



Der Leiter
der Oberstaatsanwaltschaft Wien

Wien, am 12.10.2007

1016 Wien, Schmerlingplatz 11

Justizpalast, Postfach 51

Telefon 01/52 1 52-0*

Telefax 01/52 1 52-3800

e-mail ostawien.leitung@justiz.gv.at

Jv 4795 - 2/2007

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).

An das

Bundesministerium für Justiz

in Wien

zu BMJ-L703.040/0007-II 2/2007

In der Anlage werden die Stellungnahmen zu dem im Betreff genannten Gesetzesentwurf des Leiters der Staatsanwaltschaft Korneuburg, Mag. Walter GEYER, vom 5.10.2007, Jv 1141-2/07, Staatsanwalt der Staatsanwaltschaft Wien, Mag. Bernd JUNGNIKL, vom 2.10.2007, Jv 3249-2/07, der Staatsanwältin der Staatsanwaltschaft Wien, Mag. Petra STARIBACHER, vom 10.10.2007, Jv 3149-2/07, und EOSTAin Dr. Maria Luise NITTEL vorgelegt.

4 Beilagen

In Vertretung:

Dr. Maria Luise NITTEL e.h.

**REPUBLIK ÖSTERREICH**

Der Leiter
der Staatsanwaltschaft Korneuburg

KORNEUBURG, am 05.10.2007

Hauptplatz 18
A--2100 Korneuburg

Telefon (02262) 799*
Telefax (02262) 799/293

Jv 1141-2/07

An den
Herrn Leiter der
Oberstaatsanwaltschaft Wien

Betrifft: 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);
Stellungnahme;

Berichtsverfasser: Leitender Staatsanwalt Mag. Walter Geyer.

Vorbemerkungen:

Anlass für die vorgeschlagenen Änderungen des Suchtmittelgesetzes, soweit sie in die Zuständigkeit des Bundesministeriums für Justiz fallen, ist der Rahmenbeschluss Drogenhandel, gleichzeitig soll durch davon unabhängige Änderungen bzw. Anpassungen die Anwendbarkeit des SMG insgesamt verbessert und vereinfacht werden. Tatsächlich wirft das nur wenige Strafbestimmungen umfassende Suchtmittelgesetz eine Vielzahl von Rechtsfragen auf, die sich nicht zuletzt daraus ergeben, dass aus einem komplexen tatsächlichen Geschehen einzelne Handlungen sehr unterschiedlich bewertet werden.

Um ein für die Praxis bedeutendes Beispiel zu nennen: Der bei Verkauf einer geringen Suchtgiftmenge betretene Straßenhändler hat in der Regel das Vergehen nach § 27 Abs 1 und Abs 2 Z 2 1. Fall SMG bezüglich der tatsächlich übergebenen 1 oder 2 Heroin- oder Kokainkugeln zu verantworten, bezüglich der weiteren mit sich geführten, zum Verkauf bereitgehaltenen gleichfalls geringen Suchtgiftmenge das gleiche Vergehen in Form des Versuches (mit einer Strafdrohung bis 3 Jahre Freiheitsstrafe), während die bei ihm daheim sichergestellten, durch Abpacken für den Verkauf vorbereiteten etwa 50 Suchtgiftkugeln lediglich das bezirksgerichtliche Vergehen nach § 27 Abs 1 SMG darstellt.

Diese stark unterschiedliche Gewichtung einzelner Handlungen führt bereits jetzt zu unbefriedigenden Ergebnissen und ist von der Sache her verfehlt.

In Wahrheit stellt der Suchtgifthandel einen **illegalen Markt mit sämtlichen Teilnehmern jedes legalen Marktes** dar, also mit Konsumenten auf der Nachfrageseite und Herstellern sowie in unterschiedlicher Form am Vertrieb des Suchtgiftes Mitwirkenden auf der Angebotsseite. Wie auf jedem Markt wirken die einzelnen Beteiligten zusammen und bedingen einander, der Hersteller benötigt den Großhändler ebenso, wie der Straßenhändler auf Zwischenhändler und Vertriebsstrukturen angewiesen ist. Wie in jedem wirtschaftlichen Geschehen wohnt auch dem illegalen Suchtgiftmarkt die inhärente Tendenz inne, sich zum Zwecke der Gewinnmaximierung auszubreiten. Sieht man von der Menge des Suchtgiftes ab, in der sich Einzelfall bezogen die objektive Gefährlichkeit einer Tat und das Ausmaß des Verschuldens manifestieren, so ist eine unterschiedliche Bewertungen der einzelnen Handlungen im Verteilungsprozess durch den Gesetzgeber grundsätzlich problematisch und wäre jedenfalls zu begründen. Dieser bereits den geltenden Bestimmungen des SMG anhaftender Mangel wird durch die vorgeschlagene Regelung verschärft.

In dem erwähnten Beispiel würde der Straßenhändler in Bezug auf die geringe verkaufte und die zum Verkauf mit sich geführte Suchtgiftmenge die Vergehen nach §§ 27 Abs 2 Z 1 und Abs 3 SMG, 15 StGB verantworten (mit einer auf 2 Jahre Freiheitsstrafe reduzierten Strafdrohung). Der bei ihm daheim si-

chergestellte Suchtgiftvorrat könnte allerdings das 15-fache der derzeitigen Grenzmenge ausmachen und würde dennoch lediglich das Vergehen nach § 27 Abs 1 SMG darstellen, während derjenige, der ihm das Suchtgift (bis zur 15-fachen Grenzmenge) geliefert hatte, unter die Bestimmung des § 28a Abs 1 fiel, die eine Strafdrohung bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe vorsieht

Diese im Vergleich zur derzeitigen Rechtslage noch wesentlich verschärfte unterschiedliche Gewichtung einzelner Handlungen, deren krasse Auswirkungen auf die Strafsätze an das ähnlich problematische Auseinanderklaffen von minderschweren und gewerbsmäßig begangenen minderschweren Diebstählen erinnert, wird in den Erläuterungen nicht begründet. Sie würde in der Praxis zu ungerechtfertigten, vom Zeitpunkt des Einschreitens der Polizei oder anderen Zufälligkeiten abhängigen Ergebnissen führen.

Ein konsistentes kriminalpolitisches Konzept ist insofern nicht erkennbar. Für eine unterschiedliche Wertung mit unterschiedlichen Strafrahmen bieten sich - abgesehen vom Suchtgift-Erwerb zum Eigenkonsum - zwei Anknüpfungspunkte an: Die ohnedies unbestrittene und durch die RB Drogenhandel vorgegebene **Menge des Suchtgiftes** sowie die **allgemeine Zugänglichkeit**. In der Menge manifestieren sich objektive Gefährlichkeit sowie die Schwere der Schuld des Täters. Die allgemeine Zugänglichkeit, das **öffentliche Anbieten** ist wiederum für die **Verbreitung von Drogen** mitentscheidend. In die Drogenszene integrierte Süchtige haben vielfach feste Lieferanten. Für diejenigen, die an der Kippe stehen, keine oder nur geringe Drogenerfahrung haben, aber gefährdet sind, kann es den Ausschlag geben, wie leicht der Zugang zu Drogen ist, ob sie - wie es der Drogenbeauftragte, angesprochen auf die halb offene Wiener Straßen-Szene, einmal öffentlichen formuliert hatte - wie „die Orangen am Naschmarkt“ angeboten werden.

Die ersten Drogenerfahrungen werden in zunehmend jüngerem Alter gemacht. Insofern sind Maßnahmen gegen den Drogenhandel wesentlicher Aspekt des Jugendschutzes. In der Bundeshauptstadt sind Drogen vor allem durch drei Formen des Vertriebs leicht zugänglich: den fast schon offenen Straßenhandel von Kokain und Heroin, speziell eingerichtete Lokale für den Ver-

kauf von Haschisch-Produkten ("Hasch-Hütten") sowie den Verkauf von Amphetaminen auf öffentlichen Veranstaltungen. Hier Akzente zu setzen, der Verbreitung von Drogen durch öffentliches Anbieten deutlich entgegen zu treten, unterlässt der Entwurf.

Im Ganzen gesehen würde nach dem Entwurf die Sanktionen im untersten Deliktsbereich des SMG (§ 27 Abs 2) als Folge des RM Drogenhandel verschärft, allerdings ohne sachliche Notwendigkeit und ohne erwartbare positiven Auswirkungen, gleichzeitig aber im wesentlich gefährlicheren mittleren Bereich zurückgenommen und dort der Drogenhandel risikoloser gemacht.

