

Vorblatt

Probleme und Ziele des Entwurfs:

Anlass für die vorgeschlagenen, in die Zuständigkeit des Bundesministeriums für Justiz (BMJ) fallenden Änderungen des Suchtmittelgesetzes (SMG) ist die Notwendigkeit der Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2004/757/JI des Rates vom 25.10.2004 zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels, ABl. 2004 L 335, 8 (im Folgenden: RB Drogenhandel).

Durch den RB Drogenhandel werden Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen im Bereich des illegalen Handels mit Drogen und Grundstoffen (Drogenausgangsstoffen) festgelegt, die einen gemeinsamen Ansatz auf der Ebene der Europäischen Union bei der Bekämpfung des illegalen Handels ermöglichen. Dabei konzentrieren sich die Maßnahmen der Europäischen Union auf die schwersten Arten von Drogendelikten. Der persönliche Konsum von Drogen wird bewusst ausgeklammert. Der RB ist in österreichisches Recht umzusetzen.

Darüber hinaus sollen durch den Entwurf auch vom RB unabhängige Änderungen bzw. Anpassungen vorgenommen werden, um die Anwendbarkeit der Bestimmungen des SMG insgesamt zu verbessern und zu vereinfachen.

Inhalt:

Die Änderungen beinhalten insbesondere:

a) Umsetzung des RB Drogenhandel durch Änderungen bei den gerichtlichen Strafbestimmungen für Suchtgifte (§§ 27, 28), psychotrope Stoffe (§§ 30, 31) und Vorläuferstoffe (§ 32) durch:

- Erhöhung der Strafdrohungen für mehrere Tathandlungen in den §§ 27 und 30 SMG (Erwerb, Besitz, Erzeugen, Einführen, Ausführen, Überlassen, Verschaffen) auf ein Jahr Freiheitsstrafe;
- Aufnahme der Tathandlungen Befördern und Anbieten in die gerichtlichen Straftatbestände;
- Aufnahme des Anbaus von Opiummohn, des Kokastrauchs und der Cannabispflanze zum Zweck der Suchtgiftgewinnung ohne entsprechende Berechtigung in die gerichtlichen Straftatbestände (vom RB unabhängig: Aufnahme der Tathandlungen Anbieten, Überlassen, Verschaffen und Anbauen von Pilzen mit den Wirkstoffen Psilocin, Psilotin oder Psilocybin zum Zweck des Suchtgiftmissbrauchs in die gerichtlichen Straftatbestände);
- Schaffung zusätzlicher Qualifikationstatbestände für die Tathandlungen Erwerb, Besitz und Befördern mit dem Vorsatz, Suchtmittel in Verkehr zu setzen;
- Aufnahme einer neuen Strafbestimmung (Strafdrohung bis zu einem Jahr) für das Herstellen, Befördern oder Verteilen von Vorläuferstoffen (Drogenausgangsstoffen).

b) Verbesserung und Vereinfachung der Anwendung der Bestimmungen des SMG durch:

- Einführung einer zwischen der Grenzmenge und dem Fünfundzwanzigfachen dieser Menge gelegenen Zwischenstufe in Form der fünfzehnfachen Menge (diese soll als „große Menge“ bezeichnet werden);
- durchgehend obligatorische Ausgestaltung des Aufschubes des Strafvollzuges (§ 39 SMG) bei Vorliegen der von Amts wegen zu prüfenden Voraussetzungen sowie grundsätzliche Bereinigung der Ungleichbehandlung verschiedener Tätergruppen durch einheitliche Anknüpfung an die verhängte Strafe;
- Beseitigung der bestehenden Ausnahme vom allgemeinen Kriterium der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Schöffengericht und Einzelrichter (Strafdrohung von mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe) durch Entfall der Z 7 in § 31 Abs. 3 StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004. Dadurch wird für derzeit nach § 28 Abs. 2 und 3 zweiter Satz SMG strafbare Taten die Zuständigkeit vom Schöffengericht zum Einzelrichter verlagert. Es ist mit einer Verringerung des Verfahrensaufwandes in erster Instanz und mit einer Entlastung des Obersten Gerichtshofes zu rechnen.

c) Neugestaltung der Diversionsbestimmungen:

- Durchgehend obligatorische Ausgestaltung der Diversion bei Vorliegen der Voraussetzungen durch Umwandlung der Kann-Bestimmung in § 35 Abs. 2 SMG in eine Muss-Bestimmung nach dem Vorbild des § 198 StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004;
- Erweiterung des Anwendungsbereiches des § 35 Abs. 1 und 2 SMG;
- Inhaltliche und begriffliche Angleichung an die §§ 198 ff StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004.

Alternativen:

Soweit die Anpassung des Suchtmittelgesetzes an die Entwicklungen des Gemeinschaftsrechtes und der RB Drogenhandel betroffen sind, keine; betreffend die übrigen und vom RB unabhängigen Änderungsvorschläge Beibehaltung der bisherigen (als unbefriedigend zu wertenden) Rechtslage.

Auswirkungen auf die Beschäftigung und den Wirtschaftsstandort Österreich:

Keine.

Finanzielle Auswirkungen:

Der Entwurf sieht zahlreiche Änderungen bei den Straftatbeständen und bei den Strafdrohungen vor; weiters wird eine gewisse Ausweitung der Möglichkeiten diversioneller Erledigungen und des Aufschiebs des Vollzuges einer verhängten Freiheitsstrafe vorgeschlagen. Schließlich kommt es bei manchen Tatbeständen zur Verlagerung der Zuständigkeit vom Schöffengericht zum Einzelrichter und damit zu einer Vereinfachung des Verfahrens und einer gewissen Entlastung des Obersten Gerichtshofes.

In Summe ist nicht zu erwarten, dass durch diese Änderungen wesentliche Änderungen beim Personaleinsatz oder bei den Kosten eintreten werden. Die durch einzelne Maßnahmen verursachten Änderungen im Aufwand sind auch nicht quantifizierbar, weil ihre tatsächlichen Auswirkungen von Entscheidungen der unabhängigen Gerichte und der staatsanwaltschaftlichen Behörden abhängen und sich weitgehend als Reflex auf das Verhalten Dritter – nämlich auf angezeigtes deliktisches Verhalten einerseits, aber auch auf die Intensität der Ermittlungstätigkeit der Sicherheitsbehörden andererseits – darstellen.

Verhältnis zu Rechtsvorschriften der Europäischen Union:

Der Entwurf dient der Umsetzung des folgenden EU-Rechtsaktes:

Rahmenbeschluss des Rates 2004/757/JI vom 25.10.2004 zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels (ABl. 2004 L 335, 8).

Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens:

Keine.

Erläuterungen

Allgemeiner Teil

A. Ziele und Inhalt

1. Allgemeines

a. Das primäre Ziel strafrechtlicher Maßnahmen im Bereich der Drogenkriminalität ist die Erzielung präventiver Wirkungen zum Zweck der Angebots- und Nachfragereduktion. Vor allem der illegale Drogenhandel stellt in diesem Zusammenhang eine Bedrohung für die Gesundheit, Sicherheit und Lebensqualität der Bürger dar. Insbesondere dem grenzüberschreitenden und organisierten Handel mit großen Drogenmengen muss daher durch sicherheits- und kriminalpolizeiliche Bekämpfungsmaßnahmen sowie angemessene Strafdrohungen entgegengetreten werden.

