein Vorbereitungsdelikt mit geringerer Strafe als die Deliktsausführung bedroht ist.

B./ Zu § 31 a Abs. 1:

Hier wird die Strafdrohung von bisher fünf auf drei Jahre reduziert. Was dazu in den Erläuternden Bemerkungen angeführt wird, ist nicht verständlich. Dort ist von einer „Grundstrafdrohung von 2 Jahren“ die Rede. Weder im § 30, noch im § 31 noch im § 31 a (jeweils neue Fassung) findet sich eine Strafdrohung von 2 Jahren.

Diese Strafdrohung hat ausschließlich der – im Entwurf abgeschaffte - Erwerb und Besitz einer großen (nunmehr die Grenzmenge übersteigende) Menge mit Inverkehrsetzungsvorsatz nach § 31 Abs. 1 SMG (i.d.g.F.). Dies als „Grundtatbestand“ zu bezeichnen, entbehrt angesichts der Systematik des SMG jeder Grundlage.

„Grundtatbestand“ des § 31 a SMG ist – wie auch im Bereich der Suchtgifte der § 27 Abs. 2 Z. 1 – der § 30 Absatz 2 Ziffer 1. Dieser Grundtatbestand hat – ebenso wie der Suchtgifttatbestand – die Strafdrohung von bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen.

Das Argument in den Erläuternden Bemerkungen, dass der *„Sprung ohne Zwischenstufe von bisher zwei Jahren auf fünf Jahre im Fall des Vorliegens des Qualifikationstatbestandes zu groß erscheint“* negiert völlig die Gesetzessystematik:

der Grundtatbestand ist, wie angeführt, § 30 Abs. 2 Z. 1 und § 31 a Abs. 1 ist der Tatbestand der großen Menge. Im Suchtgiftbereich springt die Strafdrohung auch von einem gleich auf fünf Jahre, wenn die große Menge überschritten wird.

Offenbar wurde hier das Vorbereitungsdelikt des geltenden SMG mit dem Grunddelikt (bei Überschreiten der großen Menge) verwechselt.

Dem Argument, dass psychotrope Stoffe ein geringeres Gefährdungspotential aufweisen - wodurch die Reduzierung der Strafdrohung gerechtfertigt werden kann (Erläuternde Bemerkungen) - wurde im „alten“ SMG dadurch Rechnung getragen, dass – im Gegensatz zu den Suchtgiften – einerseits die Gewerbsmäßigkeit praktisch zur Strafbarkeitsvoraussetzung beim Grunddelikt wurde (siehe § 30 Abs. 2 SMG in der geltenden Fassung) und nur das Erreichen der großen Menge als Verbrechenstatbestand normiert wurde. Alle sonstigen Qualifikationen, die bei Suchtgiften normiert wurden, kommen bei psychotropen Stoffen nicht vor (weder Gewerbsmäßigkeit, noch kriminelle Vereinigung, noch das 25-fache der großen Menge, um die wichtigsten davon anzuführen).

Das Grundproblem scheint darin zu liegen, dass nun aufgrund des Ratsbeschlusses auch bei psychotropen Stoffen dieselben Strafbestimmungen zu normieren sind, weil dieser nur „Drogen“ (in denen die psychotropen Stoffe beinhaltet sind) und „Grundstoffe“ kennt und daher offenbar keinen Unterschied im Gefährdungspotential macht und kennt.

Umso weniger würde die Reduktion der Strafdrohung von fünf auf drei Jahre beim Grundtatbestand bei Überschreiten einer großen Menge an sich in der Intention des Ratsbeschlusses liegen. Sie ist aber durchaus zu rechtfertigen.

Auf die Problematik der Reduktion der Strafdrohung auf 3 Jahre im Zusammenhang mit der Strafdrohung des Komplottdeliktes hierzu nach § 277 Abs. 1 StGB wurde oben bereits hingewiesen.

C./ Lösungsvorschlag:

Die §§ 31 und 31 a lauten: (auf die Ausführungen im Punkt 7 darf hingewiesen werden)

§ 31 (1) Wer vorschriftswidrig einen psychotropen Stoff in einer die Grenzmenge (§ 31 b Abs. 1) übersteigenden Menge mit dem Vorsatz erwirbt oder besitzt, dieses zu befördern, einzuführen, auszuführen, es einem anderen anzubieten, zu überlassen oder zu verschaffen (eine nach § 30 Abs. 2 Z 1 strafbare Handlung zu begehen), ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

(2) Wer vorschriftswidrig einen psychotropen Stoff in einer das Fünzfache der Grenzmenge (§ 31 b Abs. 1) übersteigenden Menge (große Menge) mit dem Vorsatz erwirbt oder besitzt, dieses zu befördern, einzuführen, auszuführen, es einem anderen anzubieten, zu überlassen oder zu verschaffen (eine nach § 30 Abs. 2 Z 1 strafbare Handlung zu begehen), ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.

(3) Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren ist zu bestrafen, wer die nach Absatz 2 strafbare Tat als Mitglied einer kriminellen Vereinigung begeht.

(4) Unter den im § 27 Abs. 5 genannten Voraussetzungen ist der Täter jedoch im Fall des Abs. 1 mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen, im Fall des Absatz 2 mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren, im Fall des Absatz 3 mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

§ 31 a (1) Wer vorschriftswidrig einen psychotropen Stoff in einer die Grenzmenge (§ 31 b Abs. 1) übersteigenden Menge erzeugt, befördert, einführt, ausführt oder einem anderen anbietet, überlässt oder verschafft, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.

(2) Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren ist zu bestrafen, wer die Tat in Bezug auf einen psychotropen Stoff in einer das Fünzfache der Grenzmenge (großen Menge) begeht.

