

JAP

[Juristische Ausbildung & Praxisvorbereitung]

- must know** Basics des römischen Rechts (Teil 3)
Prüfungsrelevantes Nebenstrafrecht in Fällen (SMG)
Freiwillige Versicherung und Rahmenfristerstreckung für Selbständige
Der Zins im Mietrecht – Teil II
- Judikatur** Zur (fehlenden) Antragslegitimation einer „Klimaklage“
Der Aufsichtsrat darf sich etwas wünschen
- Musterfall** Strafrecht und Bürgerliches Recht

Redaktionsleitung
Verena T. Halbwachs

Redaktion
Florian G. Burger
Ulrike Frauenberger-Pfeiler
Thomas Klicka
Roman Alexander Rauter
Alexander Reidinger
Hannes Schütz
Eva Schulev-Steindl

Korrespondenten
Erwin Bernat
Christoph Grabenwarter
Friedrich Harrer
Ferdinand Kerschner
Alexander Schopper

2020/2021

03

MANZ 

ISSN 1022-9426

Prüfungsrelevantes Nebenstrafrecht in Fällen (SMG)

JAP 2020/2021/15

§§ 13, 27, 28, 28 a,
34, 35 SMG

Nebenstrafrecht;
Suchtmittelgesetz;

Diversion;
Einziehung

Der folgende Beitrag bietet einen Überblick über Schwerpunkte des Suchtmittelgesetzes. Das SMG wird dabei anhand dreier praxisnaher Fälle im Prüfungsformat behandelt.

Von Julia Innerhofer und Jakob Hajszan

Inhaltsübersicht:

- A. Grundlagen des SMG
- B. Fall 1 „Zug Nr 420“
 1. Sachverhalt
 2. Relevante Gesetzesbestimmungen
 3. Lösung
 - a) Strafbarkeit des A – Kaufen von Marihuana
 - b) Strafbarkeit des D – Verkaufen von Marihuana auf einem Bahnhof
 - c) Vorgehen der Behörden
 - d) Variante – Weitergeben und Konsumieren eines Joints
- C. Fall 2 „Narcos Austria“
 1. Sachverhalt
 2. Relevante Gesetzesbestimmungen
 3. Lösung
 - a) Strafbarkeit der N – Importieren von Heroin nach Italien und Weitergeben an Xaver
 - b) Strafbarkeit des X – Transportieren und Verkaufen von Heroin
 - c) Strafbarkeit des Z – Verkaufen von Heroin
- D. Fall 3 „Homegrown“
 1. Sachverhalt
 2. Relevante Gesetzesbestimmungen
 3. Lösung
 - a) Strafbarkeit des F – Anbauen von Cannabispflanzen
 - b) Einziehung der Pflanzen

A. Grundlagen des SMG

Das SMG definiert Suchtmittel, regelt den legalen Umgang damit, gibt Rahmenbedingungen für entsprechende gesundheitsbezogene Maßnahmen vor, stellt gewisse Handlungen in Bezug auf Suchtgifte, psychotrope Stoffe und Drogenausgangsstoffe unter Strafe und sieht verfahrensrechtliche Sondervorschriften vor. Dadurch soll der Schutz der Gesundheit der Bevölkerung erreicht und die Verbreitung von Suchtmitteln sowie der Umgang damit kontrolliert werden. Zu den Suchtmitteln gehören Suchtgifte und psychotrope Stoffe. Nach § 2 Abs 1 SMG sind Suchtgifte solche Stoffe und Zubereitungen, die durch die „Einzigste Suchtgiftkonvention“ gewissen Beschränkungen unterworfen wurden und mit **Verordnung** der oder des BM für Gesundheit **als Suchtgifte bezeichnet** wurden (**Suchtgiftverordnung**). Weitere Stoffe und Zubereitungen können mit Verordnung Suchtgiften gleichgestellt werden, wenn sie ein Suchtgiften vergleichbares Gefährdungspotential haben.

Die Grenzmenge iSd § 28 b SMG ist die Untergrenze jener Menge an Suchtgift, die, bezogen auf die Reinsubstanz des Wirkstoffes, geeignet ist, in großem Umfang eine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen herbeizuführen. Diese Menge ist durch die oder den BM für Gesundheit im Einvernehmen mit der oder dem BM für Justiz mit Verordnung festzulegen. Dabei ist auch auf die Eignung von Suchtgiften, eine Gewöhnung hervorzurufen, sowie auf das Suchtverhalten Bedacht zu nehmen. Dies erfolgte mit der **Suchtgift-Grenzmengenverordnung (SGV)** BGBl II 1997/377 idF BGBl II 2019/211. Die Grenzmenge wird also für jeden in Suchtgiften enthaltenen Wirkstoff festgelegt. Dieser unterscheidet sich zumal von der gängigen Bezeichnung des Suchtgiftes, weshalb das Erkennen der relevanten Grenzmenge der Kenntnis der Wirkstoffe bedarf. So sind beim Umgang mit Cannabis für die Ermittlung, ob die Grenzmenge überschritten wurde, die Wirkstoffe THCA (Grenzmenge 40,0 g) bzw Tetrahydrocannabinol (Grenzmenge 20,0 g) heranzuziehen. Bei der Errechnung ist stets zu beachten, dass die Menge des Wirkstoffes in **Reinsubstanz** maßgeblich ist.¹⁾ Da Drogen in fast allen Fällen gestreckt sind, unterscheidet sich die Menge der Reinsubstanz, oftmals nicht unwesentlich, vom Gewicht der gekauften Substanz. Bei der Berechnung ist daher der Reinheitsgrad zu ermitteln. Wenn eine Person also 50 g amphetaminhaltige Substanz verkauft, ist für die Beurteilung, ob die Grenzmenge überschritten ist, entscheidend, welchen Reinheitsgrad die Substanz hat. Die Grenzmenge beträgt beim Wirkstoff Amphetamin 10 g; hat die Substanz daher einen Reinheitsgrad von zB 15%, liegen 7,5 g Amphetamin in Reinsubstanz vor, weshalb die Grenzmenge nicht überschritten wird und § 27 SMG einschlägig ist. Würde der Reinheitsgrad über 20% betragen, wäre die Grenzmenge allerdings überschritten und somit § 28 a SMG anzuwenden.