Diesen Grundsätzen entspricht auch die bisherige Entwicklung auf Ebene der EU. Im Rahmen der Zusammenarbeit in Strafsachen, die das Inkrafttreten des Unionsvertrages am 1.11.1993 ermöglicht, war einer der ersten Bereiche, in denen eine Angleichung der nationalen materiellen Strafnormen unternommen wurde, das Drogenstrafrecht: Am 17.12.1996 wurde die Gemeinsame Maßnahme 96/750/JI betreffend die Angleichung der Rechtsvorschriften und der Verfahren der Mitgliedstaaten der Europäischen Union zur Bekämpfung der Drogenabhängigkeit und zur Verhütung und Bekämpfung des illegalen Drogenhandels (ABl. L 342, 6 vom 31.12.1996) angenommen.

Da seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam mit dem Rahmenbeschluss eine neue Rechtsform für die Rechtsangleichung im Bereich der strafrechtlichen Zusammenarbeit zur Verfügung stand, legte die Europäische Kommission am 27.6.2001 einen Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Handels mit Drogen (kurz RB Drogenhandel, KOM(2001) 259 endg.) vor (ABl. C 304 E, 172 vom 30.10.2001), der die Gemeinsame Maßnahme aus dem Jahr 1996 ersetzen sollte.

Über den Vorschlag wurde in der Folge in der Ratsarbeitsgruppe „Materielles Strafrecht“ ausführlich beraten; der Rat (Justiz und Inneres) konnte am 27.1.2003 politische Einigung über den Rahmenbeschluss erzielen und ihn schließlich am 25.10.2004 formell annehmen.

Der **Rahmenbeschluss 2004/757/JI** des Rates vom 25.10.2004 zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels, ABl. 2004 L 335, 8 (im Folgenden: RB Drogenhandel), legt Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen im Bereich des illegalen Handels mit Drogen und Grundstoffen fest, die einen gemeinsamen Ansatz auf der Ebene der EU bei der Bekämpfung des illegalen Handels ermöglichen. Dabei konzentrieren sich die Maßnahmen der EU auf die schwersten Arten von Drogendelikten und klammern den persönlichen Gebrauch von Drogen bewusst aus.

b. Das österreichische Suchtmittelrecht wurde bereits durch die am 1.6.2001 in Kraft getretene **Novelle** zum Suchtmittelgesetz (SMG), BGBl. I Nr. 51/2001, verschärft. Damit wurde klargestellt, dass gegen Delinquenten im oberen Verbrechenbereich mit aller Härte vorgegangen wird. Mit der Ausdehnung der Strafdrohung für Drogenhändler, die in einer Verbindung einer größeren Zahl von Menschen zur Begehung des Drogenhandels in Bezug auf eine große Menge Suchtgift führend tätig sind, auf lebenslange Freiheitsstrafe wurde ein deutliches Zeichen gegen den organisierten Drogenhandel gesetzt. In der Regierungsvorlage wurde damals aber betont, dass der bewährte und auch international anerkannte **Grundsatz „Therapie statt Strafe“** durch die praktizierte Balance zwischen repressiven und gesundheitspolitischen Maßnahmen nach wie vor einen wichtigen Bestandteil der drogenpolitischen Zielsetzungen im Bereich der Justiz darstellt, weshalb in keiner Weise davon abgegangen werden soll (346 BlgNR XXI. GP 3).

Dass dem Grundsatz „Therapie statt Strafe“ nach wie vor größte Bedeutung zukommt, zeigt sich nicht zuletzt daran, dass die Aufwendungen der Justiz für Therapiemaßnahmen auf Grund der subsidiären Kostentragungspflicht nach § 41 SMG im Jahr 2006 Euro 4,851.589,63 betragen haben und daher gegenüber den Jahren davor stetig angestiegen sind.

Oberstes Ziel der österreichischen Drogenpolitik ist demnach die Schaffung eines **Ausgleichs zwischen kriminalpolitischen, gesundheitspolitischen und sozialpolitischen Maßnahmen** zur Bekämpfung der Drogensucht und der Suchtmittelkriminalität, weshalb das SMG neben seinem repressiven Kernbereich auch weiterhin ein weites Spektrum an (alternativen) Möglichkeiten zur Unterstützung drogenabhängiger Straftäter und Drogenkonsumenten bieten soll.

c. Die Suchtmittelkriminalität macht einen erheblichen Anteil an der Gesamtkriminalität in Österreich aus. Dies spiegelt sich sowohl in der Anzeigenstatistik als auch in der Verurteiltenstatistik wider.

Nach der **Anzeigenstatistik** für 2005 wird etwa jeder Zehnte wegen einer Straftat Angezeigte wegen Delikten nach dem SMG angezeigt (genau: 10,55 %): Im Jahr 2005 wurden insgesamt 237.751 Personen als Tatverdächtige ermittelt (Quelle: Sicherheitsbericht 2005, Teil des Bundesministeriums für Inneres, 122); davon waren 25.089 wegen Straftaten nach dem SMG verdächtig (Quelle: Bundesministerium für Inneres – Bundeskriminalamt, Jahresbericht Suchtmittelkriminalität 2005, 31). Dagegen würde eine Gegenüberstellung der Gesamtzahl aller Anzeigen mit den Anzeigen nach dem SMG keine sinnvollen Ergebnisse erbringen, weil die Zahl der unbekanntes Täter im Bereich des SMG verschwindend gering ist, während sie bei den Anzeigen insgesamt mehr als die Hälfte der Fälle betrifft. Anders ausgedrückt: die Aufklärungsquote liegt insgesamt etwa bei 38 %, bei Suchtmitteldelikten dagegen bei 97 %.

Unter den **Verurteilungen** durch österreichische Gerichte machen strafbare Handlungen nach dem SMG etwa 13 % aus (2005: 6.127 von 45.691); um es genauer auszudrücken: Bei etwa 13 % der Verurteilungen ist ein Tatbestand des SMG strafsatzbestimmend. Es ist daher anzunehmen, dass noch in weiteren Fällen Verurteilungen wegen Delikten nach dem SMG erfolgt sind, wobei aber ein Tatbestand einer anderen Deliktgruppe eine höhere Strafdrohung aufwies und daher strafsatzbestimmend war.

Schließlich muss berücksichtigt werden, dass Suchtmittelabhängigkeit häufig Ursache der Begehung nicht nur von Straftaten nach dem SMG, sondern auch von anderen Straftaten ist (Stichwort **Beschaffungskriminalität**). Wie hoch etwa bei Wohnungs- und Autoeinbrüchen oder anderen Diebstählen der Anteil jener Fälle ist, bei denen das zu Grunde liegende Motiv die Finanzierung der eigenen Sucht ist, kann seriöserweise nicht annähernd geschätzt werden.

Jedenfalls kann festgehalten werden, dass Straftaten im Zusammenhang mit Suchtmittelmissbrauch **erheblichen Anteil an der Gesamtkriminalitätsbelastung** in Österreich haben.

d. Durch die vorgeschlagenen Änderungen soll weiters eine Anpassung an das am 1.1.2008 in Kraft tretende **Strafprozessreformgesetz – StPRG**, BGBl. I Nr. 19/2004, erfolgen. Neben bloßen Zitat Anpassungen sollen vor allem erforderliche Anpassungen der prozessualen Bestimmungen des SMG an die neue Systematik (einheitliches, von der Staatsanwaltschaft geführtes Ermittlungsverfahren) und an die neuen Begriffe des StPRG vorgenommen werden.