(3) Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren ist zu bestrafen, wer die nach Absatz 2 strafbare Tat als Mitglied einer kriminellen Vereinigung begeht.

(4) Unter den im § 27 Abs. 5 genannten Voraussetzungen ist der Täter jedoch im Fall des Abs. 1 mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren, im Fall des Abs. 2 mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und im Fall des Absatz 3 mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

§ 31 b: der bisherige Text erhält die Bezeichnung Absatz 1.

- 1. Außer im Fall des § 30 Abs. 1 ist für die Grenzmenge (Abs. 1) und deren Vielfaches, wenn der Täter mehrere Taten derselben Art begangen hat, die Summe der Mengen der einzelnen psychotropen Stoffe maßgeblich.**
- 2. Wird ein psychotroper Stoff ausschließlich zum persönlichen Gebrauch befördert oder mit dem Vorsatz, diesen zu befördern, erworben und besessen, findet eine Zusammenrechnung nach Abs. 2 nicht statt.**

14.) Vorgriff: Bereinigung des § 277 Abs. 1 StGB:

Es passt nun in diesem Zusammenhang, das durch die ohne Anführung von Absätzen in Artikel III Punkt 3. geschaffene Paradoxon zu korrigieren.

Vorschlag:

„3. In § 277 Abs. 1 wird der Verweis „§§ 28 Abs. 2 bis 5 oder 31 Abs. 2“ durch den Verweis „§ 28 a Abs. 1, Abs. 2, Abs. 4 und Abs. 5 oder 31 a Abs. 2 und Abs. 3“ ersetzt.“

Dies aber nur dann, wenn bei den Strafen der Tatbestände nach § 28 a Abs. 1 und 31 a Abs. 2 tatsächlich die Untergrenze von sechs Monaten eingeführt wird.

Zur Begründung, warum auch bei § 28 a Absätze angeführt werden, darf darauf hingewiesen werden, dass in den privilegierenden Bestimmungen der § 28 a Abs. 3 und § 31 a Abs. 4 Strafdrohungen normiert werden, die – bis auf jeweils eine Ausnahme – immer niedriger als die Strafdrohung des Komplottdeliktes liegen und denselben Effekt wie die Aufnahme des § 31 a Abs. 1 hätten. Wie man der – für das Komplottdelikt auch ausreichenden - Herabsetzung der Strafdrohung auf sechs Monate bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe Rechnung tragen könnte, kann in der absolut zu kurz bemessenen Zeit für diese Stellungnahme nicht mehr gründlich durchdacht werden.

Wird im SMG keine Untergrenze eingeführt, dann erübrigt sich zwar ein Nachdenken darüber, es müssten dann aber die §§ 28 a Abs. 1 und 31 a Abs. 2 aus der Bestimmung des § 277 Abs. 1 StGB herausfallen – außer man entscheidet sich, die Strafuntergrenze bei § 277 Abs. 1 StGB entfallen zu lassen.

Eine Ausnahme vom Tatbestand des Komplottdeliktes bei Vorliegen der privilegierenden Voraussetzungen nach § 27 Abs. 5 SMG ließe sich aber kriminalpolitisch möglicherweise rechtfertigen.

15.) Zu § 35 SMG:

a.) Abs. 1:

Zu begrüßen ist, dass bei den Voraussetzungen für den Rücktritt von der Verfolgung wieder auf die Ausschließlichkeit abgestellt wird.

Andererseits setzt die obligatorische Verfahrenseinstellung bei Überlassung eines Suchtgiftes (psychotroper Stoffe) an einen anderen ohne daraus einen Vorteil zu ziehen, in generalpräventiver Hinsicht ein falsches Signal.

Bisher wurde – durch die entsprechenden Strafdrohungen und Sanktionen – den Süchtigen klar vor Augen geführt, dass Erwerb und Besitz (der Konsum ist an sich ja straflos) eine Sache sind, die Weitergabe (gleich ob entgeltlich oder unentgeltlich) aber eine ganz andere.

Es besteht dann die Gefahr, dass die Tathandlungen „einem anderen überlassen“ und „einem anderen verschaffen“ - und diese bilden den Kernbereich mit dem höchsten Handlungsunwert bei Suchtgiften (und Psychotropen Stoffen) im Bereich der Süchtigen zu „Kavaliersdelikten“ verkommen.

Vorschlag:

Streichung des Passus „oder für den persönlichen Gebrauch eines anderen begangen worden ist, ohne dass der Beschuldigte daraus einen Vorteil gezogen hat“.

b.) Absatz 2:

Einem verpflichtenden vorläufigen Rücktritt von der Verfolgung (muss statt bisher kann) auch bei Beschaffungsdelikten bis hin zu Einzelrichter-Verbrechenstatbeständen muss aus ähnlichen Erwägungen wie zu Absatz 1 entgegengetreten werden.

Die meisten Gegenargumente werden hauptsächlich bei den Ausführungen zum § 39 SMG noch ausführlich angeführt werden.

Hier nur kurz:

Während im Suchtgiftbereich die Rechtsgüter Leben und Gesundheit von – praktisch ausschließlich – bereits selbst Süchtigen gefährdet werden (und diese durch den Konsum der Drogen - um den Begriff des RB zu benützen – noch eine Handlung setzen müssen, damit sich diese Gefahr tatsächlich realisiert), gehen die Beschaffungsdelikte weit darüber hinaus: Hier wird – teils äußerst massiv – in Rechtsgüter anderer eingegriffen, die in eine „Selbstgefährdung“ nicht eingewilligt haben und (meist) nur zum Handkuss kommen, weil sie über Vermögenswerte verfügen, die der Süchtige zur Finanzierung seiner Sucht (meist aber zusätzlich auch noch seines Lebensunterhaltes, weil er über kein Einkommen verfügt) braucht.