Die Bedeutung des SMG für die strafrechtliche Praxis zeigt sich dadurch, dass SMG-Delikte im Jahr 2019 die dritthäufigste Gruppe darstellten. So waren **17,5%** der den 2019 erfolgten Verurteilungen zugrunde liegenden Delikte solche nach dem SMG. Insgesamt waren dies **8.415 SMG-Delikte**.²⁾

Gemäß dem Grundsatz „Therapie statt Strafe“ ist eine Verurteilung allerdings nicht immer geboten. Dies betrifft vor allem den persönlichen Gebrauch, wobei

1) Steinhardt, Das Suchtmittelstrafrecht, JAP 2011/2012, 8 (11).

2) Gerichtliche Kriminalstatistik 2019, statistik.at (abgerufen 20. 11. 2020).

nicht nur der eigennützige, sondern auch der fremdnützige Gebrauch erfasst ist. Wesentlich ist, dass die verdächtige Person selbst keinen Vorteil aus der Tat gezogen hat. In so einem Fall wird auf eine Anzeige bzw auf eine weitere Verfolgung verzichtet und stattdessen eine Mitteilung an die Gesundheitsbehörde erstattet. Durch diese Maßnahme soll den betroffenen Personen besser geholfen werden, und auch eine Entlastung der Justiz geht damit einher.

B. Fall 1 „Zug Nr 420“

1. Sachverhalt

Adrian möchte ein wenig „Gras“ für seine Freunde – Boris und Chris – und sich selbst besorgen. Dafür fährt er mit dem Zug Nr 420 zum Hauptbahnhof Wien und kauft dort in der Bahnhofshalle gegen 17:00 Uhr Marihuana vom Dealer Daniel. Die Kosten teilen die Freunde, wie zuvor besprochen, durch drei.

Prüfen Sie die Strafbarkeit von A und D!

Wie hat welche Behörde bezüglich A und D vorzugehen?

Variante:

A, B und C besuchen mit etwas „Gras“ eine Homeparty. Angenommen, die drei Freunde teilen ihren Joint dort mit Emil, den sie erst bei der Party kennengelernt haben.

Prüfen Sie die Strafbarkeit von A in diesem Fall! Macht sich E strafbar?

2. Relevante Gesetzesbestimmungen

§§ 27, 13, 35 SMG

§ 27.

(1) Wer vorschriftswidrig

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

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

3. psilocin-, psilotin- oder psilocybinhaltige Pilze einem anderen anbietet, überlässt, verschafft oder zum Zweck des Suchtgiftmissbrauchs anbaut,

ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

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

(2a) Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren ist zu bestrafen, wer vorschriftswidrig in einem öffentlichen Verkehrsmittel, in einer dem öffentlichen Verkehr dienenden Anlage, auf einer öffentlichen Verkehrsfläche, in einem öffentlichen Gebäude oder sonst an einem allgemein zugänglichen Ort öffentlich oder unter Umständen, unter denen sein Verhalten geeignet ist, durch unmittelbare Wahrnehmung berechtigtes Ärgernis zu erregen, Suchtgift einem anderen gegen Entgelt anbietet, überlässt oder verschafft.

§ 13.

(2a) Wird einer Behörde oder öffentlichen Dienststelle der Anfangsverdacht (§ 1 Abs 3 der Strafprozess-

ordnung 1975 – StPO, BGBl. 1975/631) bekannt, dass eine Person eine Straftat nach §§ 27 Abs 1 und 2 ausschließlich für den eigenen persönlichen Gebrauch oder den persönlichen Gebrauch eines anderen begangen habe, ohne dass diese Person daraus einen Vorteil gezogen habe, so hat die Behörde oder öffentliche Dienststelle an Stelle einer Strafanzeige (§ 78 StPO) diesen Umstand der Bezirksverwaltungsbehörde als Gesundheitsbehörde mitzuteilen.

(2b) Ergeben Ermittlungen der Kriminalpolizei ausschließlich den in Abs 2a umschriebenen Verdacht, so hat sie diesen auf dem in § 24a Abs 1 vorgegebenen Weg der Bezirksverwaltungsbehörde als Gesundheitsbehörde mitzuteilen sowie der Staatsanwaltschaft darüber zu berichten (Abtretungsbericht).

§ 35.

(2) Die Staatsanwaltschaft hat unter den Voraussetzungen und Bedingungen der Abs 3 bis 7 auch von der Verfolgung einer anderen Straftat nach den §§ 27 oder 30 bis 31 a, einer Straftat nach den §§ 28 oder 28 a, sofern der Beschuldigte an Suchtmittel gewöhnt ist, oder einer im Zusammenhang mit der Beschaffung von Suchtmitteln begangenen Straftat unter Bestimmung einer Probezeit von einem Jahr bis zu zwei Jahren vorläufig zurückzutreten, wenn

1. die Straftat nicht in die Zuständigkeit des Schöffen- oder Geschworenengerichts fällt,

2. die Schuld des Beschuldigten nicht als schwer anzusehen wäre und

3. der Rücktritt nicht weniger als eine Verurteilung geeignet erscheint, den Beschuldigten von solchen Straftaten abzuhalten.