So sollen zB zur klaren Unterscheidung zwischen der „Straftat“ als inkriminierter Lebenssachverhalt einerseits und „strafbarer Handlung“ als rechtlicher Kategorie andererseits – vgl. dazu die nunmehrige Klarstellung im § 1 StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004 – aber auch aus Gründen einer Missverständnisse vermeidenden, die unterschiedlichen Bedeutungsinhalte klarstellenden Bezeichnung in den betroffenen Bestimmungen die Begriffe der „strafbaren Handlung“ und der „strafbaren Tat“ durch jenen der „Straftat“ substituiert werden.

2. Umsetzung des RB Drogenhandel

Der RB Drogenhandel zielt primär auf eine Angleichung der Straftatbestände der Mitgliedstaaten ab (Mindeststandards). Im RB (Art. 2) werden Tathandlungen in Verbindung mit illegalem Handel mit Drogen und Grundstoffen aufgezählt. Demnach sind das Gewinnen, Herstellen, Ausziehen, Zubereiten, Anbieten, Feilhalten, Verteilen, Verkaufen, Liefern, Vermitteln, Versenden, Befördern, Einführen oder Ausführen von Drogen (lit. a) sowie das Anbauen von Opiummohn, des Kokastrauchs oder der Cannabispflanze (lit. b) sowie das Besitzen oder Kaufen von Drogen mit dem Ziel, eine der unter lit. a angeführten Handlungen vorzunehmen (lit. c) unter Strafe zu stellen, wenn sie ohne entsprechende Berechtigung vorgenommen wurden. Diese Tathandlungen entsprechen jenen des Art. 36 Abs. 1 der Einigen Suchtgiftkonvention (ESK) vom 30.3.1961, BGBl. Nr. 531/1978 idF des Protokolls vom 25.3.1972, BGBl. Nr. 531/1978, sowie des Art. 3 Abs. 1 lit. a des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtgiften und psychotropen Stoffen samt Anlage und Erklärungen – Wiener Konvention 1988, BGBl. III 1997/154.

Für diese Tathandlungen werden bestimmte – größtenteils als Bandbreite ausgedrückte – Höchststrafen vorgesehen, die von den Mitgliedstaaten mindestens vorzusehen sind („Mindesthöchststrafen“, Art. 4): Straftaten im unteren Kriminalitätsbereich müssen demnach mit Freiheitsstrafen im Höchstmaß von mindestens einem Jahr bis zu drei Jahren, Tathandlungen im Zusammenhang mit einer großen Menge von Drogen mit Freiheitsstrafen im Höchstmaß von mindestens fünf bis zu zehn Jahren und Straftaten im Rahmen einer kriminellen Vereinigung mit Freiheitsstrafen im Höchstmaß von mindestens zehn Jahren bedroht sein. Nach Art. 2 Abs. 2 RB fallen die Tathandlungen nach Art. 2 Abs. 1 RB jedoch nicht in den Anwendungsbereich des RB, wenn „die Täter“ sie „ausschließlich für ihren persönlichen Konsum“ im Sinne des nationalen Rechts begangen haben.

Im österreichischen Suchtmittelgesetz wird durch den RB jedenfalls eine Änderung der gerichtlichen Strafbestimmungen für Suchtgifte (§§ 27 ff), für psychotrope Stoffe (§§ 30 f) und für Vorläuferstoffe (§ 32) erforderlich. Durch die zwingenden Vorgaben des RB sind zum Teil gänzlich neue Strafbestimmungen zu schaffen. Folgende Tathandlungen sind davon umfasst:

- Der Anbau von Opiummohn, des Kokastrauchs und der Cannabispflanze,
- das Anbieten und Befördern von Suchtmitteln (Suchtgift und psychotrope Stoffe) sowie
- das Erzeugen, Befördern und Überlassen eines Vorläuferstoffes (nunmehr Drogenausgangsstoffes) mit dem Vorsatz, dass damit vorschriftswidrig Suchtmittel (auch unterhalb der Grenzmenge) erzeugt werden sollen.

Es soll aber auch von der in Art. 2 Abs. 2 RB enthaltenen Ermächtigung Gebrauch gemacht werden, den persönlichen Konsum vom Anwendungsbereich des RB auszuklammern, indem die in den §§ 27 Abs. 1 und 30 Abs. 1 genannten Tathandlungen nur mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten bedroht sein sollen, wenn sie zum **ausschließlich persönlichen Konsum** begangen werden.

Darüber hinaus sind auf Grund des RB zusätzliche Qualifikationstatbestände in die gerichtlichen Strafbestimmungen aufzunehmen, und zwar

- für die Tathandlungen des Erwerbs und Besitzes (sowie Beförderns) einer großen Menge Suchtmittel mit dem Vorsatz, diese in Verkehr zu setzen,
- für das Anbieten einer großen Menge Suchtmittel,
- für den Anbau der genannten Pflanzen zum Zweck der Gewinnung einer großen Menge Suchtgift sowie
- für die Begehung dieser Tathandlungen im Rahmen einer kriminellen Vereinigung.

Im Übrigen ist das Höchstmaß der Strafdrohungen bei nicht qualifizierten Taten mit mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe, bei Taten in Bezug auf eine große Menge mit mindestens fünf Jahren und bei der Begehung der Taten im Rahmen einer kriminellen Vereinigung mit Freiheitsstrafe von mindestens zehn Jahren festzusetzen. Daher ist bei den in den §§ 27 und 30 genannten Tathandlungen eine Anhebung der Strafdrohung von sechs Monaten auf ein Jahr erforderlich. Bei den künftig als Drogenausgangsstoffe zu bezeichnenden Vorläuferstoffen ist für das Erzeugen, Befördern und Überlassen eines solchen Stoffes mit dem Vorsatz, dass damit vorschriftswidrig Suchtmittel (unterhalb der Grenzmenge) erzeugt werden sollen, überhaupt eine neue Grundstrafdrohung von bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe einzuführen.

Die Vorgaben des RB betreffend die Verantwortlichkeit juristischer Personen (Art. 6 f) wurden durch das am 1.1.2006 in Kraft getretene Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG, BGBl. I Nr. 151/2005) umgesetzt.

3. Verbesserung und Vereinfachung der Anwendung der Bestimmungen des SMG

Zum Zweck der Verbesserung und Vereinfachung der Anwendung der Bestimmungen des SMG werden zusätzliche Maßnahmen vorgeschlagen, die unabhängig von der Umsetzung des RB Drogenhandel erfolgen sollen.

a. In § 28 wird vorgeschlagen, eine zwischen der Grenzmenge und dem Fünfundzwanzigfachen dieser Menge gelegene Zwischenstufe in Form der **fünfehnfachen Menge** einzuführen und diese nunmehr als „große Menge“ zu bezeichnen. Die Strafdrohungen für Mengen, die die Grenzmenge übersteigen, sollen grundsätzlich unverändert bleiben. Auch an der jeweiligen Grenzmenge als in der SGV für jedes einzelne Suchtgift festgesetztem Wert ändert sich dadurch nichts.

b. Die Qualifikationen sollen nicht bereits beim Erreichen der jeweiligen Menge, sondern, wie bei den wert- bzw. schadensqualifizierten Vermögensdelikten, erst beim Übersteigen der im Gesetz genannten Menge eintreten. Im Übrigen wird ein genereller Entfall des unbestimmten Artikels „ein“ vor den Begriffen Suchtgift bzw. Suchtmittel vorgeschlagen, um allfällige Auslegungsprobleme (unbestimmter Artikel vs. Zahlwort) in Zukunft zu vermeiden.