Andererseits: Es besteht auch eine Ungleichbehandlung „Süchtiger“: Warum soll ein Krimineller, der „spielsüchtig“ oder „alkoholsüchtig“ ist, nicht auch privilegiert werden?

Vorschlag:

Beibehaltung der bisherigen Regelung.

16.) Zum Strafaufschub nach § 39 SMG allgemein:

Bereits in der Stellungnahme des Landesgerichtes für Strafsachen Wien zur Einführung des SMG im Jahr 1997 wurde ausführlich argumentiert, warum ein Strafaufschub, der im Bereich der Beschaffungskriminalität nur an der verhängten Strafe und nicht auch am zugrunde liegenden Delikt gemessen wird, nicht zielführend ist.

Damals wurde den Argumenten gefolgt und die – in der Stellungnahme vorgeschlagene – Grenze von fünf Jahren Freiheitsstrafe bei Beschaffungsdelikten ins SMG übernommen.

Ohne auf die bei der Gesetzwerdung maßgeblichen Argumente einzugehen, wird nun mit der lakonischen Begründung, dass eine Ungleichbehandlung verschiedener Tätergruppen beseitigt werden müsste, eine Regelung geschaffen, die weder den general- noch spezialpräventiven Erwägungen zum Strafaufschub Rechnung trägt.

Es ist zwar richtig, wie in den EB angeführt, dass die Drogensüchtigen bei den Suchtgiftdelikten teils auch über 5 Jahren liegende Strafdrohungen hatten und dennoch einen Aufschub nach § 39 SMG bekommen, nur mutet seltsam an, dass in Erläuternden Bemerkungen zu einem Gesetz zwar ein Artikel in den Salzburger Nachrichten, nicht aber auch die damalige Stellungnahme und die Erwägungen des damaligen Gesetzgebers, die zu dieser Regelung führten, zitiert werden und quasi eine unsachlich motivierte Ungleichbehandlung unterstellt wird.

Denn ganz so einfach ist die Sache nämlich nicht.

Wie oben angeführt, werden im Suchtgiftbereich die Rechtsgüter Leben und Gesundheit von – praktisch ausschließlich – bereits selbst Süchtigen gefährdet (und diese durch den Konsum der Drogen - um den Begriff des RB zu benützen – noch eine Handlung setzen müssen, damit sich diese Gefahr tatsächlich realisiert).

Damit lässt sich durchaus rechtfertigen, dass hier nur die tatsächlich verhängten Strafen maßgeblich sind. Dies hat auch noch den Vorteil langjährig geübter Praxis – schon nach dem SGG war bei Einführung des Strafaufschubes nach § 23 a die Strafdrohung unmaßgeblich. Auf der anderen Seite kannte das SGG keinen Strafaufschub für Beschaffungsdelikte. Ein solcher war aber wünschenswert geworden, weil aufgrund der fehlenden Strafuntergrenze (siehe oben III./8.)) bei gemeinsamer Aburteilung von § 12 Abs. 1 SGG und §§ 127, 129 StGB die Gewährung eines Strafaufschubes ausgeschlossen war, weil die Strafe nach der strengeren Bestimmung (§ 129 StGB) auszumessen war, und daher die Strafe nicht „nach diesem Bundesgesetz“ (Voraussetzung des § 23 a SGG) verhängt wurde.

Beschaffungsdelikte gehen dagegen weit darüber hinaus: Hier wird – teils äußerst massiv – in Rechtsgüter anderer eingegriffen, die in eine „Selbstgefährdung“ nicht eingewilligt haben und nur zum Handkuss kommen, weil sie über Vermögenswerte verfügen, die der Süchtige zur Finanzierung seiner Sucht (meist aber zusätzlich auch noch seines Lebensunterhaltes, weil er über kein Einkommen verfügt) braucht.

Es müssen hier ganz speziell die Delikte betrachtet werden, die aufgrund der Drogensucht in letzter Zeit (und auch schon vor Einführung des SMG) überhand nehmen.

Aus der Erfahrung der Praxis kann gesagt werden, dass der überwiegende Teil der Raubdelikte bei Erwachsenen von Drogensüchtigen begangen werden.

Ein typisches Delikt der Beschaffungskriminalität ist daher der **Straßenraub nach § 142 Abs. 1 StGB**.

Süchtige, die Geld zur Finanzierung ihrer Sucht brauchen, suchen ganz bewusst alte Frauen aus, weil sie von diesen weniger Widerstand erwarten. Dann wird diesen Frauen mit – teils erheblicher – Gewalt die Handtasche weggerissen, nicht selten kommen die Opfer, wenn sie ihr Ersparnis (manchmal ist es das gesamte Geld, dass sie für einen Monat zum Leben brauchen) festhalten, zu Sturz und werden verletzt. Wenn die Verletzung schwer ist, wird aufgrund der Strafdrohung des § 143 StGB (Mindeststrafe 5 Jahre) ein Aufschub nach § 39 SMG in den überwiegenden Fällen kaum aktuell werden.

Der Handlungsunwert ist aber der selbe, ob jetzt die schwere Folge des § 143 eintritt oder nicht – weil es praktisch nur von den (für den Täter unbeeinflussbaren) Umständen abhängt, ob sich die alte Frau durch den Sturz jetzt schwer – oder gerade nur leicht – verletzt.