3. Lösung

a) Strafbarkeit des A – Kaufen von Marihuana

Grunddelikt: § 27 Abs 1 Z 1. Fall SMG

Objektiver Tatbestand: A kauft das Marihuana von D. Damit erwirbt³⁾ A vorschriftswidrig Suchtgift, weil es sich bei Marihuana mit den Wirkstoffen THCA bzw THC um **Suchtgift nach der Suchtgiftverordnung** handelt und er durch das Rechtsgeschäft Alleingewahrsam daran erlangt.

Subjektiver Tatbestand: A hat Eventualvorsatz auf alle strafbegründenden Umstände, denn er hält es ernstlich für möglich und findet sich damit ab, einen dem gesetzlichen Tatbild entsprechenden Sachverhalt zu erfüllen.

Rechtswidrigkeit und Schuld sind unproblematisch gegeben.

Das Grunddelikt des § 27 Abs 1 Z 1. Fall SMG ist daher erfüllt.

Der ebenfalls vorliegende Besitz wird vom Erwerb verdrängt und ist nicht extra zu prüfen.⁴⁾ →

3) Auch wenn A das Suchtgift hier gegen Entgelt erwirbt, kommt es bei dieser Bestimmung nicht darauf an. A würde den Tatbestand also auch erfüllen, wenn er nichts für das Marihuana bezahlen müsste, weil das Erlangen von Gewahrsam entscheidend ist, OGH 9. 10. 2019, 13 Os 58/19 g.

4) *Schwaighofer* in WK² StGB § 27 SMG Rz 102; OGH 8. 9. 2009, 11 Os 116/09 g; anders aber OGH 24. 9. 2009, 12 Os 99/09 i.

Hier kommt allerdings die Privilegierung der Begehung zum persönlichen Gebrauch nach § 27 Abs 2 SMG in Betracht.

Privilegierung: § 27 Abs 2 SMG

A erwirbt das Marihuana für sich selbst sowie für seine zwei Freunde B und C. Zwar schenkt A ihnen das Suchtgift nicht, doch er lässt sich die anteiligen Kosten von seinen Freunden ersetzen. Daher stellt sich die Frage, ob A die Tat ausschließlich zum persönlichen Gebrauch begeht. Unter den persönlichen Gebrauch fällt nicht nur der **eigennützige persönliche Gebrauch**, sondern auch der **fremdnützige persönliche Gebrauch**. Darunter versteht man, dass die Tat (auch) für den persönlichen Gebrauch eines anderen begangen wird und daraus **kein Vorteil** gezogen wird.⁵⁾ Da die drei Freunde die Kosten durch drei teilen, lässt sich A im konkreten Fall nur seine Eigenkosten ersetzen. Er macht daher keinen Gewinn, sondern jeder zahlt im Endergebnis seinen Anteil am Suchtgift. Die Tat wird daher ausschließlich zum persönlichen Gebrauch begangen.

Ergebnis: Da die Privilegierung somit anwendbar ist, ist folgegemäß die geringere Strafdrohung (Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten bzw Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen) auf A anzuwenden.

Anm: Für B und C gilt die gleiche Strafdrohung wie für A.

b) Strafbarkeit des D – Verkaufen von Marihuana auf einem Bahnhof

§ 27 Abs 2 a SMG:

Anm: Da alle Elemente des Tatbestands in diesem Absatz genannt werden und es sich bei dieser Qualifikation daher um eine selbständige Abwandlung handelt, ist das Grunddelikt des § 27 Abs 1 nicht mitzuzitieren. Es kann daher gleich die Qualifikation nach § 27 Abs 2 a SMG geprüft werden.

Objektiver Tatbestand: Bei dem Marihuana, das D an A verkauft, handelt es sich mit den Wirkstoffen THCA bzw THC um ein **Suchtgift nach der Suchtgiftverordnung**. Es stellt daher ein geeignetes Tatobjekt dar.⁶⁾ D verkauft das Marihuana am Hauptbahnhof Wien, welcher als eine dem öffentlichen Verkehr dienende Anlage und somit als **allgemein zugänglicher Ort** qualifiziert werden kann. Weiters ist die **öffentliche Begehung** (und der damit verbundene besondere soziale Störfwert) gegeben, weil die Tat gegen 17:00 in der Bahnhofshalle unmittelbar von einem größeren Personenkreis, dh von mindestens zehn Personen, wahrgenommen werden kann. Dabei **überlässt** er das Suchtgift **gegen Entgelt**. Unter „Überlassen“ versteht man das entgeltliche oder unentgeltliche Übergeben von Suchtgift durch den Täter selbst an eine andere Person, die vorher noch keinen Gewahrsam am Suchtgift hatte. Für diese Qualifikation ist es jedoch erforderlich, dass dies gegen Entgelt erfolgt, was hier bejaht werden kann, weil er das Marihuana verkauft. Die Tathandlung ist also gegeben.

Subjektiver Tatbestand: D hat Eventualvorsatz auf alle strafbegründenden Umstände, denn er hält es ernstlich für möglich und findet sich damit ab, einen

dem gesetzlichen Tatbild entsprechenden Sachverhalt zu verwirklichen.

Rechtswidrigkeit und Schuld sind unproblematisch gegeben.

Ergebnis: D ist demnach strafbar gem § 27 Abs 2 a SMG und mit einer Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren bedroht.

c) Vorgehen der Behörden

A: A ist strafbar nach § 27 Abs 1, Abs 2 SMG und daher mit einer Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen bedroht. Zuständig ist dabei das Bezirksgericht gem § 30 Abs 1 StPO.