Bei den psychotropen Stoffen kann hingegen – einerseits aus sprachlichen Gründen und andererseits auf Grund der Tatsache, dass dieses Wort schon bisher nicht als Zahlwort angesehen wurde – auf das Wort „ein“ kaum verzichtet werden.

c. Die geltenden Straftatbestände sehen für einige Tathandlungen einen niedrigeren Strafrahmen für Täter vor, die süchtig sind und die Tat begangen haben, um sich die Mittel zum Erwerb weiteren Suchtmittels zu verschaffen („Beschaffungskriminalität“); für einzelne in Betracht kommende Tathandlungen fehlt jedoch eine solche Bestimmung im geltenden Recht (zB § 28 Abs. 1 und 2). Der Grundsatz der mildereren Behandlung von Süchtigen soll auf alle geeigneten Deliktsstufen erstreckt werden.

d. Weiters wird vorgeschlagen, den **Aufschub des Strafvollzuges zum Zweck der Durchführung gesundheitsbezogener Maßnahmen** (§ 39 SMG) durchgehend obligatorisch auszugestalten, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen soll die Möglichkeit des Strafaufschubes in Hinkunft überdies von Amts wegen wahrzunehmen und nicht mehr von einem – im Regelfall ohnehin gestellten – Antrag des Verurteilten abhängig sein. Weiters soll die derzeit bestehende Ungleichbehandlung der Tätergruppen in Abs. 1 und Abs. 2, die darin besteht, dass im ersten Fall eine zwei Jahre nicht übersteigende Freiheitsstrafe verhängt worden sein muss, im zweiten Fall die begangene strafbare Handlung mit nicht mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht sein darf, grundsätzlich beseitigt werden, wengleich eine inhaltliche Unterscheidung insofern beibehalten werden soll, als bei Beschaffungskriminellen deren mögliche Gefährlichkeit, die sich insbesondere in Gewalttaten manifestiert, bei der Entscheidung über den Aufschub berücksichtigt werden kann.

e. Schließlich wird vorgeschlagen, die bestehende Ausnahme vom allgemeinen Kriterium der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Schöffengericht und Einzelrichter (Strafdrohung von mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe, § 31 Abs. 3 Z 1 StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004) zu beseitigen (Entfall der Z 7 in § 31 Abs. 3 StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004). Dadurch würde für derzeit nach § 28 Abs. 2 und 3 zweiter Satz SMG strafbare Taten die Zuständigkeit vom Schöffengericht zum Einzelrichter verlagert. Davon sind eine Vereinfachung des erstinstanzlichen Verfahrens sowie eine Entlastung des Obersten Gerichtshofes und damit insgesamt ein geringerer Verfahrens- und Kostenaufwand zu erwarten.

4. Neugestaltung der Diversionsbestimmungen

Die Diversionsbestimmungen des SMG stellen die wichtigste Umsetzung des **Prinzips „Therapie statt Strafe“** dar. Die vorgeschlagenen Änderungen verfolgen zwei wesentliche Ziele: Zum Einen wird eine maßvolle Erweiterung des Anwendungsbereiches der Diversion vorgeschlagen; dadurch soll auch ein gewisser Ausgleich für die durch den RB bedingte Erhöhung der Strafdrohungen und die Aufnahme neuer (Qualifikations-)Tatbestände geschaffen werden. Zum Anderen sollen die Diversionsbestimmungen des SMG – die deutlich älter sind als die allgemeinen Diversionsbestimmungen in der Strafprozessordnung (StPO), die am 1.1.2000 in Kraft getreten sind – an die umfassenderen und moderneren Diversionsbestimmungen der StPO (teils nur begrifflich, teils auch inhaltlich) angeglichen werden.

Insbesondere soll auch die Diversion durchgehend obligatorisch ausgestaltet sein, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Diversionellem Vorgehen zugänglich sollen – wie in der StPO – alle Tathandlungen sein, die nicht in die Zuständigkeit des Schöffengerichtes oder Geschworenengerichtes fallen. Schließlich soll die vereinfachte Diversion (§ 35 Abs. 1) auf die Tathandlungen der §§ 27 Abs. 1 und 2 sowie 30 erweitert werden, wenn diese für den ausschließlich persönlichen Gebrauch oder den ausschließlich persönlichen Gebrauch eines anderen begangen worden sind, ohne dass der Beschuldigte daraus einen Vorteil gezogen hat.

5. Zum Begutachtungsverfahren

Der vorliegende Entwurf beruht auf dem Begutachtungsentwurf 119/ME XXIII. GP; zahlreiche Anmerkungen und Änderungsvorschläge, die im Begutachtungsverfahren vorgebracht wurden, sind mit diesem Entwurf berücksichtigt.

Der Begutachtungsentwurf enthielt auch umfangreiche, im Zuständigkeitsbereich des Bundesministeriums für Gesundheit, Familie und Jugend vorbereitete Änderungen des Suchtmittelgesetzes. Diese Änderungen konnten in diesen Entwurf noch nicht aufgenommen werden, werden aber binnen kurzem nachgetragen werden.

B. Finanzielle Auswirkungen

Der Entwurf sieht zahlreiche Änderungen bei den Straftatbeständen und bei den Strafdrohungen vor. Weiters wird eine gewisse Ausweitung der Möglichkeiten diversionellen Erledigungen und des Aufschubs des Vollzuges einer verhängten Freiheitsstrafe vorgeschlagen. Dies könnte einerseits eine gewisse Entlastung im Bereich des Strafvollzuges bewirken, andererseits jedoch auch einen erhöhten Therapiebedarf. Schließlich kommt es bei manchen Tatbeständen zur Verlagerung der Zuständigkeit vom Schöffengericht zum Einzelrichter und damit zu einer Vereinfachung des Verfahrens und einer gewissen Entlastung des Obersten Gerichtshofes. Andererseits wird damit eine Mehrbelastung der Oberlandesgerichte verbunden sein.

Die Einführung neuer Straftatbestände in das SMG kann mit einem Mehraufwand im Bereich der Sicherheits- und Justizbehörden verbunden sein, der sich noch nicht genau absehen lässt. Die durch die einzelnen im Entwurf vorgesehenen Maßnahmen verursachten Änderungen im Aufwand und tatsächlichen Auswirkungen sind auch nicht quantifizierbar, weil diese von Entscheidungen der unabhängigen Gerichte und der staatsanwaltschaftlichen Behörden abhängen und sich weitgehend als

Reflex auf das Verhalten Dritter – nämlich auf angezeigtes deliktisches Verhalten einerseits, aber auch auf die Intensität der Ermittlungstätigkeit der Sicherheitsbehörden andererseits – darstellen.

In Summe ist jedoch nicht zu erwarten, dass durch die vorgesehenen Maßnahmen wesentliche Änderungen beim Personaleinsatz oder bei den Kosten eintreten werden. Sollte es dennoch zu einem erhöhten Aufwand kommen, wird dieser im Budget des Justizressorts Deckung finden.

C. Kompetenzgrundlage

Die Kompetenz des Bundes zur Gesetzgebung gründet sich auf Art. 10 Abs. 1 Z 6 (Strafrechtswesen) und Z 12 (Gesundheitswesen) des Bundes-Verfassungsgesetzes.