Zu Artikel I (Änderungen des Suchtmittelgesetzes)

Zu Z 40 (§ 27 Abs. 1 und 2):

Während § 27 Abs 1 SMG im Wesentlichen der geltenden Rechtslage entspricht, wird im § 27 Abs 2 Z 1 SMG in Umsetzung der RB Drogenhandel als weitere Tathandlungen u.a. auch das Befördern von Suchtgift aufgenommen. **Für bloße Konsumenten kann dies eine deutliche und von der Sache nicht gerechtfertigte Verschärfung bewirken.** Sieht man nämlich von den Fällen eines Konsums selbst erzeugten Suchtgiftes bzw. des am Ort des Erwerbes sofort konsumierten Suchtgiftes ab, so wird auch vom Konsumenten Suchtmittel regelmäßig "befördert".

Hier zeigt sich die grundsätzliche Problematik der Aufsplitterung und unterschiedlichen Bewertung einzelner Handlungen besonders deutlich, hier wäre eine unterschiedliche Sanktionierung je nach dem, ob zum Eigenkonsum erworbenes Suchtgift sofort oder erst daheim eingenommen wird, besonders unverständlich. Bei längerem Konsum und damit häufig wiederholter Beförderung könnte ein Konsument sogar rasch unter die Bestimmung des § 28 SMG fallen.

Vorgeschlagen wird daher, die Beförderung von Suchtgift zum Zwecke des Eigenkonsums dem § 27 Abs 1 zuzuordnen.

Zu Abs 3 des § 27:

In den Erläuterungen wird auf die seit vielen Jahren heftig diskutierte Frage der Gewerbsmäßigkeit eingegangen, insbesondere auf die Gefahr, dass "die Judikatur des OHG kleinere Dealer zu Schwerkriminellen mache". Zur Diskussion gestellt wird als einschränkende Voraussetzung für die Verwirklichung der Gewerbsmäßigkeit-Qualifikation, zur Anlasstat drei weitere solche Taten vorzusehen.

In diesem Zusammenhang ist auf eine **Besonderheit der Suchtgift-Kriminalität** zu verweisen, die sie deutlich von anderen Kriminalitätsformen unterscheidet. Zweck des Handelns mit Suchtmitteln ist stets der Verkauf an Konsumenten, der regelmäßig in geringen Mengen erfolgt. Insofern ist der "kleine Dealer", insbesondere der Straßen-Händler unverzichtbarer Teil dieses illegalen Marktes und Vertriebssystems, die mit Erzeugung und Einfuhr großer Mengen Suchtgifts verbundene Gefahr wird erst durch die Abgabe von jeweils kleinen Mengen schlagend. Als für die Verbreitung von Suchtmittel notwendig unterscheiden sich „kleine Dealer“, deutlich von denjenigen Tätern gewöhnlicher Vermögensdelikte, die nicht Teil eines komplexen Systems sind und deren Handlungen bloß einen Vermögensschaden, nicht aber die nachhaltige Beeinträchtigung des Lebens anderer bewirken können.

Straßenhändler können in der Regel stets nur bei einem Verkauf betreten werden, wegen des bloß punktuellen, geradezu anonymen Kontaktes mit dem Konsumenten ist auch das - den festen Lieferanten treffende - Risiko gering, von ihren Abnehmern wegen früherer Verkäufe belastet zu werden. Durch das zur Diskussion gestellte Abstellen auf drei gleichartige Vortaten für die Beurteilung als gewerbsmäßig würde der **Suchtgift-Straßehandel im Regelfall unter die Bestimmung des § 27 Abs 2 fallen und als bezirksgerichtliche Vergehen derart weitgehend entkriminalisiert** werden, dass die - bisher schon recht schwierige - **Bekämpfung kaum mehr möglich** ist. Den Erläuterungen ist eine Begründung für ein derartiges Vorhaben mit beträchtlichen negativen Auswirkungen nicht zu entnehmen.

Trotz dieser Bedenken wäre eine Neuformulierung des Tatbestandsmerkmals "Gewerbsmäßigkeit" in dem eingeschränkten, zur Diskussion gestellten Sinn möglich, wenn **gleichzeitig das öffentliche Anbieten bzw. Inverkehrsetzen** von Suchtgift **quali-**

fizierend mit der gleichen Strafe - wie bei der zur Diskussion gestellten strenger gefassten Gewerbsmäßigkeit - bedroht und so der besonderen Gefährlichkeit Rechnung getragen wird, die im erleichterten Zugang zu Suchtgift besteht.

Zu § 28:

Erwerb und Besitz einer großen Menge Suchtgift ist derzeit nach § 28 Abs 1 SMG mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bedroht. In der vorgeschlagenen Fassung soll eine Qualifikation dieser Tathandlungen erst ab Überschreiten der 15-fachen Grenzmenge eintreten, dann aber mit einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren sanktioniert werden. Beides, sowohl eine Erhöhung auf die 15-fache Menge als auch das Hinaufsetzen der Strafdrohung bei deren Überschreitung ist nicht sachgerecht.

Der Entwurf geht insofern von einer eigentümlichen Auffassung des Suchtgifthandels aus, als er in § 28 Erwerb und Besitz von Suchtgift (zum Zwecke des Handelns) als "Vorbereitung von Suchtgifthandel" von den anderen in § 28a als "Suchtgifthandel" beschriebenen Tätigkeiten trennt und die bisher schon unbefriedigende unterschiedliche Wertung deutlich verschärft. Hier wird das Wesen des Suchtgifthandels als komplexer Erzeugungs- und Verteilungsvorgang verkannt, bei dem die einzelnen Handlungen ineinander greifen, einander bedingen und in der Regel im Zusammenwirken den Erfolg erreichen, nämlich die Versorgung von Süchtigen mit jeweils kleinen Suchtgiftmengen sowie die Ausbreitung des Handels zum Zwecke der Gewinnmaximierung.

Wie wenig überzeugend diese krass unterschiedliche Gewichtung ist, zeigen auch die Erläuterungen, indem sie Tathandlungen des § 28 Abs. 1 als "Vorfeld der Dealertätigkeit" bezeichnen und als Begründung für eine deutliche Entkriminalisierung bis zum Fünfzehnfachen der Grenzmenge heranziehen, dieses Argumentes aber außer Acht lassen, wenn es um die Tathandlungen des Beförderns oder Erzeugens geht, obgleich Erzeugen stets **vor** einem Handel erfolgt, gleichsam dessen Voraussetzung ist und damit nicht minder eine "Vorbereitung von Suchtgifthandel" darstellt.

Das Ergebnis der vorgeschlagenen Regelung wäre wohl auch für die Beteiligten völlig unverständlich. Wem Erwerb und Besitz von Suchtgift bis zum 15-fachen der derzeitigen Grenzmenge zum Zwecke des Inverkehrsetzens nachgewiesen wird, würde lediglich ein in die Zuständigkeit der Bezirksgerichte fallendes Vergehen verantworten, bei dem eine Untersuchungshaft praktisch nicht in Frage kommt. Derjenige aber, der das Suchtgift oder auch nur einen - die Grenzmenge übersteigenden - vergleichsweise geringen Anteil geliefert hatte, fiel bereits durch die Beförderung allein das mit 5-jähriger Freiheitsstrafe bedrohte Verbrechen nach § 28a Abs. 1 zur Last. Hatte allerdings der "Besitzer", bei dem im Wege einer Hausdurchsuchung eine größere Menge zum Verkauf bestimmten Suchtgiftes aufgefunden wurde, sich das Suchtgift selbst von seinem Lieferanten geholt, so würde er - aber nur wegen des Beförderns zu sich nach Hause - selbst wieder unter die Strafdrohung des § 28a Abs. 1 fallen, obgleich es weder vom Schuldgehalt, Unwert oder Gefährlichkeit einen wesentlichen Unterschied macht, ob ein Täter das zum Zwecke des Handelns erworbene Suchtgift selbst von seinem Lieferanten abholt oder nicht.

Unabhängig davon bleibt das beabsichtigte Hinaufsetzen der Grenze zum qualifizierten Delikt nach § 28 auf das mehr als 15-fache der derzeit großen Menge ohne überzeugende Begründung sowie ohne erkennbares rechts- oder kriminalpolitisches Ziel, das damit erreicht werden sollte.