A hat eine Straftat nach § 27 Abs 1, Abs 2 SMG, und somit zum persönlichen Gebrauch, begangen. Wird einer Behörde oder öffentlichen Dienststelle ein diesbezüglicher Anfangsverdacht bekannt, hat diese gem **§ 13 Abs 2 a SMG** an Stelle einer Strafanzeige diesen Umstand der Bezirksverwaltungsbehörde als Gesundheitsbehörde mitzuteilen.

Wird derselbe Umstand hingegen der Kriminalpolizei bekannt, hat sie in solch einem Fall nach **Abs 2 b** vorzugehen und den Verdacht der Bezirksverwaltungsbehörde als Gesundheitsbehörde mitzuteilen sowie der Staatsanwaltschaft in Form eines Abtretungsberichtes darüber zu berichten.

Grundsätzlich ist bei A daher nach § 13 Abs 2 a oder 2 b SMG vorzugehen und die Therapie der Strafe vorzuziehen. In beiden Fällen ist die Gesundheitsbehörde für die Therapiemaßnahmen zuständig.

Falls die betreffende Person, hier A, sich jedoch weigert, die gesundheitsbezogenen Maßnahmen oder die dafür notwendige Untersuchung zu unternehmen, bzw wenn die Kriminalpolizei einen Abtretungsbericht erstattet, der jedoch grundsätzlich zum sofortigen vorläufigen Rücktritt von der Verfolgung verpflichtet, ist **§ 35 Abs 1 SMG** anzuwenden.⁷⁾ Bei dieser Diversionsbestimmung handelt es sich um ein temporäres Verfolgungshindernis,⁸⁾ das in solchen Fällen subsidiär zur Anwendung gelangt.

D: D ist strafbar nach § 27 Abs 2 a SMG und daher mit einer Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren bedroht. Zuständig ist dabei das Landesgericht als Einzelrichter gem § 31 Abs 4 Z 1 StPO.

Da die Qualifikation erfüllt ist und D die Tat nicht rein zum persönlichen Gebrauch begangen hat, ist ein Vorgehen nach § 13 Abs 2 a oder 2 b SMG bei D nicht möglich.

Unter Umständen kommt es aber trotzdem zu einer diversionellen Erledigung. Gem **§ 35 Abs 2 SMG** hat die Staatsanwaltschaft von der Verfolgung der Straftat (auch) nach § 27 Abs 2 a SMG unter Bestimmung einer Probezeit von einem Jahr bis zu zwei Jahren vorläufig zurückzutreten, weil die Voraussetzungen für die Anwendung dieser Diversionsbestimmung wohl erfüllt sind. Weiters müssen dabei Abs 3 bis 7 des

5) *Schwaighofer* in WK² StGB § 27 SMG Rz 57 f.

6) Siehe Anhang IV.1. und V.1. zur SV; *Hinterhofer/Tomasits* in *Hinterhofer*, Suchtmittelgesetz² (2018) § 27 Rz 28.

7) *Schwaighofer* in WK² StGB § 27 SMG Rz 9.

8) OGH 19. 6. 2008, 12 Os 66/08k.

§ 35 SMG beachtet werden. Darin ist geregelt, wann die Einholung einer Stellungnahme einer Gesundheitsbehörde zur Frage des Bedarfs einer gesundheitsbezogenen Maßnahme nach § 11 Abs 2 SMG notwendig ist und wann dem nicht so ist. Außerdem wird darin festgelegt, wie eine allfällige Einholung der Stellungnahme zu erfolgen hat und wie die weitere Vorgehensweise ist. Da D einen Vorteil aus dem Verkauf von Marihuana gezogen hat und die Tat daher nicht zum persönlichen Gebrauch begangen hat, sind die Ausnahmen nach § 35 Abs 4 SMG im konkreten Fall nicht anwendbar. Daher hat die Staatsanwaltschaft eine Stellungnahme nach § 35 Abs 3 Z 2 SMG einzuholen, um zu klären, ob D einer gesundheitsbezogenen Maßnahme gem § 11 Abs 2 SMG bedarf. Dabei wird außerdem geklärt, um welche Maßnahme es sich gegebenenfalls handeln soll, ob eine solche Maßnahme zweckmäßig, D nach den Umständen möglich und zumutbar und nicht offenbar aussichtslos ist.

d) Variante – Weitergeben und Konsumieren eines Joints

A: Bezüglich der Strafbarkeit des A ändert sich in dieser Variante nichts im Vergleich zum Grundfall. Das heißt, dass A auch hier nach § 27 Abs 1, Abs 2 SMG strafbar wäre. Das Teilen des Joints mit E ist ein Paradebeispiel für uneigennütziges **Überlassen** und daher auch eine Form des **fremdnützigen persönlichen Gebrauchs**.

Auch bezüglich des Behördenvorgehens ändert sich hier nichts im Vergleich zum Grundfall. § 13 Abs 2a oder 2b, § 35 Abs 1 SMG sind daher auch hier in der oben erklärten Form und Reihenfolge anzuwenden.

Anm: Für B und C gilt dies gleichfalls.