Der Straßenräuber hat gegenüber anderen, im Bereich der Beschaffungskriminalität üblichen Delikten eine Grenze überschritten, die bei der Frage, ob ihm die **Rechtswohltat** (es sollte kein absoluter Rechtsanspruch entstehen!) einer Therapie statt der verwirkten Strafe zu gute kommen soll, **nicht unbeachtlich bleiben kann**.

Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter Bundesvertretung Richter und Staatsanwälte in der GÖD

Justizpalast, Museumstr.12, A- 1016 Wien

Seite 23 von 32

Tel: +43 1 52152 3644, Fax: +43 1 52152 3643

E-Mail: ute.beneke@richtervereinigung.at,

<http://www.richtervereinigung.at>

ZVR-Zahl 947673779

ZVR-Zahl 576439352

In diesem Fall muss sowohl bei der Spezialprävention, als auch – und gerade hier – bei der Generalprävention der Vollzug der Strafe als Folge des Unrechtsgehaltes der Tat und der Schuld des Täters im Vordergrund stehen, abgesehen davon, dass der Bevölkerung jegliches Verständnis für Therapie statt Strafe im Falle von Straßenräubern mangelt. Es ist nicht zuletzt auch eine Aufgabe der Strafjustiz, zum Sicherheitsgefühl der Bevölkerung durch die Strafpraxis beizutragen.

Ein weiteres Beispiel wäre der Drogenabhängige, der einen Bankraub unter Verwendung einer so genannten „Soft-Gun“ (einer „echten“ Schusswaffe so täuschend ähnliche Nachbildung, dass selbst Experten den Unterschied manchmal nicht erkennen; um so weniger ein/e Bankkassier/in) verübt. Strafdrohung ist eben 1 bis 10 Jahre nach § 142 Abs. 1 StGB. Auch hier ist, selbst wenn die Strafe dann „nur“ drei Jahre beträgt, ein Strafaufschub unangebracht.

Generell ist festzuhalten, dass überall dort, wo sich der Täter zur Gewaltanwendung gegen andere entschlossen hat und diese Gewalt oder zumindest gefährliche Drohungen mit Gewalt (wie beim Raub) einsetzt, der Unrechtsgehalt der Tat und die Schuld des Täters so schwer wiegt, dass Therapie statt Strafe ausgeschlossen sein muss.

Das war auch der Grundgedanke in der Stellungnahme 1997. Aus offenbar denselben Erwägungen hat sich dann der Gesetzgeber entschlossen, diesem Umstand durch die Übernahme der Strafgrenze von 5 Jahren Rechnung zu tragen.

Man kann jetzt der Meinung sein, dass drogensüchtige **gewerbsmäßige** Einbrecher und solche, die jeweils Sachen im Wert von mehr als 3000 Euro stehlen, dadurch benachteiligt wären.

Das ist eine Wertungsfrage, wobei auch hier Argumente vorliegen, die den Ausschluss dieser Tätergruppen aufgrund des Unrechtsgehaltes der Tat und der Täterschuld rechtfertigen.

Ein Serieneinbrecher, der in eine Vielzahl von Wohnungen einbricht, um sich seinen Drogenkonsum zu finanzieren, greift, wie gesagt, massiv in fremde Rechte – und nicht nur allein Vermögensrechte – ein. Man denke nur an eine psychische Beeinträchtigung der Opfer solcher Einbrüche, ganz zu schweigen davon, dass der an der Wohnung bzw. Wohnungseinrichtung angerichtete Schaden nicht selten höher ist als die Beute.

Man könnte auch hier sagen, dass der Täter sich entschlossen hat, laufend ganz massiv fremde Rechtsgüter zu missachten und daher die Grenze zu einer sozusagen „schweren Schuld“ überschritten hat. Dasselbe gilt für die Täter, die immer wieder Wertgegenstände stehlen, die – wie der Vorsatz erfordert – allgemein und auch für den Täter erkennbar jedes mal mehr als dreitausend Euro wert sind.

Auch das erfordert, wenn laufend hoch- und höchstwertige fremde Sachen als Beute ausgewählt werden, schon ein höheres Ausmaß an krimineller Energie als ein durchschnittlicher, drogensüchtiger Beschaffungskrimineller (der Ladendiebstähle in Bezug auf Parfums, Spirituosen, Kleidungsstücken und dergleichen, deren Wert in der Regel einige hundert Euro nicht übersteigt, begeht) aufweist.

17.) Zu § 39 Absatz 1 im Detail:

Es ist weder die „Vereinfachung“, noch die Aufgabe der Differenzierung in eine „Muss“- und „Kann-Bestimmung“, noch das Zusammenziehen mit dem bisherigen Absatz 2 zweckmäßig.

Die Unterscheidung in einen (bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen) obligatorischen Strafaufschub bei Verhängung einer Strafe von 2 Jahren bei Suchtgiftdelikten wurzelt, wie gesagt, im § 23 a SGG.

Es wurde aufgrund langjähriger Praxis der Bedarf erkannt, dass in manchen Fällen, wo die an sich verwirkte, angemessene Strafe die Grenze von 2 Jahren übersteigen musste, die Behandlungsbedürftigkeit aber entsprechend groß war, eine Strafe von bis zu drei Jahren verhängt und trotzdem noch eine Therapie gewährt werden sollte (anstelle Überlegungen anstellen zu müssen, entweder eine Therapie durch die Strafe auszuschließen oder aber, um eine nach Überzeugung des Gerichtes absolut notwendige Behandlung ermöglichen zu können, eine außergewöhnlich und fast nicht mehr zu begründende milde Strafe von 2 Jahren zu verhängen).