D. Verhältnis zu Rechtsvorschriften der Europäischen Union:

Der Entwurf dient der Umsetzung des folgenden EU-Rechtsaktes:

Rahmenbeschluss des Rates 2004/757/JI vom 25.10.2004 zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels (ABl. 2004 L 335, 8).

E. Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens

Keine.

Besonderer Teil

Zu Art. I (Änderungen des Suchtmittelgesetzes)

Zu Z 40 (§ 27)

1. Zu Abs. 1

a. In Art. 2 Abs. 1 lit. a, b und c RB werden Tathandlungen aufgezählt, die für Suchtgifte und psychotrope Substanzen gelten. Demnach sind das Gewinnen, Herstellen, Ausziehen, Zubereiten, Anbieten, Feilhalten, Verteilen, Verkaufen, Liefern – gleichviel zu welchen Bedingungen –, Vermitteln, Versenden – auch im Transit –, Befördern, Einführen oder Ausführen von Drogen (lit. a) sowie das Anbauen von Opiummohn, des Kokastrauchs oder der Cannabispflanze (lit. b) und das Besitzen oder Kaufen von Drogen mit dem Ziel, eine der unter lit. a angeführten Handlungen vorzunehmen (lit. c), unter Strafe zu stellen und mit einer Grundstrafdrohung von mindestens einem Jahr zu versehen (Art. 4 Abs. 1 RB), wenn sie ohne entsprechende Berechtigung vorgenommen wurden.

Diese Tathandlungen entsprechen jenen des Art. 36 Abs. 1 der Einigen Suchtgiftkonvention (ESK) vom 30.3.1961 idF des Protokolls vom 25.3.1972, BGBl. Nr. 531/1978, und des Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtgiften und psychotropen Stoffen samt Anlage und Erläuterungen – Wiener Konvention 1988, BGBl. III 1997/154.

Schon die Terminologie des Suchtgiftgesetzes (SGG) und in der Folge jene des SMG weichen in Bezug auf die angeführten Tathandlungen von jener der ESK und der Wiener Konvention 1988 ab, wobei auch die Reihung der Begriffe verschieden ist. Da das SMG in § 2 Abs. 1 ausdrücklich auf die ESK verweist, sind die dort genannten Begriffe der Erzeugung (Gewinnung und Herstellung), des Besitzes, des Verkehrs, der Ein-, Aus und Durchfuhr, der Gebarung oder Anwendung soweit immer möglich im Einklang mit diesem Übereinkommen auszulegen (vgl. *Foregger/Litzka*, SGG² § 1 Anm. II und III).

Im Rahmen des vorliegenden Entwurfes wird nun vorgeschlagen, die Terminologie des SMG in jenen Bereichen zu ergänzen bzw. zu erweitern, wo keine gänzliche inhaltliche Übereinstimmung mit den Begriffen der ESK und des RB gegeben ist. Während nämlich sowohl die ESK als auch der RB (Art. 2 Abs. 1) das Gewinnen, Herstellen, Ausziehen, Zubereiten, Anbieten, Feilhalten, Verteilen, Verkaufen, Liefern, Vermitteln, Versenden, Befördern, Einführen oder Ausführen von Drogen (lit. a), das Anbauen von Opiummohn, des Kokastrauchs oder der Cannabispflanze (lit. b) sowie das Besitzen oder Kaufen von Drogen mit dem Ziel, eine der unter lit. a angeführten Handlungen vorzunehmen (lit. c), als Tathandlungen aufzählen, sind im geltenden Recht lediglich die Begriffe Erwerben und Besitzen (mit dem Vorsatz, Suchtgift in Verkehr zu setzen), Erzeugen, Einführen, Ausführen bzw. Überlassen und Verschaffen enthalten.

Nach dem Entwurf sollen daher zusätzlich zu den bestehenden Begriffen die von der bisherigen Terminologie nicht umfassten Tathandlungen „**Befördern**“ und „**Anbieten**“ (dazu näher unten zu Z 1) sowie der „**Anbau**“ der genannten Pflanzen (dazu näher unten zu Z 2) in das SMG aufgenommen werden, um den Vorgaben des RB Rechnung zu tragen. Die übrigen zwar in der ESK und im RB, nicht aber im SMG enthaltenen Begriffe (Gewinnen, Herstellen, Ausziehen, Zubereiten, Feilhalten, Verteilen, Verkaufen, Liefern, Vermitteln und Versenden) sollen hingegen nicht übernommen werden, weil diese von den bestehenden Begriffen mitumfasst sind.

Darüber hinaus soll auch das Anbieten, Überlassen oder Verschaffen von **Pilzen** mit den Wirkstoffen Psilocin, Psilotin oder Psilocybin sowie deren Anbau zum Zweck des Suchtgiftmissbrauchs in die gerichtlichen Straftatbestände aufgenommen werden, um deren zunehmender Bedeutung Rechnung zu tragen (dazu näher unten zu Z 3).

b. Da für die im RB genannten und nunmehr zum Teil in das SMG übernommenen Tathandlungen – wie erwähnt – eine Grundstrafdrohung von zumindest einem Jahr Freiheitsstrafe vorzusehen ist, soll die Strafdrohung für die (größtenteils schon bisher in Abs. 1 geregelten) Tathandlungen auf **ein Jahr Freiheitsstrafe** angehoben werden. Für den Fall, dass diese Tathandlungen zum ausschließlich persönlichen Gebrauch begangen werden (vgl. Art. 2 Abs. 2 RB), soll die Tat jedoch wie nach geltendem Recht (§ 27 Abs. 1) nur mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten bedroht sein (s. dazu die Ausführungen zu Abs. 2, Pkt. 2).

c. Weiters wird vorgeschlagen, die Wortfolge „den bestehenden Vorschriften zuwider“ durch den einfacheren Begriff „vorschriftswidrig“, der sich auch schon im geltenden § 32 findet, zu ersetzen. Eine inhaltliche Änderung ist damit nicht beabsichtigt.

1.1. Zu Abs. 1 Z 1

Zu den einzelnen, nun in Abs. 1 Z 1 angeführten Tathandlungen und zum Grund für deren Übernahme in die Terminologie des SMG ist im Detail Folgendes auszuführen:

a. Erwerben und Besitzen

Der RB sieht eine Regelung für den Erwerb und Besitz von Drogen mit dem Ziel vor, eine der unter lit. a angeführten Handlungen (Gewinnen, Herstellen, Ausziehen, Zubereiten, Anbieten, Feilhalten, Verteilen, Verkaufen, Liefern – gleichviel zu welchen Bedingungen –, Vermitteln, Versenden – auch im Transit –, Befördern, Einführen oder Ausführen) vorzunehmen.

Schon nach dem geltenden Recht ist von § 27 Abs. 1 auch das Erwerben und Besitzen von Suchtgift einer die Grenzmenge nicht erreichenden Menge mit dem Vorsatz, dieses in Verkehr zu setzen, erfasst. Die Tatbestände des Erwerbs und Besitzes von Suchtgift sollen daher auch in Abs. 1 Z 1 aufgenommen werden, ohne einen weiteren Vorsatz explizit im Gesetzestext zu bezeichnen (s. dazu jedoch auch die Ausführungen zu Abs. 2, Pkt. 2.).

b. Erzeugen (= Gewinnen, Herstellen, Ausziehen, Zubereiten)

Während in der ESK und im RB die Tathandlungen „Gewinnen“, „Herstellen“, „Ausziehen“ und „Zubereiten“ angeführt sind, ist im SMG lediglich vom „Erzeugen“ von Suchtgift die Rede.