E: Grunddelikt: § 27 Abs 1 Z 1 2. Fall SMG

Objektiver Tatbestand: Im konkreten Fall teilen die Freunde A, B und C ihr gekauftes Marihuana mit E, indem sie ihm den Joint weiterreichen. Bei Marihuana handelt es sich mit den Wirkstoffen THCA bzw THC eindeutig um ein **Suchtgift nach der Suchtgiftverordnung**. E war am Kauf des Suchtgifts nicht beteiligt, weswegen sich die Frage stellt, ob der reine **Konsum** strafbar ist. Die erste Tathandlungsalternative der Z 1 ist das „**Erwerben**“. Man erwirbt Suchtgift, wenn man Alleingewahrsam an selbigem erlangt. Das lässt sich hier verneinen, da die drei Freunde neben E stehen und somit zumindest Mitgewahrsam behalten. Eine ganz kurzfristige Verfügungsgewalt des E reicht hier nicht aus.⁹⁾ In Betracht kommt allerdings der zweite Fall der Z 1. E könnte vorschriftswidrig Suchtgift besitzen. Unter „**Besitzen**“ versteht die hA, im Gegenteil zum Zivilrecht, hier jeden, auch bloß ganz kurzfristigen Gewahrsam am Suchtgift.¹⁰⁾ Diese Form der tatsächlichen Innehabung liegt bei E vor, da er den Joint überreicht bekommt. Der OGH wertet eine solche Form der Innehabung mangels sonstiger Strafbarkeit des Konsums schon als Besitz.¹¹⁾ Die Handlung des E, das Übernehmen und Konsumieren des Joints, erfüllt daher nach strRp den Besitzbegriff und begründet Strafbarkeit nach § 27 Abs 1 Z 1 2. Fall SMG. Hätte einer der drei Freunde dem E den Joint nur in den Mund gesteckt und E hätte dann an jenem gezogen, wäre die Situation

schwieriger zu beurteilen. Diese Form des Konsums ist noch nicht ausjudiziert und wird verschiedenartig gesehen.

Subjektiver Tatbestand: E hat Eventualvorsatz auf alle strafbegründenden Umstände, denn er hält es ernstlich für möglich und findet sich damit ab, einen dem gesetzlichen Tatbild entsprechenden Sachverhalt zu verwirklichen.

Rechtswidrigkeit und Schuld sind hier unproblematisch gegeben.

Das Grunddelikt des § 27 Abs 1 Z 1 SMG ist daher erfüllt und E wäre mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen bedroht. Hier kommt allerdings die Privilegierung nach § 27 Abs 2 SMG in Betracht.

Privilegierung: § 27 Abs 2 SMG

E konsumiert bzw besitzt das Marihuana für sich selbst. Daher begeht er die Tat jedenfalls ausschließlich zum **eigennützigen persönlichen Gebrauch**.

Ergebnis: Da die Privilegierung somit anwendbar ist, ist folgegemaß die geringere Strafdrohung auf E anzuwenden.

Die Behörden werden auch bei E nach § 13 Abs 2a oder 2b, § 35 Abs 1 SMG (wie oben beschrieben) vorgehen.

C. Fall 2 „Narcos Austria“

1. Sachverhalt

Nina und Xaver sind Teil eines großen Drogenrings mit dem Ziel des Imports von Drogen nach Österreich. Dem Drogenring gehören 30 Leute an, wobei X der Anführer ist. Im Herbst 2020 bringt N für den Drogenring 10 kg heroinhaltige Substanz (Reinheitsgrad 50%) aus dem EU-Ausland über den Seeweg nach Italien und übergibt sie dort an X. Anschließend bringt X die Substanz nach Österreich. In Österreich streckt er sie und verkauft 50 g (Reinheitsgrad 10%) weiter an den ihm gut bekannten Straßendealer Z, der aber nicht in den Drogenring eingebunden ist. Z packt die Substanz in 50 Säckchen zu je einem Gramm. In den nächsten Tagen gelingt es ihm, die Säckchen zu verkaufen.

Prüfen Sie die Strafbarkeit von N, X und Z!

2. Relevante Gesetzesbestimmungen

§§ 28, 28 a SMG; § 64 StGB

§ 28. (SMG)

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

9) Schwaighofer in WK² StGB § 27 SMG Rz 13.

10) Matzka/Zeder/Rüdiger, SMG³ (2017) § 27 Rz 8; Birkbauer/Kepplinger, Suchtmittelgesetz³ (2018) § 27 Anm 6; aA Hinterhofer/Tomasits in Hinterhofer, SMG² § 27 Rz 53 ff.

11) OGH 6. 3. 1996, 13 Os 183/95.

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

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

§ 28 a. (SMG)

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

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

1. gewerbmäßig begeht und schon einmal wegen einer Straftat nach Abs 1 verurteilt worden ist,

2. als Mitglied einer kriminellen Vereinigung begeht oder

3. in Bezug auf Suchtgift in einer das Fünfzehnfache der Grenzmenge übersteigenden Menge (großen Menge) begeht.

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

1. als Mitglied einer kriminellen Vereinigung begeht und schon einmal wegen einer Straftat nach Abs 1 verurteilt worden ist,

2. als Mitglied einer Verbindung einer größeren Zahl von Menschen zur Begehung solcher Straftaten begeht oder

3. in Bezug auf Suchtgift in einer das Fünfzigfache der Grenzmenge übersteigenden Menge begeht.

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

§ 64. (StGB)

(1) Die österreichischen Strafgesetze gelten unabhängig von den Strafgesetzen des Tatorts für folgende im Ausland begangene Taten:

[...]