Die starke Zunahme des Suchtmittelproblems, das vor allem Jugendliche betrifft und sich im Wege der Begleitkriminalität auch auf die allgemeine Sicherheit spürbar auswirkt, ist evident, sie schlägt sich nicht zuletzt in der Verdoppelung der Anzeigen nach dem Suchtmittelgesetz zwischen 1995 und 2004 nieder. Diese Zahlen müssen wohl auch aus Beleg für den nur mäßigen Erfolg der bisherigen Bemühungen angesehen werden. Weshalb angesichts einer derartigen Entwicklung die Rücknahme des Strafrechtes in einem Bereich vorgeschlagen wird, der nicht Konsumenten, sondern primär Suchtgift-Händler betrifft, ist nicht einsichtig und abzulehnen.

Im Suchtgifthandel wird selten auf Reinsubstanzen und chemische Analysen abgestellt, vielmehr auf Mengen "in Straßenqualität". Das Fünzfache der Grenzmenge, das künftig

lediglich ein bezirksgerichtliches Vergehen darstellen soll, umfasst bis zu 10 Kilogramm Haschisch, über 1000 Portionen Heroin oder Kokain, also durchaus beträchtliche Mengen für die Szene. Erwerb und Besitz solcher - zum Handel bestimmter - Suchtgiftmengen zu bagatellisieren, indem sie als geringes Vergehen dem Bezirksgerichten zugeordnet werden, könnte auch leicht Motivation und Einsatz der Polizei bei ihren Bemühungen gegen die Verbreitung von Suchtgift untergraben.

Zu Artikel I. Ziffer 56 (§ 39):

Das vorgeschlagene Abstellen auf die konkret ausgesprochene Strafe anstelle der gesetzlichen Strafdrohung ist bei Anwendung des § 39 grundsätzlich vorzuziehen. Im Zusammenhang mit der Verpflichtung zur amtswegigen Prüfung der Voraussetzungen und des Ersatzes der Ermessensbestimmung nach § 39 Abs. 2 geltende Fassung durch die zwingende Form des § 39 Abs. 1 Ziffer 2 des Entwurfes bedeutet es eine beträchtliche Ausweitung der Aufschubbestimmung.

Verbunden damit ist die Gefahr einer überzogenen, nicht sachgerechten Befreiung von strafrechtlichen Sanktionsfolgen in Fällen, in denen der kriminelle Charakter des Deliktes gegenüber der geminderten Schuld des Täters durch Gewöhnung an ein Suchtmittel überwiegt. Zu Recht und durch die Begriffswahl zutreffend wird in den Erläuterungen darauf verwiesen, dass jede **Abhängigkeit von Suchtgift** das Ausmaß des Verschuldens umso mehr mindert, "je stärker diese Abhängigkeit besteht".

In dem fließenden Bereich zwischen stark Abhängigen, die im unmittelbaren Zusammenhang mit der Sucht und vor allem zu deren Finanzierung Delikte begehen, und denjenigen, bei denen die Gewöhnung an ein Suchtmittel eine untergeordnete Rolle spielt, stellen "weiche" Drogen, insbesondere THC und Haschischprodukte ein deutliches Unterscheidungskriterium dar. Sucht- und Gefährdungspotential solcher Suchtmittel sind in der Wissenschaft höchst umstritten, der Konsum von Haschisch mindert die Schuldfähigkeit wohl kaum stärker als der von Alkohol. Zumeist beschränkt sich die "Therapie" von Konsumenten dieser Suchtmittel auf die Kontrolle der Drogenfreiheit. Nach der aus dem geltenden Rechtsbestand übernommenen Formulierung

genügt es aber für einen Aufschub des Strafvollzuges nach § 39, dass der Verurteilte "an Suchtmittel gewöhnt" ist. Um eine ungerechtfertigte Bevorzugung derjenigen Täter zu vermeiden, deren deliktisches Verhalten nicht vor allem im Zusammenhang mit ihrer Abhängigkeit von Suchtmitteln zu sehen ist, die etwa Einbruchsdiebstähle begehen und (auch) Haschisch konsumieren, deren Schuldgehalt aber nicht wesentlich anders zu beurteilen ist als von Tätern gleicher Delikte, die (auch) an Alkohol gewöhnt sind, wäre gerade bei einer generellen Ausweitung des § 39 inhaltlich ein etwas strengerer Maßstab anzulegen, indem nicht bloß auf die "Gewöhnung" an Suchtmittel, sondern auf eine **Abhängigkeit von Suchtmitteln** abgestellt wird.

Eingel. am - 4. OKT. 2007
fach, mit Beilagen
OSTA



Staatsanwaltschaft Wien
Landesgerichtsstraße 11
A-1082 Wien

Telefon: 01/40 127 - 1419
Telefax: 01/40 127 - 1465
mail: leitung.stawien@justiz.gv.at

Jv 3149-2/07

Wien, am 03/10/2007

An den
Herrn Leiter der Oberstaatsanwaltschaft Wien

Betrifft: SMG-Novelle 2007; Versendung zur Begutachtung

Bezug: BMJ-L 703.040/0007-II 2/2007

Anlage: Stellungnahme zur SMG-Novelle 2007 von StA Dr. Bernd JUNGNIKL

Beiliegend übermittle ich eine Stellungnahme des Staatsanwaltes Dr. Bernd JUNGNIKL zur SMG-Novelle 2007 zur Kenntnisnahme und weiteren Veranlassung.

In Vertretung
Erster Staatsanwalt Dr. Michael Scharf

Staatsanwaltschaft Wien

Staatsanwalt Dr. Bernd JUNGNIKL

Wien, am 2.10.2007

An das

Bundesministerium für Justiz

im Wege des

Herrn Leiters der
Oberstaatsanwaltschaft Wien

Bezug: BMJ-L 703.040/0007-II 2/2007

Stellungnahme zur SMG-Novelle 2007

Das in den Erläuterungen (Allgemeiner Teil) zum Gesetzesentwurf angeführte oberste Ziel der österreichischen Drogenpolitik, einen Ausgleich zwischen kriminalpolitischen, gesundheitspolitischen und sozialpolitischen Maßnahmen zur Bekämpfung der Drogensucht und der Suchtgiftkriminalität zu schaffen, wird durch die vorgeschlagene Gesetzesänderung meiner Meinung nach nicht erreicht.

Es kann z.B. nicht Wunsch des Gesetzgebers sein, dass eine Person innerhalb offener Probezeit nach § 35 SMG straflos und überhaupt sanktionslos nicht nur uneingeschränkt selbst Suchtgift erwerben, befördern, ausführen, einführen oder erzeugen, sich selbst dadurch gesundheitlich zerstören darf, sondern auch andere Personen, sogar Kinder und Jugendliche, sanktionslos durch laufende Suchtgiftgeschenke in die Sucht und damit ins Elend treiben darf.

Die vorgeschlagene Neufassung des § 35 Abs.1 SMG sieht ja für die oben angeführten Deliktsfälle des § 27 SMG zwingend eine Zurücklegung des Verfahrens vor. Aus den Erläuterungen ist zwar zu entnehmen, dass die Privilegierung des Überlassens von Suchtgift an andere Personen, ohne daraus einen Vorteil zu ziehen, in erster Linie auf das Überlassen an Familienmitglieder oder gute Freunde bezogen ist, was aber dem Gesetzeswortlaut in keiner Weise zu entnehmen ist. (Abgesehen davon ist es zweifellos auch nicht wünschenswert, wenn die Familienmitglieder süchtig und zu Sozialfällen werden). Gerade das Verschenken von Suchtgift an Kinder und Jugendliche, die zum Kauf von SG zu wenig Geld besitzen, birgt logischerweise große Gefahren.

Aber auch die SG-Konsumenten selbst werden durch die vorgeschlagene Neufassung massiv geschädigt, weil sie ja innerhalb offener Probezeit völlig sanktionslos SG zum Eigenbedarf erwerben dürfen, dies zusätzlich zu allfälligen Substitutionspräparaten.

Es ist ja zu bedenken, dass Suchtkranke eben krank sind und ihnen Hilfe geboten werden soll. Es ist realitätsfremd, anzunehmen, dass sich ein Süchtiger mit den Substitutionsmitteln begnügt, wenn er sanktionslos nebenbei SG erwerben darf.

Neuerliches Vorgehen nach § 35 Abs.1 auf Grund einer Anzeige wegen einer innerhalb bereits laufender Probezeit nach § 35 SMG begangenen Tat wäre sinnlos, weil der Angezeigte einer gesundheitsbezogenen Maßnahme ja entweder schon nachgeht oder keiner solchen Maßnahme bedarf.