Unter Erzeugung von Suchtgift als Oberbegriff werden einerseits die Herstellung (Reinigung und Umwandlung) und andererseits die Gewinnung (die mechanische oder chemische Trennung von Suchtmittelpflanzen und deren Produkten) verstanden. Bei den hier relevanten Pflanzen (Opiummohn, Kokastrauch und Cannabispflanze) ist demnach unter „Gewinnung“ die Trennung des Opiums, der Kokablätter und des Cannabisharzes von den Pflanzen, aus denen sie gewonnen werden, zu verstehen (vgl. auch Art. 1 Abs. 1 lit. t ESK). Bei Cannabispflanzen kann die Trennung etwa durch das Abschneiden der Blüten- und Fruchtstände oder das Abstreifen des Cannabisharzes erfolgen.

Art. 1 Abs. 1 lit. n ESK bezeichnet als „Herstellung“ alle zur Erzeugung von Suchtgiften geeigneten Verfahren mit Ausnahme der Gewinnung. Erfasst wird dadurch sowohl das Reinigen von Suchtgiften als auch deren Umwandlung in andere Suchtgifte (vgl. auch *Foregger/Litzka/Matzka*, SMG § 27 Anm. IV.4.; *Zenz in Hinterhofer/Rosbaud*, SMG § 5 RN 6 und § 6 RN 21; Kommentar zur ESK 1961, S. 14 ff, 26 f).

Der Begriff „Ausziehen“ wurde in der ESK ohne Definition verwendet, bedeutet aber die physische oder chemische Trennung einer oder mehrerer Substanzen aus einer Mischung von Stoffen. Unter „Zubereitung“ ist das Vermengen von Drogen mit anderen Substanzen (Verdünnungs-, Streckmittel etc.) zu verstehen (s. Kommentar zur Wiener Konvention 1988, 54).

Von den Begriffen „Gewinnen“ bzw. „Herstellen“ sind demnach auch Tätigkeiten umfasst, die sich auf das „Ausziehen“ bzw. „Zubereiten“ beziehen (vgl. Kommentar zur ESK 1961, 428).

Sowohl das Gewinnen, Herstellen, Ausziehen als auch das Zubereiten können daher – im Einklang mit der Diktion der ESK – unter dem Begriff „Erzeugen“ zusammengefasst werden. Das „Erzeugen“ soll somit als ein das Gewinnen, Herstellen, Ausziehen und Zubereiten umfassender Begriff im SMG beibehalten werden.

Betreffend den Anbau von Pflanzen und die diesbezügliche Rsp des OGH wird auf die Ausführungen unten (Pkt. 1.2.) verwiesen.

c. Befördern, Einführen, Ausführen

Als weitere Tathandlungen sind in der ESK und im RB das „Befördern“, „Einführen“ und „Ausführen“ genannt. Im SMG ist in diesem Zusammenhang bislang jedoch nur von „Einführen“ und „Ausführen“ die Rede.

Einfuhr ist das Verbringen aus dem Ausfuhrland über eine Staatsgrenze ins Einfuhrland, wobei auch ein Verkehr zwischen zwei ausländischen Staaten erfasst ist. Ausfuhr ist gleichfalls die Verbringung von Suchtgift über eine Staatsgrenze, betrachtet vom Ausfuhrland. Auch die Durchfuhr von Suchtgift durch einen Staat ist als Kombination von Ein- und Ausfuhr erfasst. Eine eigene Pönalisierung der Durchfuhr ist daher im Ergebnis entbehrlich (vgl. *Foregger/Litzka/Matzka*, SMG § 27 Anm. IV.5.).

Zwar ist auch die bisher noch nicht in den Tatbeständen des SMG enthaltene Tatmodalität des Beförderns in der Regel bei der Ein- und Ausfuhr mitenthalten, doch können Suchtmittel auch ohne Grenzüberschreitung befördert werden. Der Beförderung macht sich zB schuldig, wer Suchtgift auf irgendeine Art – gleich ob entgeltlich oder unentgeltlich – von einem Ort an einen andern Ort transportiert (vgl. auch Kommentar zur Wiener Konvention 1988, 56). Gemeint ist damit insbesondere der Transport von einem Versteck zum Umschlagplatz. Da jedoch nicht nur derjenige die Drogen befördern kann, der diese besitzt, wären auch andere Konstellationen denkbar. So befördert etwa auch derjenige Suchtgift, der einen Suchtgift bei sich tragenden Mitfahrer transportiert.

Es wird daher vorgeschlagen, die im RB und auch schon in der ESK angeführte **Tathandlung des Beförderns neu** in das SMG **aufzunehmen**.

d. Anbieten (= Feilhalten)

Die schon in der ESK und nunmehr auch im RB genannten Begriffe „Anbieten“ und „Feilhalten“ sind im SMG derzeit (noch) nicht enthalten, wenngleich diese Tathandlungen schon von den bestehenden Begriffen des SMG mitumfasst sind.

Im englischen Text der internationalen Rechtsakte werden die Begriffe „Anbieten“ (ieS) und „Feilhalten“ als „offering“ (Anbieten ieS) bzw. „offering for sale“ (Anbieten zum Verkauf) bezeichnet. Der Unterschied zwischen diesen beiden Begriffen scheint demnach in der Entgeltlichkeit des Anbietens (iwS) zu bestehen. In ihrem Wesen entsprechen die beiden Begriffe einander jedoch, weil darunter jedenfalls die an eine andere Person gerichtete Offerte zur Übertragung der Verfügungsgewalt über Suchtgift zu verstehen ist.

In den Gesetzestext soll jedoch lediglich die von den Begrifflichkeiten des SMG bisher nicht umfasste **Tathandlung des „Anbietens“** (iwS) von Suchtgift und nicht auch dessen antiquierte Form „Feilhalten“ **zusätzlich aufgenommen** werden. Für die Verwirklichung des Tatbestandes wird es maßgebend sein, ob das Angebot nur noch angenommen werden muss. Irrelevant wird hingegen sein, ob der Anbieter bereits im Besitz des Suchtgifts ist.

e. Überlassen (= Verteilen, Verkaufen, Liefern und Versenden)

Der Begriff des „Überlassens“ findet sich bereits im geltendem Recht (§§ 27, 30), wobei das in den geltenden §§ 28 und 31 genannte „In-Verkehr-Setzen“ inhaltsgleich mit „Überlassen“ ist (vgl. *Foregger/Litzka/Matzka*, SMG § 27 Anm. VI.3.).

Danach besteht das Überlassen von Suchtgift darin, einem anderen zumindest zeitweilig (Allein- oder Mit-)Gewahrsam daran zu verschaffen. Neben Verkauf und Schenkung kommt auch das bloße Gestatten des Mitrauchens durch das Zurverfügungstellen etwa eines Haschisch-Joints in Betracht (vgl. *Hinterhofer* in *Hinterhofer/Rosbaud*, SMG § 27 RN 35). Auch das Verteilen, Liefern oder Versenden besteht in einer Gewahrsamsübertragung (und sei es nur an ein Beförderungsunternehmen: Übertragung der tatsächlichen Verfügungsgewalt an eine andere Person zwecks Transport).