Dies muss nach dem geltenden Recht von den Umständen des Einzelfalles abhängen und sorgfältig erwogen werden, ob auch bei Verhängung einer Strafe von mehr als zwei Jahren noch der Gedanke „Therapie statt Strafe“ oder aber der Vollzug der angemessenen Freiheitsstrafe im Vordergrund steht.

Das heißt nichts anderes, als dass auch bei den Strafen nach dem Suchtmittelgesetz eine Abwägung stattzufinden hatte (und hat), ob nicht die Prävention vor der Behandlung der Suchtgiftergebenheit kommen muss. Diese fand – zugestandenermaßen begründet in der „Tradition“ des § 23 a SGG – nicht generell, sondern eben erst bei einer zwei Jahre übersteigenden Strafe statt.

Die „Ungleichbehandlung“ von Drogenabhängigen im Bereich der Beschaffungsdelikte durch die Berücksichtigung der Schwere der Delikte (Art und Beweggrund der strafbaren Handlung, siehe § 6 Abs. 1 StVG!) ist daher nicht willkürlich, sondern wohlüberlegt und sachlich gerechtfertigt !

Diese Differenzierung muss daher unbedingt beibehalten werden, **zumindest, was die schwerwiegenden Delikte mit Gewaltelementen betrifft.**

Dies ist ein Ausdruck der Wertung dieser Delikte in der Rechtsordnung und findet auch in der Bestimmung des § 23 Abs. 1 StGB (Anstaltsunterbringung für gefährliche Rückfallstäter) ihren Ausdruck:

§ 23 Abs. 1 Z. 1: wenn die Verurteilung ausschließlich oder überwiegend wegen einer oder mehrerer vorsätzlicher strafbarer Handlungen [.....] **gegen fremdes Vermögen unter Anwendung oder Androhung von Gewalt gegen eine Person [.....] erfolgt.**

Genau diese Einschränkung muss bei der Therapie für Beschaffungskriminelle als Mindestvoraussetzung für die Frage eines Strafaufschubes nach § 39 SMG verbleiben.

Zur Frage der Ungleichbehandlung darf noch weiter angeführt werden, dass die Strafdrohungen bei Drogensüchtigen durch die jetzt im Entwurf vorhandenen zahlreichen Privilegierungen - außer im Fall des § 28 a Abs. 4 (Therapie bei § 28 a Abs. 5 ist absurd, wird daher gar nicht erwähnt) - ohnehin in den meisten Fällen auf **höchstens** (sechs Monate) **bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe** reduziert werden - und damit überhaupt kein Unterschied mehr zur Strafgrenze bei Beschaffungskriminellen besteht.

Auch im Fall des § 28 a Abs. 4 Ziffer 3 sind Fälle denkbar, welche die Voraussetzungen des § 27 Abs. 5 erfüllen würden, nur wurde hier - wie schon im alten SGG und SMG - keine Privilegierung durch Herabsetzung der Strafdrohung bzw. Zurückfallen auf das Grunddelikt bei Überschreiten der großen Menge geschaffen.

Weil diese Möglichkeit besteht, wurde im SGG wie auch im SMG i.d.g.F. durch die Formulierung „nach diesem Bundesgesetz“ auch vorgesehen, dass in diesen Ausnahmefällen, wo trotz der übergroßen Menge die Strafe „nur“ zwei, höchstens drei Jahre beträgt, dennoch ein Strafaufschub gewährt werden kann.

Eine „Ungleichbehandlung“ gegenüber den Beschaffungskriminellen ist darin aber nicht zu erblicken.

18.) Strafaufschub von Amts wegen:

Die in den erläuternden Bemerkungen angeführten Motive hierfür vermögen nicht überzeugen.

Die Frage einer möglichst frühzeitigen Prüfung der Voraussetzungen des § 39 SMG stellt sich in der Praxis nämlich in den meisten Fällen gar nicht - und erst recht nicht vor Ende der Hauptverhandlung (wichtigstes Kriterium ist wohl immer noch die **Strafe** - und die steht erst nach der Urteilsberatung fest).

Nicht zuletzt sind die Umstände des Einzelfalles zu beachten: liegen im Akt bereits Hinweise auf eine Gewöhnung an ein Suchtmittel vor und ist der Suchtgiftkonsum noch nicht so hoch (oder so langdauernd oder die Beeinträchtigung durch den Konsum so schwerwiegend), dass stationäre Behandlung in Erwägung zu ziehen ist - auch wird es auf den Eindruck ankommen, den das Gericht vom Beschuldigten/Angeklagten hat (und diesen bekommt man eben erstmals in der Hauptverhandlung), insbesondere wie die Motivation zur Absolvierung einer gesundheitsbezogenen Maßnahme zu werten ist; dann wird entschieden, ob eine ambulante Therapie ausreicht.

Wenn ja, dann erfolgt in Haftsachen unmittelbar mit oder nach dem Rechtsmittelverzicht des Beschuldigten (entsprechende Manuduktion durch das Gericht ist üblich) der Antrag auf Strafaufschub, also vor Rechtskraft (weil die Staatsanwaltschaft noch keine Erklärung abgegeben hat).

Bei Rechtsmittelverzicht der Staatsanwaltschaft wird zugleich die Äußerung zum Antrag auf Strafaufschub eingeholt und unmittelbar danach die Enthaftung (mit Verkündung des Beschlusses nach § 39 SMG und der damit verbundenen Weisungen) und zwar unabhängig davon, ob eine „Therapieplatzzusage“ vorhanden ist oder nicht (ob der Verurteilte die Weisung befolgt, liegt in seinem Ermessen. Tritt er die Therapie nicht an, kommt es zum Widerruf. Die Durchsetzbarkeit der Weisung durch Widerruf des Strafaufschubes und Vollzug der Strafe muss ausreichen. Zeigt der Verurteilte keinen Willen, die Therapie zu machen, ist das aus Sicht der Kostentragung günstiger, weil dann keine oder nur geringe Kosten entstehen).