Eine Fortsetzung des Strafverfahrens nach § 38 Abs.1 SMG ist in all diesen Fällen nicht vorgesehen.

Selbst eine Privilegierung des unentgeltlichen Überlassens an Familienangehörige bzw. Freunde ist nicht erforderlich, weil diese Delikte ohnehin selten angezeigt werden oder an die Öffentlichkeit dringen und wegen des Entschlagungsrechts überhaupt kaum zu einer Verurteilung führen können.

Es wäre daher meiner Meinung nach unumgänglich notwendig, den Passus "oder für den Gebrauch eines anderen" (begangen worden ist), "ohne dass der Beschuldigte daraus einen Vorteil gezogen hat" zu streichen und vielmehr nach "vorläufig zurückzutreten" die Worte:

"soferne die Tat nicht innerhalb offener Probezeit nach § 35 Abs.1 oder 2, während eines Strafaufschubs gemäß § 39 Abs.1 SMG oder während der Probezeit nach § 40 Abs.1 SMG begangen wurde"

anzufügen.

Zur Erläuterung:

a) bereits im geltenden SMG wurde durch die SMG-Novelle 2001 sinnvollerweise die Tatbegehung innerhalb offener Probezeit in die Fälle des § 35 Abs.2 SMG aufgenommen.

b) fast alle Verurteilungen nach dem SMG bis in den Kilogramm Bereich harter Drogen belaufen sich auf weniger als dreijähriger Freiheitsstrafen.

Nach dem geltenden Gesetz kann ein Strafantrag, der zum Widerruf des Strafaufschubs nach § 39 SMG oder zum Widerruf der bedingten Strafnachsicht nach § 40 SMG führen könnte, im Falle Erwerbs oder Besitzes von SG zum Eigenbedarf gestellt werden, wenn es sich nicht um geringe Mengen handelt oder bei Tatbegehung innerhalb offener Probezeit nach § 35 SMG.

Nach dem vorliegenden Entwurf könnte nie ein Strafantrag gestellt werden, selbst wenn der Verurteilte große Mengen SG zum Eigenbedarf erzeugt, einführt, ausführt, erwirbt oder besitzt, somit auch nie der Strafaufschub oder die bedingte Strafnachsicht widerrufen werden. Die bedingte Strafnachsicht des § 40 Abs.1 SMG erfordert lediglich, dass sich der Verurteilte mit Erfolg einer gesundheitsbezogenen Maßnahme unterzogen hat, was in der Praxis bereits dann angenommen wird, wenn er nach dem Strafaufschub nicht süchtiger ist als vorher. Auf die Gefahr, dass der Verurteilte neben den Substitutionspräparaten sanktionslos SG für den Eigenbedarf erwerben darf, wurde bereits oben sinngemäß eingegangen. Ein spezialpräventiver oder gar therapeutischer Effekt der §§ 39, 40 StGB liegt somit bereits jetzt ohne Schaffung der Möglichkeit - analog zu der derzeit geltenden Bestimmung des § 35 Abs.2, letzter Satz, SMG - im Falle einer Tatbegehung während der Probezeit oder des Strafaufschubs mit Strafantrag vorgehen zu können, kaum vor, umso weniger

nach dem vorliegenden Entwurf. Somit kann der Zweck des § 39 SMG - die erfolgreiche Therapie - mit der vorgeschlagenen Fassung noch weniger erreicht werden als bisher.

Die in den Erläuterungen angeführte Zunahme der Zurücklegungen von Anzeigen gemäß § 35 (37) SMG von ca. 5.000 auf 11.660 innerhalb der letzten ca. 10 Jahre lässt ein Versagen bereits des geltenden SMG deutlich erkennen und ist mit Sicherheit anzunehmen, dass die gesteckten, eingangs erwähnten Ziele durch die vorgeschlagene Novelle noch weit weniger erreicht werden würden.

Auf die für einen mitteleuropäischen und zur EU gehörigen Staats eher schämliche Problematik, dass die Privilegierung der Beschaffungskriminalität ein Eingeständnis darstellt, dass der Staat nicht in der Lage ist, für eine medizinische Versorgung Süchtiger zu sorgen, weshalb sich diese Suchtgifte auf der Straße besorgen müssen, darf am Rande hingewiesen werden.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'M. Müller', is written in the right margin of the page.

Stellungnahme zur SMG-Novelle 2007

Grundsätzliche Problematik einzelner Tathandlungen:

"befördern":

Den Erläuterungen zufolge ist darunter insbesondere der Transport vom Beschaffungsort nach Hause oder von einem Versteck zum Umschlagplatz gemeint. Dies hätte zur Folge, dass ein reiner Konsument nur dann nach § 27 Abs. 1 neu zu bestrafen wäre, wenn er das erworbene Suchtgift unverzüglich konsumiert oder vom Lieferanten zu Hause aufgesucht wird. Tatsächlich transportiert jedoch der überwiegende Teile der Konsumenten das für den Eigenkonsum bestimmte Suchtgift vom Beschaffungsort nach Hause, weshalb diesfalls die Bestimmung des § 27 Abs. 2 Z 1 neu zur Anwendung kommen würde.

Transportiert ein Konsument seine täglich benötigten rund 2 g Heroin jeweils vom Beschaffungsort nach Hause, wäre bei einem durchschnittlichen Wirkstoffgehalt die Grenzmenge (ausgehend von einem Reinheitsgehalt von jedenfalls 3 % - rund 100 g in Straßenqualität) nach ca. 50 Tagen, das 15-fache der Grenzmenge nach ca. 2 Jahren und das 25-fache der Grenzmenge nach ca. 3,5 Jahren erreicht. Die Privilegierung des § 28a Abs. 3 neu würde nur für die Tatbestand nach § 28a Abs. 1 neu (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren) und § 28a Abs. 2 neu (Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren), nicht jedoch nach § 28a Abs. 4 Z 3 neu (Freiheitsstrafe von einem bis zu fünfzehn Jahren) gelten.

Erhebungen gemäß § 35 neu wären sohin jedenfalls im Falle des Tatbestandes nach § 28a Abs. 4 Z 3 neu, der eine Schöffenzuständigkeit begründet, ausgeschlossen. Anders als für Täter, die etwa (wiederholt) Suchtgift vom Versteck zum Umschlagplatz transportieren, sollte der Zusammenrechnungsgrundsatz für Suchtgiftkonsumenten sohin nicht gelten, da dies zu einer - wohl nicht beabsichtigten - Kriminalisierung führen würde.

Im Falle des § 28a Abs. 2 neu wäre noch abzuklären, ob die Privilegierung des § 28a Abs. 3 neu eine Verschiebung von der Schöffenzuständigkeit zur Einzelrichterzuständigkeit begründen würde.

"anbieten":

Den Erläuterungen zufolge ist darunter die an eine andere Person gerichtete Offerte zur Übertragung der Verfügungsgewalt über Suchtgift zu verstehen. Maßgeblich soll sein, ob das Angebot nur noch angenommen werden muss, irrelevant jedoch, ob der Anbieter bereits in Besitz des Suchtgiftes ist.

Kann das angebotene Suchtgift nicht sichergestellt werden, wird sich der Täter damit verantworten, das Angebot nicht erst gemeint zu haben. In der Praxis würde die Tathandlung des "Anbietens" daher zu großen Beweisschwierigkeiten und entsprechend dem Grundsatz "in dubio pro reo" zur Einstellung zahlreicher Verfahren oder Freisprüchen führen.

Scheinkaufsverhandlungen finden ihren Ursprung meist in der Mitteilung einer Vertrauensperson an ihren V-Mann, dass ein Täter Suchtgift zum Kauf angeboten habe. Da es nicht mehr

auf die Sicherstellung von Suchtgift ankommen würde, könnte eine solche Vertrauensperson durch eine solche Information leicht einen unliebsamen Konkurrenten ausschalten. In Hinblick auf die Bestimmung des § 133 Abs. 1 StPO-Novelle besteht überdies die Gefahr, dass anstelle der Einholung einer Anordnung auf Durchführung eines Scheingeschäftes sogleich mit Festnahme vorgegangen wird. Die vollendete Tathandlung des Anbietens hätte nämlich dieselbe Strafdrohung wie die vollendete oder versuchte Überlassung von Suchtgift.