Da die Begriffe Verteilen, Verkaufen, Liefern und Versenden daher unter dem schon bisher im Gesetz enthaltenen Begriff „Überlassen“ zusammengefasst werden können, soll dieser ohne die Aufnahme neuer Begriffe beibehalten werden.

f. Verschaffen (= Vermitteln)

Auch der Begriff „Verschaffen“ ist – im Gegensatz zu dem in der ESK und im RB überdies genannten Begriff „Vermitteln“ – im SMG bereits enthalten.

Unter „Verschaffen“ ist jedoch auch das „Vermitteln“ von Suchtgift zu verstehen. Der Übernehmer erlangt hier die Gewahrsame über das Suchtgift – veranlasst durch den Täter (= Vermittler) – durch einen Dritten und nicht durch den Täter selbst (vgl. *Hinterhofer* in *Hinterhofer/Rosbaud*, SMG § 27 RN 37).

Der im Gesetz bereits vorhandene Begriff „Verschaffen“ soll daher beibehalten werden, ohne dass es nötig scheint, den Begriff „Vermitteln“ aufzunehmen.

1.2. Zu Abs. 1 Z 2

Nach der ESK ist für den **Anbau von Pflanzen** zum Zweck der Gewinnung von Suchtgift ein Verwaltungsstraftatbestand (§ 44 Z 1 iVm § 6 Abs. 2 SMG) ausreichend. Der RB sieht jedoch zwingend die Aufnahme des Anbaus von Opiummohn, des Kokastrauchs und der Cannabispflanze in die gerichtlichen Straftatbestände vor (Art. 2 Abs. 1 lit. b iVm Art. 4 Abs. 1). Eine bloß verwaltungsbehördliche Strafbarkeit des Anbaus der genannten Pflanzen würde den Vorgaben des RB nicht mehr entsprechen.

Der Ausdruck „**Anbau**“ bezeichnet laut ESK (Art. 1 Abs. 1 lit. i) den Anbau des Opiummohns, des Kokastrauchs oder der Cannabispflanze. Unter Anbau wird etwa das „Aussetzen“, „Anpflanzen“, „Aufziehen“, „Züchten“ oder „Kultivieren“ von Suchtgiftpflanzen zu verstehen sein (vgl. *Zenz* in *Hinterhofer/Rosbaud*, SMG § 6 RN 24). Ob der Anbau von Pflanzen zum Zweck der Suchtgiftgewinnung bereits eine nach § 27 tatbestandsmäßige Erzeugung von Suchtgift darstellt, war bisher umstritten. Nach stRsp setzt das versuchte Erzeugen von Suchtgift nämlich bereits beim Pflanzenanbau ein und umfasst jeden Akt der Aufzucht bis zur Erntereife. Nach der Erntereife ist die Erzeugung von Suchtgift vollendet (vgl. OGH 12 Os 141/97, 14 Os 142/02, 14 Os 121/03; 11 Os 26/05z ua). Nach anderer Meinung ist hingegen der Anbau von Pflanzen zwecks Suchtgiftgewinnung lediglich als gerichtlich straflose

Vorbereitungshandlung zu beurteilen und damit unter den Verwaltungsstraftatbestand des § 44 Z 1 iVm § 6 Abs. 2 zu subsumieren (Erlass des BMJ JMZ 703.012/25-II.2/1996, JABl 1996/15).

Da nunmehr auf Grund des RB der Anbau von Opiummohn, des Kokastrauches und der Cannabispflanze (und darüber hinaus auch der Anbau psilotin-, psilocin- oder psilocybinhaltiger Pilze) als eigener Tatbestand in die gerichtliche Strafbarkeit miteinbezogen werden soll (Art. 2 Abs. 1 lit. b iVm Art. 4 Abs. 1), wird dieser – entgegen der bisherigen Judikatur des OGH – nicht mehr als Versuchsbeginn des Erzeugens angesehen werden können.

Der RB erwähnt bei der Aufzählung der Tatbestände nicht explizit, dass das Anbauen der dort genannten Pflanzen zum Zweck der Suchtgiftgewinnung geschehen muss. Dennoch ist davon auszugehen, dass diese die subjektive Tatseite betreffende Charakterisierung von der Intention des RB umfasst ist. Nach Art. 4 Abs. 2 lit. a sind nämlich die in Art. 2 Abs. 1 lit. a bis c genannten Straftaten (und daher auch der Anbau der genannten Pflanzen) mit höherer Strafe bedroht, wenn sie „große Mengen von Drogen“ betreffen. Dies kann aber nur bedeuten, dass der Anbau zum Zweck der Gewinnung von Drogen erfolgen muss, um letztendlich auch vom RB erfasst zu sein. Das Tatbestandsmerkmal des Anbaus „zum Zweck der Suchtgiftgewinnung“ wird daher zur Vermeidung allfälliger Missverständnisse in den Gesetzestext mit aufgenommen. Im Übrigen erscheint die Tat auch nur unter dieser Voraussetzung wirklich kriminalstrafwürdig. Im Hinblick auf im Begutachtungsverfahren aufgebrauchte Zweifel betreffend die mit der Wendung „zum Zweck“ gemeinte Vorsatzform wird klargestellt, dass damit keine Absicht zum Ausdruck gebracht werden soll. Absicht iS des § 5 Abs. 2 StGB wird in der Regel nur dann gemeint, wenn das Gesetz die Wendungen „in der Absicht“ oder „um zu“ gebraucht. Zum Begriff „Gewinnung“ siehe oben bei Pkt. 1.1.b.

1.3. Zu Abs. 1 Z 3

a. Laut einer aktuellen Studie der Drogenbeobachtungsstelle der EU (EBDD) – „Hallucinogenic mushrooms: an emerging trend case study“ – experimentieren immer mehr Jugendliche in ganz Europa mit halluzinogenen Pilzen („Magic Mushrooms“). Vor allem das Internet trug mit einer Reihe von Websites, die solche Pilze online zum Direktverkauf anbieten, zu diesem Trend bei. Seit dem Jahr 2001 haben sechs EU-Mitgliedstaaten (Dänemark, die Niederlande, Deutschland, Estland, das Vereinigte Königreich und Irland) als Reaktion auf den erhöhten Konsum die Kontrolle von halluzinogenen Pilzen verstärkt. In einigen Ländern wirken diese strengeren Rechtsvorschriften der Ausbreitung des Trends entgegen. So lassen zB Berichte im Vereinigten Königreich den Schluss zu, dass die Gesetzgebung einen Einfluss auf die Verfügbarkeit der Pilze und das Gesamtvolumen der über das Internet getätigten Verkäufe hatte. Händler gehen jedoch immer öfter dazu über, Verkaufsstrategien zu entwickeln, die sich im Rahmen der vorhandenen Rechtsvorschriften bewegen bzw. Gesetzeslücken ausnutzen.