4. [...] und die nach den §§ 28 a, 31 a sowie 32 Abs 3 des Suchtmittelgesetzes strafbaren Handlungen, wenn durch die Tat österreichische Interessen verletzt worden sind oder der Täter nicht ausgeliefert werden kann;

3. Lösung

a) Strafbarkeit der N – Importieren von Heroin nach Italien und Weitergeben an X

Grunddelikt § 28 a Abs 1 2. Fall und 5. Fall SMG

Objektiver Tatbestand: N bringt 10 kg heroinhaltige Substanz aus dem EU-Ausland nach Italien. Da sie das Suchtgift über die italienische Staatsgrenze bringt, führt N dieses vorschriftswidrig ein iSd § 28 a Abs 1 2. Fall SMG. Hierbei genügt das Überschreiten jeder beliebigen Staatsgrenze.¹²⁾

Mit der Übergabe an X überlässt N das Suchtgift in einer die Grenzmenge übersteigenden Menge an andere, da sie dem X zumindest zeitweilig Gewahrsam daran verschafft.¹³⁾ Diese Begehungsform steht zur Einfuhr in echter Realkonkurrenz.¹⁴⁾

Subjektiver Tatbestand: N hat Eventualvorsatz auf alle strafbegründenden Umstände, denn sie hält es ernstlich für möglich und findet sich damit ab, einen dem gesetzlichen Tatbild entsprechenden Sachverhalt zu erfüllen. Insb hat sie Vorsatz auf eine die Grenzmenge überschreitende Suchtgiftmenge, das Einführen sowie das Überlassen der Substanz.

Rechtswidrigkeit und Schuld sind unproblematisch gegeben.

Qualifikation § 28 a Abs 4 Z 2 SMG

Objektiver Tatbestand: N ist Mitglied einer Verbindung einer größeren Zahl von Menschen zur Begehung von Straftaten nach dem SMG. Der Drogenring stellt eine sog **Großbande** dar, weil dieser über eine festgefügte Organisation besteht und auf Dauer ausgelegt ist.¹⁵⁾ Da ihm 30 Leute angehören, ist auch die größere Zahl von Menschen erfüllt, denn hier gilt ein Richtwert von ca 10 Personen.¹⁶⁾ Auch begeht N die Straftaten, das zweimalige Einführen und das Überlassen, in ihrer Eigenschaft als Mitglied eben dieser Großbande.

Subjektiver Tatbestand: N hat Eventualvorsatz auf alle strafbegründenden Umstände, denn sie hält es ernstlich für möglich und findet sich damit ab, einen dem gesetzlichen Tatbild entsprechenden Sachverhalt zu erfüllen. Der Vorsatz erstreckt sich hier erstens auf die Merkmale, die die Großbande konstituieren (größere Zahl von Menschen, festgefügte Organisation und längere Dauer), und zweitens auf die Begehung als Mitglied dieser Großbande.

§ 28 a Abs 4 Z 2 SMG verdrängt § 28 a Abs 2 Z 2 SMG im Wege der Spezialität.¹⁷⁾

Qualifikation § 28 a Abs 4 Z 3 SMG

Objektiver Tatbestand: N führt insg 5 kg Heroin-Reinsubstanz ein. Dabei handelt es sich um eine übergroße Menge iSd § 28 a Abs 4 Z 3 SMG.

Subjektiver Tatbestand: Da es sich auch hierbei um eine Deliktsqualifikation handelt, ist gem § 7 Abs 1 StGB Vorsatz auf das Überschreiten der übergroßen Menge notwendig. Dieser liegt bei N vor.

Österreichische Strafgewalt¹⁸⁾

Das Einführen nach Italien ist keine Inlandstat, da die strafbare Handlung iSd § 67 Abs 2 StGB im Ausland begangen wird. Es könnte jedoch gem **§ 64 Abs 1 Z 4 StGB** österreichische Strafgewalt begründet werden. Dazu müssen durch die Tat österreichische Interessen verletzt werden, wofür jeder Bezug zu Österreich genügt.¹⁹⁾ Das Überlassen an Mitglieder desselben Drogenrings, damit diese das Suchtgift nach Österreich einführen, wird daher als die österreichischen Interessen verletzend anzusehen sein.

12) Bei Seegrenzen wird je nach Transportrichtung nach Matzka/Zeder/Rüdissler, SMG³ § 27 Rz 31/1 nur entweder Ein- oder Ausfuhr verwirklicht.

13) Kirchbacher/Schroll, Zur Rechtsprechung des OGH betreffend das SMG und die Einbringung der Ergebnisse verdeckter Ermittlungen in die Hauptverhandlung, RZ 2005, 116 (120).

14) OGH 15 Os 126/14 i JSt-Slg 2015/48 (Schwaighofer).

15) Schwaighofer in WK² StGB § 28 a SMG Rz 42.

16) OGH 15 Os 116/08k SSt 2008/83.

17) OGH 11 Os 44, 45/00 EvBl 2001/54; Birkbauer/Kepplinger, SMG⁶ § 28 a Anm 44.

18) Siehe dazu genauer Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht Allgemeiner Teil¹⁶ (2020) Rz 42.12 f.

19) Hinterhofer in Hinterhofer, SMG² § 28 a Rz 119.

Ergebnis: N ist strafbar gem § 28 a Abs 1 2. Fall, Abs 4 Z 2 und Z 3 SMG.

b) Strafbarkeit des X – Transportieren und Verkaufen von Heroin

Grunddelikt § 28 a Abs 1 2. und 5. Fall SMG

Objektiver Tatbestand:

Die Grenzmenge für Heroin beträgt **3 g** Reinsubstanz, dies ergibt sich aus der SGV. Da X 5 kg Heroin-Reinsubstanz empfängt, empfängt er eine die **Grenzmenge übersteigende Menge** an Suchtgift.

Dadurch, dass X das Suchtgift in einer die Grenzmenge übersteigenden Menge von Italien nach Österreich gebracht hat und dieses somit über Staatsgrenzen verbringt, **führt** er dieses nach Österreich ein,²⁰⁾ wodurch die Tathandlung erfüllt ist. Diese Einfuhr nach Österreich und die untrennbar damit verbundene Ausfuhr aus Italien werden als **alternatives Mischdelikt** angesehen.²¹⁾

Weiters **überlässt** er 5 g Reinsubstanz und damit eine die Grenzmenge übersteigende Menge an Z. Das Überlassen konkurriert wieder echt mit der Einfuhr.