Ist der Täter bereits in Besitz des Suchtgiftes und kann dieses (etwa in seiner Wohnung) sichergestellt werden, würde ohnedies der Tatbestand nach § 27 Abs. 2 Z 2 neu bzw. § 28 Abs. 1 1. Fall neu vorliegen. Führt der Täter das Suchtgift bereits mit, wäre die Tat als versuchter unerlaubter Umgang mit Suchtgiften nach § 15 StGB, § 27 Abs. 2 Z 1 neu bzw. versuchter Suchtgifthandel nach § 15 StGB, § 28 a neu zu subsumieren.

Die Einführung der mit enormen Beweisschwierigkeiten verbundenen Tathandlung des "Anbietens" entbehrt daher jeder Notwendigkeit.

§ 27 neu - Unerlaubter Umgang mit Suchtgiften

§ 27 Abs. 2 Z 2 neu:

Diese Bestimmung erweist sich - entsprechend den obigen Ausführungen - wieder problematisch für den Suchtgiftkonsumenten. Wird er nämlich unmittelbar nach dem Erwerb von

Suchtgift für den Eigenkonsum an einem einschlägigen Drogenumschlagplatz und bei Verlassen desselben betreten, wäre der Erwerb und Besitz unter § 27 Abs. 2 Z 1 neu zu subsumieren. Wird er noch vor Verlassen der Örtlichkeit betreten, wäre die Tathandlung unter § 27 Abs. 2 Z 2 neu zu subsumieren. Die Bestimmung des § 27 Abs. 1 käme sohin nicht zur Anwendung.

§ 27 Abs. 2 Z 3 neu:

In Hinblick auf die in den Erläuterungen angeführte Gefährlichkeit von halluzinogenen Pilzen ist nicht verständlich, weshalb nur das Anbieten, die Überlassung und Verschaffung und der Anbau derselben, nicht jedoch - wie etwa bei Cannabis - die Beförderung, Ausfuhr und Einfuhr unter Strafe gestellt ist. Dies um so mehr, als solche Pilze (wohl auch grenzüberschreitend) im Internet zum Verkauf angeboten werden.

§ 27 Abs. 3 neu:

Die Gewerbsmäßigkeit stellt lediglich auf die Tathandlungen des § 27 Abs. 2 Z 1 neu ab. Demnach könnte zwar die Erzeugung von Suchtgift (etwa die mechanische oder chemische Trennung von Suchtmittelpflanzen und deren Produkten), nicht jedoch der Anbau i.S.d. § 27 Abs. 2 Z 3 neu oder die Tathandlung nach § 27 Abs. 2 Z 4 neu gewerbsmäßig begangen werden.

Ein Täter, der wiederholt Cannabisstecklinge anbaut, um diese an Suchtgiftkonsumenten zum Zwecke der Suchtgiftgewinnung zu verkaufen, wäre sohin besser gestellt als jener, der die Pflanzen selbst bis zur Erntereife aufzieht und die

Blüten- und Fruchtstände abschneidet, um sie an seine Abnehmer zu verkaufen. Wenn ein Täter wiederholt einige Cannabispflanzen aufzieht und aus diesen Cannabis gewinnt, die letzte Tranche aber sichergestellt wird, hätte er die erfolgreiche Erzeugung gewerbsmäßig, den Anbau (mithin die frühere versuchte Erzeugung) jedoch nicht gewerbsmäßig begangen.

Diese Ungleichbehandlung ist nicht verständlich, zumal auch § 27 Abs. 4 neu auf sämtliche Begehungsformen des Abs. 2 neu abstellt.

In den Erläuterungen wird die Reduzierung des Strafrahmens für die gewerbsmäßige Begehung von bislang drei auf zwei Jahren mit der Schaffung einer weiteren Abstufung zwischen dem Grunddelikt und den Qualifikationen des § 27 Abs. 4 neu begründet. Dies hätte zur Folge dass ein 20-jähriger Täter, der einen Joint an ein 16-jähriges Mädchen weiterreicht, einer strengeren Strafdrohung unterliegen würde, als ein Drogenhändler, der Suchtgift in einer die Grenzmenge nicht überschreitenden Menge (ausgehend von einem durchschnittlichen Wirkstoffgehalt mithin bis zu rund 100 g Heroin, 75 g Kokain, 400 g Haschisch und 1.000 g Marihuana in Straßenqualität) an zahlreiche Abnehmer verkauft. Eine Beibehaltung der bisherigen Strafdrohung von bis zu drei Jahren wäre sohin wünschenswert, zumal die Privilegierung nach § 27 Abs. 5 neu die Tathandlungen nach § 27 Abs. 3 neu und § 27 Abs. 4 Z 2 neu gleich behandelt.

§ 27 Abs. 5 neu:

Abzuklären wäre, ob diese Privilegierung eine Verschiebung der Zuständigkeit vom Einzelrichter zum Bezirksrichter bewirkt.

§ 28 neu - Vorbereitung von Suchtgifthandel

Während § 28 Abs. 1 alt auf den Erwerb oder Besitz von Suchtgift in einer "großen Menge" abstellt, soll von § 28 Abs. 1 neu nur mehr der Erwerb und Besitz von Suchtgift in einer das 15-fache der Grenzmenge übersteigenden Menge umfasst sein. Dies hätte zur Folge, dass - jeweils ausgehend von einem durchschnittlichen Wirkstoffgehalt - etwa der Erwerb oder Besitz von bis zu rund 1.500 g Heroin, 1100 g Kokain, 6 kg Haschisch und 15 kg Marihuana in Straßenqualität für den späteren Weiterverkauf lediglich unter § 27 Abs. 2 Z 2 neu zu subsumieren wäre, mithin ein reines BG-Delikt mit einer Strafdrohung von bis zu einem Jahr bzw. einer Geldstrafe darstellen würde. Dem Handlungsunwert der Tat würde durch Reduzierung der bisherigen Strafdrohung auf ein Drittel keinesfalls Rechnung getragen werden. § 28 Abs. 1 neu würde überdies zu einer Vermehrung der Haftten in BG-Verfahren führen.

Es wäre daher zweckmäßig entsprechend den Bestimmungen des § 28a neu eine Abstufung zwischen dem Erwerb und Besitz von Suchtgift in einer "die Grenzmenge übersteigenden Menge"

(mit einer Strafdrohung bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe) und einer "das 15-fache der Grenzmenge übersteigenden Menge" (mit einer Strafdrohung bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe) vorzunehmen. Dies um so mehr als § 28 Abs. 1 eine selbständig vertypte Vorbereitungshandlung darstellt und zum (versuchten) Suchtgifthandel subsidiär ist. Die Strafverschärfung "als Mitglied einer kriminellen Vereinigung" sollte sich - wie im Entwurf vorgesehen - auf den Erwerb und Besitz von Suchtgift in einer "das 15-fache der Grenzmenge übersteigenden Menge" beziehen.

Die angeführten Erwägungen beziehen sich auch auf den Anbau von Opiumstroh, den Kokastrauch und die Cannabispflanze.

§ 28a neu - Suchtgifthandel

Es erscheint nicht systemkonform, dass ein Täter lediglich Suchtgift in einer die Grenzmenge nicht übersteigenden Menge gewerbsmäßig erzeugen, einführen, ausführen oder einem anderen überlassen oder verschaffen kann, größere Mengen jedoch nicht. In den Erläuterungen wird festgehalten, dass es im Bereich des geltenden § 28 Abs. 3 1. Fall um Personen gehe, die in größerem Stil Suchtgifthandel betreiben und dadurch ein großes Gefährdungspotential darstellen; dies würde auch in der Strafdrohung von bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe zum Ausdruck kommen. Es würde sich daher anbieten, für solche Täter anstelle der Gewerbsmäßigkeit die Zwischenstufe in Form der

15-fachen Menge anzuwenden, um nicht eine überzogene Kriminalisierung zu bewirken.

Dem Suchtgifthandel in Bezug auf Mengen von beispielsweise bis zu rund 1.500 g Heroin, 1100 g Kokain, 6 kg Haschisch und 15 kg Marihuana in durchschnittlicher Straßenqualität verbunden mit der Erzielung hoher Gewinne ein großes Gefährdungspotential abzusprechen, würde einer Entkriminalisierung gleichkommen.

Selbst wert- bzw. schadensqualifizierten Vermögensdelikte (etwa §§ 130 1. Fall, 148 1. Fall StGB) machen die Annahme der Gewerbsmäßigkeit grundsätzlich nicht von der Schadenhöhe abhängig.