Die in den EB angeführten „Verzögerungen“ durch ein Sachverständigengutachten sind daher keineswegs die Regel. Diese werden üblicherweise nicht deshalb eingeholt, um die Suchtgiftabhängigkeit festzustellen (dies geschieht nur dort, wo es für das Gericht fast offenkundig ist, dass die „Sucht“ durch die verhängte Strafe und dem Wunsch, der Vollstreckung derselben zu entgehen bedingt ist), sondern - wegen der obligatorischen Bestimmung des § 39 Abs. 3 SMG, dass eine Weisung auf stationäre Therapie nur nach einer solchen Untersuchung erteilt werden kann - zur Klärung der Frage, ob **eine stationäre Therapie** aufgetragen wird oder nicht.

Denn eines muss klar sein: nicht umsonst wurde im geltenden SMG (und auch im vorliegenden Entwurf) auf eine „**nicht offenbar aussichtslos**“ gesundheitsbezogene Maßnahme abgestellt. Therapie kostet Geld - und zwar meist Geld der Allgemeinheit (wobei es gleichgültig ist, aus welcher „Tasche“ es jetzt stammt - es handelt sich immer um Steuergelder oder Gelder der Sozialversicherung).

Aus der Erfahrung kann gesagt werden, dass gesundheitsbezogene Maßnahmen in ihrer Erfolgsaussicht ganz wesentlich von der Einsicht des Verurteilten abhängen. Es ist sehr sorgfältig zu prüfen, ob die Aussicht, jetzt nicht in Strafhaf, sondern auf freien Fuß zu kommen, das Motiv für die Bereitschaft zur gesundheitsbezogenen Maßnahme, oder aber tatsächlich eine gewisse Einsicht, selbst etwas gegen die Abhängigkeit tun zu müssen, vorhanden ist. Nur in letzterem Fall kann von einer Erfolgsaussicht gesprochen werden.

Ein Sachverständigengutachten kann hier hilfreich sein - es ist aber nicht der Regelfall.

Es wird dort eingeholt, wo Zweifel an der Drogensucht vorhanden sind und der Verdacht nahe liegt, dass der Antrag nur deshalb gestellt wird, um dem Strafvollzug zu entgehen (Die „Therapie“ einer Person, die nicht drogensüchtig ist, dies aber erfolgreich vorgetäuscht hat, steht geradezu unter „Erfolgsgarantie“ - ein nicht Süchtiger kann nie rückfällig werden !) oder dort, wo aufgrund des Vorlebens des Beschuldigten/Angeklagten die Erfolgsaussichten in Zweifel gezogen werden müssen.

Die „Verzögerung“ bis zur Entscheidung und Enthaftung kann aber auch im Interesse des Verurteilten gelegen sein: manche Therapiestellen verlangen, bevor sie eine Person stationär übernehmen, einen abgeschlossenen körperlichen Entzug.

Ist dieser im Zeitpunkt der Enthaftung nicht gegeben, wird zunächst der Entzug abgeschlossen und die eigentliche Behandlung beginnt erst später.

Die Bereitschaft, sich einer gesundheitsbezogenen Maßnahme zu unterziehen, muss sich daher - allenfalls nach entsprechender Manuduktion durch den Richter - bereits in einem diesbezüglichen A n t r a g manifestieren und nicht erst nach intensiver Belehrung durch das Gericht.

Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter Bundesvertretung Richter und Staatsanwälte in der GÖD

Justizpalast, Museumstr.12, A- 1016 Wien

Tel: +43 1 52152 3644, Fax: +43 1 52152 3643

E-Mail: ute.beneke@richtervereinigung.at,

<http://www.richtervereinigung.at>

ZVR-Zahl 947673779

Seite 27 von 32

ZVR-Zahl 576439352

Natürlich ist nicht ausgeschlossen, dass der rechtlich gut beratene Suchtgiftgroßhändler seine Bereitschaft (der Strafe zu entgehen) durch frühzeitige Anträge lange vor der Hauptverhandlung erkennen lässt und ein tatsächlich Drogenabhängiger diese Anträge nicht so frühzeitig stellt.

19.) Strafaufschub auch noch nach Übernahme in den Strafvollzug

Als Klarstellung, dass dieser Antrag auch noch nach der - im Fall der Untersuchungshaft unmittelbar mit Rechtskraft des Urteiles kraft Gesetzes an sich vorgesehenen - Übernahme in Strafhafte möglich ist, durchaus zu begrüßen.

Allerdings wäre eine Befristung für diesen Antrag wäre daher unbedingt vorzusehen.

20.) „Vereinfachung“ der Weisungen:

Der Entfall der Verpflichtung, die gesundheitsbezogene Maßnahme der Art nach im Beschluss nach § 39 SMG anzuführen, ist grundsätzlich zu begrüßen, da - ohne Sachverständigengutachten - das Gericht ohnehin nur global die in Frage kommenden Weisungen **von denen die Kosten übernommen werden können** zu erteilen: das waren § 11 Abs. 2 Z. 2, 3 und 4 (bei Z. 5 ist eine Weisung insoweit de facto ausgeschlossen, als dafür nach § 41 die Kosten nicht übernommen werden.)

Aber: Es ist nicht zweckmäßig, die Weisung auf stationäre Behandlung völlig wegzulassen.