Subjektiver Tatbestand: X hat Eventualvorsatz auf alle strafbegründenden Umstände, denn er hält es ernstlich für möglich und findet sich damit ab, einen dem gesetzlichen Tatbild entsprechenden Sachverhalt zu erfüllen.

Rechtswidrigkeit und Schuld sind unproblematisch gegeben.

X hat das Grunddelikt daher erfüllt. In weiterer Folge sind die in Frage kommenden Qualifikationen nach § 28 a Abs 4 Z 3, Abs 5 SMG zu prüfen.

Da X nur einen Teil des Suchtgiftes weitergibt, verwirklicht er zusätzlich **§ 28 Abs 1 2. Fall SMG** hinsichtlich des restlichen Suchtgiftes. Jedoch ist X nur nach § 28 a Abs 1 SMG zu bestrafen, da **Scheinkonkurrenz** vorliegt.²²⁾

Qualifikation § 28 a Abs 4 Z 3 SMG

Objektiver Tatbestand: X führt insg 5 kg Heroin-Reinsubstanz ein. Dabei handelt es sich um eine das 25-fache der Grenzmenge übersteigende Menge (**übergroße Menge**), denn bei einer Grenzmenge von 3 g wäre das 25-fache eine Menge von 75 g.

Subjektiver Tatbestand: Da es sich auch hierbei um eine Deliktsqualifikation handelt, ist gem § 7 Abs 1 StGB Vorsatz auf das Überschreiten der übergroßen Menge notwendig. Dieser liegt bei X vor.

Da X dem Z bloß 5 g Reinsubstanz überlässt, ist die Qualifikation hinsichtlich der Einfuhr, nicht aber des Überlassens erfüllt.

Qualifikation § 28 a Abs 5 SMG

Objektiver Tatbestand: Da X der Anführer des Drogenrings, und somit einer Großbande, ist (siehe bei N), ist er in dieser **führend tätig**.²³⁾ Auch begeht X eine Straftat nach § 28 a Abs 1 SMG.

Subjektiver Tatbestand: Auch Abs 5 ist eine Deliktsqualifikation, daher ist gem § 7 Abs 1 StGB Vorsatz auf das Anführen einer Großbande und das Vorliegen aller die Großbande begründenden Umstände erforderlich. Dieser ist auch gegeben.

Die Beteiligung als Mitglied iSd § 28 a Abs 4 Z 2 SMG ist vom Unrecht des Abs 5 umfasst.

Österreichische Strafgewalt

Das Einführen nach Österreich und das Überlassen an Z in Österreich stellen Inlandstaten iSd § 62 iVm § 67 Abs 2 StGB dar, weil der Handlungsort im Inland liegt.

Ergebnis: X ist strafbar gem § 28 a Abs 1 2. und 5. Fall, Abs 4 Z 3, Abs 5 SMG.

c) Strafbarkeit des Z – Verkaufen von Heroin

Stückweiser Verkauf – § 28 a Abs 1 5. Fall SMG

Objektiver Tatbestand: Z überlässt anderen Suchtgift, da er es entgeltlich in deren Gewahrsam überträgt.²⁴⁾ Das dem **Überlassen** vorangehende Anbieten wird vom Überlassen verdrängt, soweit die Personen, denen das Suchtgift angeboten wird, dieses auch übernehmen.²⁵⁾

Da Z 50 Päckchen zu je 1 g mit einem Reinheitsgrad von 10% verkauft, überlässt er insg 5 g Heroin-Reinsubstanz. Nach stRsp sind einzeln verkaufte kleine Suchtgiftmengen dann **zusammenzurechnen**, wenn eine kontinuierliche Begehung gleicher oder gleichartiger Taten vorliegt und ein auf die fortgesetzte Begehung gerichteter Gesamtvorsatz sowie ein Vorsatz auf Überschreiten der Grenzmenge vorliegt.²⁶⁾ Diese Voraussetzungen sind hier gegeben, Z überlässt daher eine die Grenzmenge übersteigende Menge.

Subjektiver Tatbestand: Z hat Eventualvorsatz auf alle strafbegründenden Umstände, denn er hält es ernstlich für möglich und findet sich damit ab, einen dem gesetzlichen Tatbild entsprechenden Sachverhalt zu erfüllen. Der Vorsatz erstreckt sich auf das Überschreiten der Grenzmenge und auf die kontinuierliche Begehung.

Rechtswidrigkeit und Schuld sind unproblematisch gegeben.

Ergebnis: Da Z nicht in den Drogenring eingebunden ist, verwirklicht er keine Organisationsqualifikation. Er ist daher nur gem § 28 a Abs 1 5. Fall SMG zu bestrafen.

D. Fall 3 „Homegrown“

1. Sachverhalt

Felix kauft sich Cannabispflanzen und versteckt sie im Keller. Er kümmert sich intensiv um die Pflanzen, doch sie haben noch keine Blüten gebildet und F hat noch nichts geerntet.

Prüfen Sie die Strafbarkeit des F!

Was hat mit den Pflanzen zu passieren, wenn die Polizei diese entdecken sollte? →

20) Hinterhofer in Hinterhofer, SMG² § 28 a Rz 33f.

21) OGH 11. 9. 2008, 15 Os 106/08i; 13 Os 83/15b JSt-Slg 2016, 176; Kirchbacher/Schroll, RZ 2005, 116 (120).

22) Hinterhofer in Hinterhofer, SMG² § 28 Rz 72; Schwaighofer in WK² StGB § 28 SMG Rz 29; für echte Konkurrenz RIS-Justiz RS0117789; OGH 7. 10. 2010, 12 Os 137/10d; Birkbauer/Kepplinger, SMG⁵ § 28 Anm 19.