§ 28a Abs. 3 neu:

Wie bereits bei § 27 Abs. 5 neu wäre abzuklären, ob diese Privilegierung eine Verschiebung der Zuständigkeit vom Schöffensenat zum Einzelrichter bewirkt.

§ 30 neu - Unerlaubter Umgang mit psychotropen

Stoffen

Zur Problematik der Tathandlungen der Beförderung und des Anbietens wird auf obige Ausführungen verwiesen.

§ 31 neu - Vorbereitung des Handels mit psychotropen

Stoffen

Während § 31 Abs. 1 alt auf den Erwerb oder Besitz eines psychotropen Stoffes in einer "großen Menge" abstellt, soll

von § 31 Abs. 1 neu nur mehr der Erwerb und Besitz von psychotropen Stoffen in einer das 15-fache der Grenzmenge übersteigenden Menge umfasst sein.

Dies hätte zur Folge, dass beispielsweise der Erwerb oder Besitz von bis zu 6.000 Rohypnol (1 mg), 6.000 Somnubene (1 mg), 20.010 Praxiten (15 mg) bzw. 6.000 Praxiten (50 mg) für den späteren Weiterverkauf lediglich unter § 30 Abs. 2 Z 2 neu zu subsumieren wäre, mithin ein reines BG-Delikt mit einer Strafdrohung von bis zu einem Jahr bzw. einer Geldstrafe darstellen würde. Dem Handlungsunwert der Tat würde durch Reduzierung der bisherigen Strafdrohung auf die Hälfte keinesfalls Rechnung getragen werden. § 31 Abs. 1 neu würde überdies kaum zur Anwendung gelangen, da Sicherstellungen in einer das 15-fache der Grenzmenge übersteigenden Menge in der Praxis kaum vorkommen.

Die Tathandlung des § 31 Abs. 1 neu stellt eine selbständig vertypte Vorbereitungshandlung dar und ist zum (versuchten) Handel mit psychotropen Stoffen nach § 31a Abs. 2 neu subsidiär, weshalb es unverständlich ist, dass beide Tathandlungen mit derselben Strafe bedroht sind.

Es wäre daher zweckmäßig bei den Strafdrohungen - entsprechend den Bestimmungen des § 31a neu - eine Abstufung zwischen dem Erwerb und Besitz von Suchtgift in einer "die Grenzmenge übersteigenden Menge" (mit einer Strafdrohung bis zu zwei oder drei Jahren Freiheitsstrafe) und einer "das 15-fache der Grenzmenge übersteigenden Menge" (mit einer Straf-

drohung bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe) vorzunehmen. Die Strafverschärfung "als Mitglied einer kriminellen Vereinigung" sollte sich - wie im Entwurf vorgesehen - auf den Erwerb und Besitz von Suchtgift in einer "das 15-fache der Grenzmenge übersteigenden Menge" beziehen.

§ 35 neu - Vorläufiger Rücktritt von der Verfolgung durch den Staatsanwaltschaft

§ 35 Abs. 1 neu:

Eine obligatorische Anzeigenzurücklegung soll nun auch für jene Täter gelten, die Tathandlungen der §§ 27 und 30 ausschließlich für den persönlichen Gebrauch eines anderen begehen, ohne daraus einen Vorteil zu ziehen.

Wenn ein 25-jähriger Süchtiger sohin einem 14-jährigen Mädchen, welches mit Suchtgiften noch keinen Kontakt hatte, die erste Heroinspritze setzt, wäre unter den in § 35 Abs. 3 bis 7 genannten Voraussetzungen und Bedingungen zwingend gemäß § 35 Abs. 1 neu vorzugehen.

Zu Auslegungsschwierigkeiten könnte auch die Formulierung "ausschließlich für den persönlichen Gebrauch oder den persönlichen Gebrauch eines anderen" führen. Hält man sich streng an diesen Gesetzeswortlaut, würde dies nämlich auch auf einen Täter, der selbst keine Suchtmittel konsumiert, zutreffen. Dies würde aber dem Prinzip "Therapie statt Strafe", demzufolge die §§ 35f eine Alternative zur Bestrafung drogen-

konsumierender Rechtsbrecher bereitstellen sollen, klar widersprechen.

Die Erweiterung der Anwendbarkeit des § 35 Abs. 1 neu auf sämtliche Tathandlungen der §§ 27 und 30 neu, die für den ausschließlich persönlichen Gebrauch eines anderen begangen worden sind, entbehrt jeglicher Notwendigkeit. Ein Rücktritt von der Verfolgung wäre nämlich auch gemäß § 35 Abs. 2 neu bei Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen möglich. Extremfälle wie der oben angeführte Fall wären hingegen bereits in Hinblick auf die Schwere der Schuld ausgenommen.

§ 35 Abs. 2 neu

§ 35 Abs. 2 alt stellt bei der typischen Beschaffungskriminalität darauf ab, dass der Täter die Handlung auf Grund seiner Gewöhnung an Suchtmittel begangen hat. Wenngleich in den Erläuterungen zu § 35 Abs. 2 auf diese Gewöhnung Bezug genommen wird, wurde dies nicht in den Gesetzestext aufgenommen. Dies könnte zu ähnlichen Auslegungsschwierigkeiten führen wie bei § 35 Abs. 1 neu.

§ 39 neu

Nunmehr soll einem an Suchtmittel gewöhnten Verurteilten ein obligatorischer Aufschub des Strafvollzuges einer über ihn wegen einer strafbaren Handlung nach den §§ 27 bis 31a neu oder wegen einer im Zusammenhang mit der Beschaffung von Suchtmittel begangenen strafbaren Handlung verhängten Geld-

strafe oder Freiheitsstrafe von nicht mehr als drei Jahren gewährt werden.

In den Erläuterungen wird hiezu angeführt, dass die bisherigen Bestimmungen des § 39 zu einer ungleichen Behandlung der in Abs. 1 und 2 angeführten Personenkreise geführt hätten. **Tatsächlich sind die beiden Personenkreise jedoch nicht vergleichbar:** Suchtgiftdelikte stellen sog. opferlose Delikte dar, zumal sich der Endabnehmer freiwillig den Gefahren des Konsums aussetzt, sich sohin auf der gleichen Stufe wie der süchtige Täter befindet. Anders verhält es sich bei Vermögensdelikten, von denen gänzlich unbeteiligte Personen betroffen sind. Beschaffungskriminalität wirkt sich oft nachhaltig auf die Opfer aus (wie etwa bei Verübung zahlreicher Einbruchsdiebstähle mit hohem Sachschaden oder Raub einer Handtasche zum Nachteil einer 80-jährigen Pensionistin, die stürzt) und weist sohin einen wesentlich höheren Unrechtsgehalt auf.

In den Fällen der Beschaffungskriminalität sollte es daher nach wie vor auf die Umstände der Tatbegehung im Einzelfall ankommen, der Strafaufschub mithin nicht obligatorisch, sondern fakultativ sein.

In den Erläuterungen ist angeführt, dass der "obligatorische" Aufschub in Hinkunft von Amts wegen wahrgenommen, sohin bereits in einem möglichst frühen Verfahrensstadium geprüft werden soll, um Verzögerungen zu vermeiden. Zur Vermeidung der mitunter notwendigen Einholung von (kostspieligen)

Sachverständigengutachten für die Beurteilung der Sucht und die Bestimmung der Maßnahme wird in § 39 Abs. 2 eine Bestimmung vorgeschlagen, wonach das Gericht hiefür das Ergebnis einer Begutachtung durch einen Arzt einer Einrichtung oder Vereinigung nach § 15 heranziehen kann.

Zunächst ist anzuführen, dass die Zulässigkeit eines Strafaufschubes nach § 39 von der Höhe der verhängten Strafe abhängt, diese aber erstmals nach Urteilsverkündung in der Hauptverhandlung feststeht. Die Praxis zeigt, dass in den überwiegenden Fällen bei Glaubhaftmachung einer entsprechenden noch nicht gravierenden Suchtgiftgewöhnung und Motivation so gleich nach Rechtskraft ein Strafaufschub zwecks Absolvierung einer ambulanten Therapie gewährt wird.

Da die obligatorische Einholung eines Sachverständigengutachtens vor Bestimmung einer stationären Therapie in § 39 neu nicht übernommen wird, werden solche Gutachten in Zukunft sicherlich seltener eingeholt werden.