Eine „Begutachtung“ durch einen Arzt einer nach § 15 SMG anerkannten Einrichtung ist in der Praxis nicht üblich. Die Mitarbeiter der Therapiestellen, die in der Vorbetreuung (Kontaktaufnahme mit den Häftlingen) tätig sind, sind in der Regel keine Ärzte. Es steht noch nicht einmal fest, ob für eine derartige Begutachtung durch die Therapiestellen auch tatsächlich Ärzte zur Verfügung stehen.

Des weiteren ist die Problematik nicht außer Acht zu lassen, dass die jeweilige Therapiestelle durchaus ein wirtschaftliches Interesse an einer positiven Stellungnahme haben kann, weil die Bezahlung der Einrichtung durch den Bund (weiteres dazu später bei § 41) hat.

Durch die bisherige Regelung konnte das Gericht, wenn aufgrund der Umstände des Falles von einer schweren Drogenabhängigkeit und hohen Rückfallswahrscheinlichkeit ausgegangen werden konnte, dem Verurteilten auch die Weisung erteilen, die **einzig Erfolg versprechende Maßnahme - nämlich die stationäre Behandlung** - aufzutragen **und deren Einhaltung auch** (§ 39 Abs. 5 Z. 1) **zu erzwingen**.

Die nunmehrige Regelung ist da nicht so eindeutig:

Kann das Gericht **nach Gutdünken** anordnen, eine stationäre Behandlung als Weisung zu erteilen?

Kann, wenn der Verurteilte (wie in zahlreichen Fällen belegt und belegbar) nach kurzer Zeit in stationärer Behandlung die Meinung entwickelt, dass ihm diese Einschränkung der Lebensführung nicht passt und er sich daher zwar weiterhin einer gesundheitsbezogenen Maßnahme, aber eben nur ambulant unterziehen wird, der Strafaufschub ebenfalls widerrufen werden und damit die Einhaltung der Weisung erzwungen werden? Oder ist das, weil dies nur eine Einschätzung durch das Gericht ist, „keine zumutbare“ Weisung und daher ein Widerruf nicht möglich?

Es sei wieder darauf hingewiesen, dass das Ziel einer gesundheitsbezogenen Maßnahme **die Drogenfreiheit** sein muss, und dies auch entsprechende Kosten verursacht.

Wenn eine stationäre Behandlung die einzig Erfolg versprechende ist, dann muss diese auch durchgesetzt werden können.

Besser ist die derzeit in Kraft geltende Bestimmung nach § 39 Abs. 3 SMG - also Sachverständigengutachten zur Feststellung der Voraussetzungen und Durchsetzbarkeit durch Widerruf der Weisung bei „Therapieplatzshopping“.

21.) Vorschläge:

1. Beibehaltung der bisherigen Regelung, also:

A./ Aufteilung

in Absatz 1 - Verurteilungen nach dem Suchtmittelgesetz:

bis zwei Jahre: Strafaufschub obligatorisch

über 2 bis 3 Jahre: Strafaufschub gebundenes Ermessen.

Absatz 2- Beschaffungskriminalität

bis drei Jahre Freiheitsstrafe: Strafaufschub gebundenes Ermessen

Voraussetzung: Delikt ist mit höchstens 5 Jahre Freiheitsstrafe bedroht.

B./ Beibehaltung des Absatz 3 - Sachverständigengutachten als Grundlage für die Weisung auf stationäre Behandlung (und damit verbunden die Durchsetzbarkeit dieser Weisung durch Widerruf)

2./ Beibehaltung der bisherigen Regelung und Modifikation der Voraussetzungen bei Beschaffungsdelikten:

Anstelle „mit höchstens 5 Jahren Freiheitsstrafe bedroht“ sind denkbar:

A./ „mit höchstens 5 Jahren Freiheitsstrafe bedroht, es sei denn, diese Strafdrohung gründet sich ausschließlich auf gewerbsmäßige Begehung“

oder

B./ „außer, wenn die Verurteilung wegen strafbarer Handlungen gegen fremdes Vermögen unter Anwendung oder Androhung von Gewalt gegen eine Person erfolgt“.

22.) § 41 SMG - Beschränkung der Therapiekosten.

Angesichts der vorgeschlagenen Änderung, den Strafaufschub nach § 39 SMG auf alle Tätergruppen gleich zu verteilen und bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe obligatorisch zu machen, mutet die Bestimmung des § 41 Abs. 2 erster Satz SMG doch etwas merkwürdig an.

Auf der einen Seite soll jeder eine Therapie bekommen, auf der anderen Seite werden die Ressourcen hierfür von vornherein begrenzt.

Das scheint nicht nur inkonsequent, sondern geradezu **kontraproduktiv**.

Zur Frage der Kostentragung (besser wäre vielleicht „Kosten**nicht**tragung“) sind die Ausführungen in den EB ausführlich und kann dem wenig hinzugefügt werden, außer, dass im Fall einer sozialgerichtlichen Durchsetzung einer Zahlungsverpflichtung der Länder mit schnellen gesetzlichen Änderungen zu rechnen ist, damit diese nicht für Therapiekosten aufkommen müssen.

Aber im Lichte dessen muss gesagt werden, dass dann die - nicht unbeträchtlichen Mittel, die die Justiz dafür aufwendet, zielführend und zweckmäßig - so weit es denn möglich ist - eingesetzt werden.

Daher ist bei der Frage von Therapien die **Erfolgsaussicht** ein wesentlicher Bestandteil und die Frage, **ob eine Erfolg versprechende Maßnahme auch durchgesetzt** werden kann.

Nicht zuletzt aber muss auch **sichergestellt sein, dass die Maßnahme so lange wie notwendig** durchgeführt werden kann.