23) Hinterhofer in Hinterhofer, SMG² § 28 a Rz 71.

24) Ein Verschaffen iSd § 28 a Abs 1 6. Fall SMG liegt allerdings nicht vor, weil es hierbei darauf ankommt, dass der Empfänger das Suchtgift von einem Dritten erhält; Schwaighofer in WK² StGB § 27 SMG Rz 42.

25) RIS-Justiz RS0127080; Matzka/Zeder/Rüdisser, SMG³ § 28 a Rz 8.

26) RIS-Justiz RS0112225; Schwaighofer in WK² StGB § 28 SMG Rz 10 mwN.

2. Relevante Gesetzesbestimmungen

§§ 27, 34 SMG; § 26 StGB

§ 27. (SMG)

(1) Wer vorschriftswidrig

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

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

3. psilocin-, psilotin- oder psilocybinhaltige Pilze einem anderen anbietet, überlässt, verschafft oder zum Zweck des Suchtgiftmissbrauchs anbaut,

ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

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

§ 34. (SMG)

(1) Suchtmittel und in § 27 Abs 1 Z 2 und 3 genannte Pflanzen und Pilze, die den Gegenstand einer mit Strafe bedrohten Handlung nach diesem Bundesgesetz bilden, sind nach Maßgabe des § 26 StGB einzuziehen.

§ 26. (StGB)

(1) Gegenstände, die der Täter zur Begehung der mit Strafe bedrohten Handlung verwendet hat, die von ihm dazu bestimmt worden waren, bei Begehung dieser Handlung verwendet zu werden, oder die durch diese Handlung hervorgebracht worden sind, sind einzuziehen, wenn dies nach der besonderen Beschaffenheit der Gegenstände geboten erscheint, um der Begehung mit Strafe bedrohter Handlungen entgegenzuwirken.

(2) Von der Einziehung ist abzusehen, wenn der Berechtigte die besondere Beschaffenheit der Gegenstände beseitigt [...].

3. Lösung

a) Strafbarkeit des F – Anbauen von Cannabispflanzen

Grunddelikt: § 27 Abs 1 Z 2 3. Fall SMG

Objektiver Tatbestand: F kauft Cannabispflanzen und baut diese an, um später die Blüten zu ernten²⁷⁾ und Suchtgift (Marihuana mit den Wirkstoffen THCA bzw THC ist ein Suchtgift nach der Suchtgiftverordnung) zu gewinnen.

Subjektiver Tatbestand: F hat Eventualvorsatz auf alle strafbegründenden Umstände, denn er hält es

ernstlich für möglich und findet sich damit ab, einen dem gesetzlichen Tatbild entsprechenden Sachverhalt zu verwirklichen. Er hat insbesondere auch den erweiterten Vorsatz, die Pflanzen zum **Zweck der Suchtgiftgewinnung** anzubauen.

Rechtswidrigkeit und Schuld sind unproblematisch gegeben.

Das Grunddelikt des § 27 Abs 1 Z 2 3. Fall SMG ist daher erfüllt und F wäre mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen. Hier kommt allerdings die Privilegierung nach § 27 Abs 2 SMG in Betracht.

Privilegierung: § 27 Abs 2 SMG

F baut die Pflanzen für den eigenen Konsum an, denn er will das Cannabis ausschließlich selbst verwenden. Daher begeht er die Tat jedenfalls zum **eigennützigen persönlichen Gebrauch**.

Ergebnis: Da die Privilegierung somit anwendbar ist, ist folgegemaß die geringere Strafdrohung auf F anzuwenden.

b) Einziehung der Pflanzen

Suchtmittel sowie in § 27 Abs 1 Z 2 und 3 genannte Pflanzen, die den Gegenstand einer mit Strafe bedrohten Handlung nach dem SMG bilden, sind gem § 34 Abs 1 SMG nach Maßgabe des § 26 StGB einzuziehen.

Da die Cannabispflanzen Pflanzen iSd Z 2 sind und durch die Gewinnung von Suchtgift auch den Gegenstand einer mit Strafe bedrohten Handlung nach dem SMG bilden, fallen sie unter diese Regelung. Es handelt sich dabei um eine zwingende vorbeugende Maßnahme, die weiteren Straftaten entgegenwirken soll. Gem § 26 StGB muss sowohl eine Anlassstat als auch eine spezifische Gefährlichkeit vorliegen.²⁸⁾ Die Anlassstat ist mit § 27 Abs 1 Z 2 3. Fall, Abs 2 SMG eindeutig erfüllt. Da die Pflanze auch definitiv zur Suchtgiftmittelgewinnung geeignet ist, ist die Gefährlichkeit ebenfalls gegeben. Eine **Einziehung der Pflanzen** ist daher möglich. Nach § 26 Abs 2 StGB ist jedoch von der Einziehung abzusehen, wenn der Berechtigte (hier F) die besondere Beschaffenheit der Gegenstände beseitigt und damit die Gefährlichkeit abwendet.

27) Der OGH sah in OGH 12 Os 121/09z EvBl-LS 2010/87 blühende Cannabispflanzen auch vor Abtrennen der Blüten als Suchtgift an; kritisch dazu *Schwaighofer*, Die strafrechtliche Beurteilung des Anbaus von Cannabispflanzen, ÖJZ 2011, 163 (165f) sowie *Steinhardt*, JAP 2011/12, 8 (10).

28) *Schwaighofer* in WK² StGB § 34 SMG Rz 9.



→ Zu den AutorInnen

Univ.-Ass. Mag. *Julia Innerhofer* und Stud.-Ass. *Jakob Hajszan* arbeiten am Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Wien.