Es kommt allerdings auch vor, dass sich ein Täter im Zuge seiner Einvernahmen vor der Polizei und dem Untersuchungsrichter als nicht süchtig bezeichnet, seine Verantwortung nach entsprechender Rechtsberatung durch einen versierten Verteidiger aber ändert, um in den Genuss eines Strafaufschubes zu gelangen. Auch wurden schon Therapiezusagen für Täter vorgelegt, die dem gesamten Vorverfahren zufolge noch nie Suchtgift konsumiert haben. In diesen Fällen wird die Einholung eines Sachverständigengutachtens zweckmäßig sein. Bedenken bestehen

mE jedoch bei der vorgeschlagenen Heranziehung des Ergebnisses einer Begutachtung durch einen Arzt einer Einrichtung oder Vereinigung nach § 15, zumal hier auch wirtschaftliche Überlegungen (Kostentragung durch den Bund - § 41) eine Rolle spielen könnten.

Da eine Therapie nur bei entsprechender Motivation des Täters erfolgsversprechend ist, sollte ein Strafaufschub gemäß § 39 auch weiterhin eines entsprechenden (wenngleich befristeten) Antrages bedürfen.

§ 41 neu

Wie auch in den Erläuterungen angeführt, stellt das Prinzip "Therapie statt Strafe" und damit die Bereitstellung von Alternativen zur Bestrafung drogenkonsumierender Rechtstrecher einen Grundpfeiler der österreichischen Drogenpolitik dar. Die ärztliche Behandlung eines solchen Täters ist nicht nur aus menschlichen Gründen, sondern auch in Hinblick auf die Vermeidung künftiger Straftaten dem Vollzug einer Freiheitsstrafe vorzuziehen.

Um so unverständlicher ist die Bestimmung des § 41 Abs. 2 neu, die eine Kostentragung durch den Bund längstens für die Dauer von zwei Jahren, bei stationären Aufenthalten für nur ein Jahr vorsieht.

Der Ablauf und die Dauer einer Therapie variieren, manche Verurteilte können bereits nach wenigen Monaten von einer stationären in eine ambulante Therapie wechseln. Die Praxis

zeigt aber auch, dass in einigen Fällen eine länger als ein Jahr dauernde stationäre Behandlung indiziert ist. Die Beschränkung der Kostentragung hätte zur Folge, dass ein therapiewilliger Verurteilter noch vor Eintritt eines entsprechenden Therapieerfolges auf halbstationäre oder ambulante Behandlungsmodelle umzusteigen müsste. Dieser Umstieg wäre aber mit einem höheren Rückfallsrisiko verbunden. Das Prinzip "Therapie statt Strafe" würde sohin bei Suchtkranken nur in eingeschränktem Ausmaß zum gewünschten Erfolg führen.

StA Mag. Petra Staribacher

Staatsanwaltschaft Wien

Jv 4795-2/07

Stellungnahme

zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Suchtmittelgesetz (SMG), das Strafgesetzbuch, die Strafprozessordnung 1875, das Jugendgerichtsgesetz (JGG) und das Gesundheits- und Ernährungssicherheitsgesetz geändert werden; (SMG-Novelle 2007)

Da die Änderungen der §§ 1- 26 SMG weitgehend verwaltungsbehördliche Bestimmungen betreffen, wird sich die Stellungnahme auf die Neuregelung der §§ 27 ff (Artikel I Z 40 ff und Art III) beschränken.

Zu Art. I Z 40. (§ 27 SMG)

§ 27 SMG in der vorgeschlagenen Fassung sieht zunächst in Umsetzung des EU-Rahmenbeschlusses Drogenhandel vom 25.10.2004 die Anhebung der Strafobergrenze für vorschriftswidriges Erzeugen, Befördern, Einführen, Ausführen, Anbieten, Überlassen oder Verschaffen von Suchtgiften (Abs. 2 Z 1) sowie für Erwerb und Besitz von Suchtgift mit dem Vorsatz, eine nach Z 1 strafbare Handlung zu begehen, vor. Die in den Erläuterungen nicht näher begründete geplante Senkung der Strafobergrenze für gewerbsmäßige Begehung (Abs. 3) auf zwei Jahre ist demgegenüber jedoch kriminalpolitisch kaum verständlich, weil angesichts der Anhebung der Sanktionsgrenze des Abs. 2 künftig zwar jene Personen strenger bestraft werden sollen, die im Freundes- und Bekanntenkreis Suchtgifte in kleinen

Mengen weitergeben oder verkaufen, während gewinnbringend handelnde Suchtgifverkäufer begünstigt würden.

Erfahrungsgemäß wird nämlich - vor allem in Großstädten wie primär in Wien - der Straßenhandel und der Verkauf von Suchtmitteln vor Diskotheken von gewerbsmäßig agierenden Händlern betrieben, die stets nur „nicht große“ Suchtgiftmengen mit sich führen (große Mengen werden üblicherweise „gebunkert“) und deren Mitgliedschaft zu einer kriminellen Organisation in der Praxis deshalb selten nachweisbar ist, weil den Händlern ihre Auftraggeber in der Regel selbst nicht näher bekannt sind. Es stellt sich daher die Frage, ob eine mildere Behandlung dieser Täter einer effektiven Bekämpfung der Drogenszenen dienlich ist und Verständnis in der Bevölkerung finden wird. Verkauft ein Händler Minderjährigen Suchtgifte, droht ihm eine Strafe von bis zu 3 Jahren (§ 27 Abs. 4 Z 1 neu). Bietet, überlässt oder verschafft hingegen jemand einem 20-jährigen Abnehmer (gewinnbringend bzw. gewerbsmäßig) Suchtgift, würde ihm nach dem geplanten Entwurf lediglich eine Freiheitsstrafe von bis zu 2 Jahren drohen, weshalb auch die Abstufung zum Strafraumen des Abs. 4 unbillig und dem Unrechtsgehalt der Tat des gewerbsmäßig handelnden Verkäufers nicht entsprechend scheint.

Es wird daher zum Schutz aller gefährdeter Opfergruppen, zu denen auch (junge) Erwachsene zählen, angeregt, die Sanktion in Abs. 2 des § 27 SMG unverändert zu belassen, um den in der Praxis üblichen Straßenhandel nicht „attraktiver“ werden zu lassen.

Im Hinblick auf die ausführlichen Erläuterungen zu § 27 Abs. 3 SMG wird grundsätzlich bemerkt, dass die in der Praxis gelegentlich zu weite Auslegung der Begriffsbestimmung des § 70 StGB zwar Anlass zu berechtigter Kritik geführt hat, jedoch nicht im Bereich der Suchtgiftdelinquenz, sondern vielmehr im

Zusammenhang mit Vermögensdelikten. Eine Einengung der Bestimmung des § 27 Abs. 3 SMG in jede Richtung würde hingegen die Bekämpfung des Straßenhandels in Großstädten (vor allem in Wien) unnötig erschweren. Selbst die angedachte Aufnahme weiterer Voraussetzungen (Begehung dreier Taten nach § 27 Abs. 2 Z 1 SMG innerhalb der letzten 12 Monate vor der abzuurteilenden Tat) würde die Erfassung des Straßenhandels erheblich erschweren und den Gegebenheiten der Praxis nicht gerecht werden, weil kriminelle Organisationen üblicherweise über ein großes Reservoir an potentiellen Straßenverkäufern verfügen und dann jeweils unbescholtene Händler - auf die Straße „schicken“ würden.

**Zu Art I Z 41.
(§ 28 SMG)**

Dass Erwerb und Besitz von Suchtgift (zum Zwecke der Begehung einer strafbaren Handlung nach § 27 Abs. 2 Z 1 SMG) bis zu einer Menge, die das Fünfzehnfache der Grenzmenge nicht übersteigt, anstatt wie bisher mit bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe in Zukunft (nur mehr) den mit Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr bedrohten Tatbestand des § 27 Abs. 1 und 2 Z 1 SMG erfüllen soll , würde eine kaum vertretbare Besserstellung jener Täter, die vor dem Inverkehrsetzen (oder dessen Versuch, etwa beim Verpacken) ausgeforscht und betreten werden, mit sich bringen. Denn in der Praxis würde diese Regelung bedeuten, dass die Verfahren gegen Personen, die Suchtmittel in einer Größenordnung von bis zu 45g Heroin, 225g Kokain, 150g Amphetamine oder 300g Haschisch (jeweils reines Suchtgift, die handelsübliche, „gestreckte“ Menge wäre weitaus höher) zum Zweck der Verpackung und Inverkehrsetzung lagern, bloß in die Zuständigkeit der Bezirksgerichte fallen und ungeachtet der Gefährlichkeit derart großer Suchtgiftmengen für die Gesundheit der

Abnehmer eine dem Unrechtsgehalt der Tat nicht entsprechende, unverständlich milde Reaktion des Gesetzgebers auslösen würde. Dies könnte zudem dazu führen, dass mit Zugriffen der Sicherheitsbehörde in diesen Fällen zugewartet wird, bis Tathandlungen nach § 28a Abs. 1 SMG neu gesetzt werden, anstatt - wie derzeit üblich - das Suchgift möglichst bereits vor dem beabsichtigten Verkauf aus dem Verkehr zu ziehen.