Hier zeigt die vorgeschlagene Beschränkung der Kostenübernahme auf ein Jahr für stationäre Behandlung und zwei Jahre für ambulante Behandlung wenig Weitblick.

Tatsache ist, dass manche stationären Behandlungen länger als ein Jahr dauern können. Es ist auch eine Tatsache, dass diese Behandlungen (verbunden mit völliger Loslösung aus dem bisherigen Umfeld, Arbeitstherapie usw.) - sofern der Patient dies durchhält (die Abbruchquote ist höher als bei anderen Einrichtungen) - die besten Aussichten hat, tatsächlich drogenfrei zu werden und dies in vielen Fällen auch zu bleiben -- womit das eigentliche Ziel des Gedankens „Therapie statt Strafe“ vollinhaltlich verwirklicht wird.

Braucht nun dieser Verurteilte eine stationäre Behandlung von 13 oder mehr Monaten - dann aber praktisch mit (so weit dies möglich scheint) Erfolgsgarantie - so ist die Beschränkung der Geldmittel auf ein Jahr gleichbedeutend damit, dass dadurch die Behandlung vor dem zu erwartenden Erfolg abgebrochen werden muss: **keine Therapiestelle setzt die Behandlung „kostenlos“ oder zum weit geringeren Satz der ambulanten Therapie fort, auch wenn nach ein, zwei oder auch sechs Monaten der Erfolg fast garantiert werden könnte.**

Damit werden aber - wenn das Rückfallsrisiko fast schon zur Rückfallgarantie wird - alle bisherigen Ausgaben sinnlos und hätte man sich bereits die Gewährung des Strafaufschubes sparen können.

Wenn in den EB erwähnt wird, dass es Sache der Therapieeinrichtungen sein wird, mit einem Jahr das Auslangen zu finden und danach - bis zur Höchstdauer von 2 Jahren - auf halbstationäre oder ambulante Varianten umzusteigen, dann sollte man schon bedenken, dass diese Einrichtungen kostendeckend arbeiten müssen. Das heißt zwar, die Therapieeinrichtungen werden sich möglicherweise mit dieser Kostenregelung „durchfretten“ und sich dementsprechend verhalten - nur der **Erfolg** ist dann fraglich. Das wiederum kann den Einrichtungen egal sein, weil sie nicht für den Erfolg (vom Staat) bezahlt werden.

Der Erfolg ist aber die eigentliche Rechtfertigung für die Übernahme der Kosten durch den Bund, weil der ganze Gedanke „Therapie statt Strafe“ darauf beruht, durch die - auch kostenintensive - Behandlung in Zukunft noch höhere Kosten (volkswirtschaftlicher Schaden, Kosten weiterer Strafvollzüge usw.) zu vermeiden.

Wird auf einen Erfolg nicht mehr abgestellt, so könnten diese Mittel anderweitig sinnvoller eingesetzt werden.

Vorschlag:

Die Begrenzung des § 41 Abs. 2 erster Satz des Entwurfes wird ersatzlos gestrichen.

23.) Zu den Änderungen des StGB:

Auf die Probleme im Punkt 3.) - Änderung des § 277 Abs. 1 - durch die ohne Absätze vorgenommene - Anführung der §§ 28 a und 31 a wurde oben bereits hingewiesen.

Im Punkt 2.) wird dieselbe Regelung für den § 64 Abs. 1 Z. 4 StGB angeführt. Dazu wird zu bedenken gegeben, dass hier bisher nur **Verbrechenstatbestände** enthalten waren und nunmehr auch Vergehen angeführt werden. Es möge in Erwägung gezogen werden, ob die Inanspruchnahme von Kompetenz bei Auslandsstraftaten in diesen Fällen auch angemessen ist.

Auch im Punkt 1.) (Änderung des § 23 StGB) werden nunmehr durch die globale Anführung „§ 28 a SMG“ auch Vergehen nach dem SMG (Absatz 3!) - früher waren es nur Verbrechen - in die Regelung für gefährliche Rückfallstäter aufgenommen. Es dürfen hier auch noch die Ausführungen zu den drogenabhängigen Tätern in Erinnerung gerufen werden, wonach dann eventuell reine Konsumenten in diese Regelung fallen könnten.

24.) Änderung der Strafprozessordnung:

Die Verschiebung der Zuständigkeit des Verbrechensgrundtatbestandes bei Suchtgiftdelikten ist uneingeschränkt zu begrüßen, wenngleich eine Umqualifikation auf die mit ein- bis zehnjähriger Freiheitsstrafe bedrohten Tatbestände dann ein Unzuständigkeitsurteil mit entsprechend längerer Verfahrensdauer zur Folge haben müssen (was jetzt nicht unbedingt der Fall ist).

25.) Zu § 47 Abs. 9 - Inkrafttreten 1.1.2008

Es darf darauf hingewiesen werden, dass mit diesem Datum die größte Verfahrensreform in Kraft tritt, zu der es **noch nicht einmal eine entsprechende gesetzliche Anpassung für die Hauptverhandlung gibt (erst ein Entwurf) und über die geschäftsordnungsgemäße Behandlung der Verfahren noch gar keine Informationen vorhanden sind.**

Zugleich mit dieser Verfahrensreform auch noch eine derart umfassende Reform eines - vom Anfall her mit über 25.000 Anzeigen, wie in den EB angeführt - überaus umfangreichen Strafrechtsgebietes den Staatsanwaltschaften und Gerichten unter einem aufzuerlegen, scheint das, was bewältigbar erscheint, bei Weitem zu übersteigen.

Vorschlag: Inkrafttreten erst nach einer „Schonfrist“ zur praktischen Umsetzung der StPO-Reformen, also frühestens mit 1.7.2008 (besser 1.1.2009).