**Zu Art I Z 42. ivm Art III
(§§ 28a SMG, 31 Abs. 3 StPO neu)**

Wenn auch die Vermeidung der in der Judikatur des Obersten Gerichtshofes zu § 28 SMG in der derzeitigen Fassung aufgezeigten Probleme durch das Festlegen einer neuen Grenzmenge grundsätzlich zu begrüßen ist, hätte die geplante Verschiebung der Zuständigkeit zum Einzelrichter in den Fällen des § 28a Abs. 1 SMG neu zur Folge, dass dieser - ausgehend vom handelsüblichen Wert der Suchtgifte - systemwidrig zu den Bestimmungen des StGB über sehr hohe Vermögenswerte abzusprechen hätte. So liegt ausgehend von einem durchschnittlichen Reinheitsgehalt von 2 % der Preis für 2250g Heroin (15 Faches der großen Menge; ausgehend von einem Preis von 50, - bis 60 Euro pro Gramm) beispielsweise bei rund Euro 123.750 (für Kokain ausgehend von einem durchschnittlichen Reinheitsgehalt von 7-8% und 3000g als 15 fache Menge und einem Preis von ca. 80 Euro pro Gramm bei rund 240.000 Euro).

Hinzu kommt, dass die Unterschiedlichkeit der Verfahrensarten für Verbrechen nach § 28a Abs. 1 und Abs. 2 SMG in der Praxis die Gefahr von nicht unerheblichen Verzögerungen mit sich bringen würde, weil - erfahrungsgemäß - einerseits Aussagen von Mittätern und Abnehmern im Laufe des

Verfahrens in Bezug auf Mengenangaben ständig differieren und andererseits umfangreiche sicherheitsbehördliche Erhebungen im Suchtgiftmilieu längere Zeit in Anspruch nehmen, was in zahlreichen Fällen zu Nachtragsanzeigen führt. Langt - beispielsweise - nach Abfertigung eines Strafantrages wegen eines Deliktes nach § 28a Abs. 1 SMG ein weiteres Erhebungsergebnis wegen Überlassung oder Verschaffung weiterer Suchtgiftmengen an erst später ausgeforschte Abnehmer ein, wäre keine Ausdehnung des Strafantrages in der Hauptverhandlung möglich. Vielmehr müsste ein Austausch des Strafantrages in eine Anklageschrift erfolgen. Gleiches gilt für erst in der Hauptverhandlung hervorkommende Umstände, die eine Subsumtion des Täterverhaltens unter die Tatbilder des § 28a Abs. 2, 3, 4 oder 5 SMG erfordern. In diesen Fällen müsste sogar ein Unzuständigkeitsurteil gefällt und nach Einbringung einer Anklageschrift eine neue Verhandlung vor einem Schöffengericht durchgeführt werden. (Zu den finanziellen Auswirkungen siehe unten).

Zu Art I. Z 51.

(§ 35 SMG)

Während in den Erläuterungen zur Neufassung des § 35 Abs. 2 SMG zu lesen ist, dass der Anwendungsbereich der Diversion nach dem SMG auf sämtliche in den §§ 27 bis 31a SMG genannte Tathandlungen ausgedehnt werden soll, **wenn der Verdächtige an Suchtmittel gewöhnt ist** und die Tat nicht in die Zuständigkeit der Schöffengerichte fällt, enthält der Gesetzesentwurf **keine** Einschränkung in diese Richtung. Ungeachtet der zudem geplanten Voraussetzungen des § 35 Abs. 2 Z 2 und 3 SMG neu wären im Hinblick darauf, dass diese Norm im Entwurf als „Muss

- Bestimmung“ konzipiert ist, daher auch alle Fälle des § 28a Abs. 1 SMG neu erfasst.

Mit dieser Erweiterung der Diversionsmöglichkeit - ohne auf Abhängigkeiten abzustellen - auch für Erzeugung, Beförderung, Ein- und Ausfuhr, Anbietung Überlassung oder Verschaffung großer Suchtgiftmengen (bis zum 15 fachen der Grenzmenge) wird dem Unrechtsgehalt und der Gefährlichkeit krimineller Handlungen in Verbindung mit großen Suchtgiftmengen nicht Rechnung getragen. Es wird daher angeregt - im Sinne eines Ausbaus des Gedankens Therapie statt Strafe - auf die **Abhängigkeit** von einem Suchtmittel abzustellen und im übrigen die derzeit gültige „Kann - Bestimmung“ (§ 35 Abs. 2 SMG), die sich in der Praxis bewährt hat und keiner Kritik unterliegt, beizubehalten.

Zu Art I Z 56.
(§ 39 SMG)

Die im Entwurf vorgesehene Möglichkeit, Strafaufschub auch nach Antritt der Freiheitsstrafe beantragen zu können, ist jedenfalls zu begrüßen. Soweit jedoch § 39 SMG neu lediglich auf eine **Gewöhnung** an Suchtmittel abstellt, birgt diese Formulierung die Gefahr, dass Delinquenten, die Vermögensdelikte begehen ohne abhängig zu sein und beispielsweise bloß fallweise Haschisch konsumieren, diese Norm zu ihrem Vorteil ausnützen, ohne dass dies den Intentionen des Gesetzgebers entsprechen würde. Solche Straftäter würden auch gegenüber Alkoholabhängigen in rechtspolitisch nicht vertretbarer Weise besser gestellt werden. Soweit in den Erläuterungen ungerechtfertigte Differenzierungen zufolge der derzeit geltenden Fassung des § 39 SMG (ZB bei gewerbsmäßigem Einbruchsdiebstahl unter Drogeneinfluss, der mit Freiheitsstrafe von bis zu 10 Jahren bedroht ist)

angesprochen werden, ist zu erwidern, dass eine Therapiemöglichkeit bei einem solchen Täter schon mangels Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 StVG ausgeschlossen ist.

Es wird daher angeregt, zum einen nicht auf die **Gewöhnung** an ein Suchtmittel, sondern auf die **Abhängigkeit** von einem solchen abzustellen, zum anderen die bisherige Abstufung zwischen Straftaten nach dem SMG und der sog. Begleitkriminalität beizubehalten, die der Gesetzgeber des SMG 1998 bewusst wählte, um Vermögensdelinquenten nicht dazu zu animieren, Suchtgiftgewöhnung zum Zwecke eines Strafaufschubes vorzuschieben. Therapien, die üblicherweise sehr kostenintensiv sind und nahezu ausschließlich vom Bund bezahlt werden, sollten Suchtgiftkranken (Abhängigen) vorbehalten bleiben und nicht nur zum Schein in Anspruch genommen werden können.

Zu den finanziellen Auswirkungen

Zu Unrecht geht der Entwurf nur von einer Verfahrensvereinfachung und einer „gewissen Entlastung“ des Obersten Gerichtshof aus. Wie oben aufgezeigt, sind durch die Trennung der Zuständigkeiten in Einzelrichter - und Schöffensachen Verfahrensverzögerungen in I. Instanz erwarten. Der Entlastung des Obersten Gerichtshofs (und der Generalprokuratur) durch die Verschiebung der Zuständigkeiten steht eine Mehrbelastung der Oberlandesgerichte (und der Oberstaatsanwaltschaften) durch die Möglichkeit, (volle) Berufungen anstatt Nichtigkeitsbeschwerden zu erheben, gegenüber, was in den Erläuterungen unerwähnt bleibt.

Zudem würden sich durch Anhebung der Strafobergrenze in § 39 Abs. 1 SMG auf 3 Jahre und die Erweiterung der Therapiemöglichkeit für

Beschaffungskriminalität die Kosten für Therapien spürbar erhöhen, worauf in den Erläuterungen ebenfalls nicht Bezug genommen wird.

Dr. Maria-Luise NITTEL

Erste Oberstaatsanwältin