b. Eine Untersuchung der österreichischen Spruchpraxis im Zusammenhang mit „Magic Mushrooms“ hat gezeigt, dass diese in der Rechtsprechung bisher eine eher untergeordnete Rolle gespielt haben. Beziehen sich Tathandlungen auf solche **Pilze** (mit den Wirkstoffen **Psilocin, Psilotin oder Psilocybin**), dann in den überwiegenden Fällen nur in Kombination mit anderen Suchtgiften. Anklagen nach § 27 Abs. 2 SMG oder Tathandlungen in Ansehung einer großen Menge im Sinne des geltenden § 28 Abs. 6 SMG, die sich ausschließlich auf Pilze beziehen, kommen nur sehr selten vor. Jedenfalls werden „Magic Mushrooms“ im Falle einer Verurteilung – ohne Differenzierung zwischen den Inhaltsstoffen und dem Organismus an sich – in ausnahmslos allen Gerichtssprengeln als Suchtgift behandelt. Vereinzelt findet sich auch oberstgerichtliche Rechtsprechung, nach der eine Verurteilung wegen Beitragstäterschaft zur Erzeugung von Pilzen mit den Wirkstoffen Psilocybin und Psilocin erfolgte, weil zuvor Pilzsporen in Plastikboxen mit Nährboden verkauft und Ratschläge zur Aufzucht der Pilze erteilt worden waren (vgl. 14 Os 61/03).

c. In Anhang V.1. der Suchtgiftverordnung (BGBl. 1997/374) sind nur jene Stoffe und Zubereitungen taxativ aufgelistet, die gemäß § 2 Abs. 2 SMG als Suchtgifte im Sinne dieses Bundesgesetzes gelten und durch das Übereinkommen der Vereinten Nationen über psychotrope Stoffe vom 21.2.1971, BGBl. 1997/148, Beschränkungen im Sinne des § 2 Abs. 1 SMG unterworfen sind. Darunter fallen auch die Stoffe Psilocin, Psilotin und Psilocybin. Pflanzen, die diese Substanzen enthalten, sind im Anhang der Suchtgiftverordnung (SV) hingegen nicht ausdrücklich genannt. Das heißt aber, dass Pilze als Organismen nach dem strengen Wortlaut der SV eigentlich nicht vom Suchtmittelregime umfasst und daher auch nicht als Suchtgift zu behandeln wären, weil es sich dabei weder um die in der SV genannten Stoffe in Substanz, noch um eine Zubereitung daraus handelt.

Gerade bei Pilzen mit den genannten Wirkstoffen, die (auch in Österreich) in der freien Natur wachsen oder in speziellen Aufzuchtboxen unter bestimmten Bedingungen selbst gezüchtet werden können, besteht jedoch die Besonderheit, dass sie nach der Ernte ohne vorherige Trennung des Inhaltsstoffes/Suchtgiftes von der „Pflanze“ als Ganzes konsumiert werden.

d. Um die rechtliche Qualifikation von Pilzen mit den Wirkstoffen Psilocin, Psilotin und Psilocybin abschließend klarzustellen, und um überdies deren zunehmendem Bedeutungsgewinn Rechnung zu tragen, wird vorgeschlagen, neben dem Anbau der im RB genannten Pflanzen (Z 2) in einer eigenen Z 3 auch das Anbieten, Überlassen oder Verschaffen von Pilzen mit diesen Wirkstoffen sowie deren Anbau zum Zweck des Suchtgiftmissbrauchs in die gerichtlichen Straftatbestände aufzunehmen. Wegen der beschriebenen Besonderheit bei den genannten Pilzen muss in § 27 Abs. 1 Z 3 der Anbau zum Zweck des „Suchtgiftmissbrauchs“ und nicht wie bei den Pflanzen in Z 2 zum Zweck der „Suchtgiftgewinnung“ geschehen.

Damit wird einerseits – wie schon bei den in Z 3 genannten Pflanzen – betont, dass der Anbau deutlich von der Erzeugung zu unterscheiden ist, und andererseits klargestellt, dass tatsächlich nur die Tathandlungen Anbieten, Überlassen oder Verschaffen sowie Anbau zum Zweck des Suchtgiftmissbrauchs vom strafrechtlichen Suchtmittelregime umfasst sein sollen.

Im Übrigen wird durch die Aufnahme der Pilze mit den Wirkstoffen Psilocin, Psilotin und Psilocybin in die gerichtlichen Straftatbestände über die Beitragstäterschaft in Hinkunft auch dem Problem des Verkaufs von Samen und Aufzuchtboxen samt Anleitungen zur Aufzucht durch Hanfshops besser beigegeben werden können.

e. Bei der Ausarbeitung des Entwurfs wurde auch die Variante erwogen, Pflanzen, Pflanzenteile etc., die dem Suchtmittelregime unterliegende Stoffe enthalten, in den Anhang der SV aufzunehmen. Da jedoch nach dem RB Drogenhandel ohnehin schon für den Anbau des Opiummohns, des Kokastrauchs und der Cannabispflanze ein neuer Straftatbestand zu schaffen war, und um nicht sämtliche Handlungsweisen in Bezug auf Pilze oder andere Pflanzen zu kriminalisieren, wurde der Variante der Einbeziehung halluzinogener Pilze in das SMG mit der Einschränkung auf bestimmte Tathandlungen der Vorzug gegeben.

2. Zu Abs. 2

Die im RB angeführten Tathandlungen fallen nicht in dessen Anwendungsbereich, wenn die Täter sie ausschließlich für ihren persönlichen Konsum begangen haben (Art. 2 Abs. 2 RB). Insoweit besteht daher keine Verpflichtung, eine Höchststrafe von mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe vorzusehen.

Dieser vom EU-Recht gelassene Spielraum soll dadurch genutzt werden, dass in Abs. 2 des Entwurfs für die in Abs. 1 Z 1 bis 3 angeführten Tathandlungen, sofern diese zum **ausschließlich persönlichen Gebrauch** begangen werden, nur eine Strafdrohung von bis zu sechs Monaten Freiheitsstrafe vorgesehen wird. Dadurch werden die in Abs. 2 genannten Tathandlungen auch klar von jenen des Abs. 1 unterschieden, wenn die hinter der Tat stehende Motivation lediglich im Konsum liegt (s. dazu auch die Erläuterungen zu § 35, Pkt. B.1.).

3. Zu Abs. 3

3.1. Die **Legaldefinition der „gewerbsmäßigen Begehung“** ist in § 70 StGB geregelt. Demnach handelt gewerbsmäßig, wer eine strafbare Handlung in der Absicht begeht, sich durch ihre wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen. Diese Definition gilt auch für die auf Gewerbsmäßigkeit abstellenden Strafnormen außerhalb des StGB. Sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur wird ein gewerbsmäßig handelnder Täter als besonderes Gefahrenmoment für die Gesellschaft dargestellt (vgl. OGH 13 Os 19/04; *Jerabek*, WK² § 70 Rz 1). Ihn charakterisiert eine besonders gefährliche innere Einstellung und damit ein hohes Maß an Charakterschuld, eine Neigung zu chronischer Kriminalität (vgl. *Leukauf/Steininger*³, § 70 RN 1).

Nach stRsp handelt gewerbsmäßig, wer auch nur eine einzige (auch versuchte) strafbare Handlung in der Absicht (§ 5 Abs. 2 StGB) begeht, sich selbst durch wiederholte Begehung solcher Taten eine fortlaufende Einnahmequelle zu verschaffen. Die innere Einstellung des Täters ergibt sich aus seinem Gesamtverhalten vor und nach der Tat (vgl. *Fabrizy*, StGB⁹ § 70 Rz 1, 1b). Ob eine Handlung gewerbsmäßig begangen wurde, ist als Tatfrage nach dem inneren Vorhaben des Täters zu klären, das sich in einem äußeren Geschehen widerspiegeln kann, aber nicht muss. So stellen das Gesamtverhalten des Täters zur Tatzeit, aber auch vor und nach der Tat, seine persönlichen Verhältnisse und die Begleitumstände der Tat maßgebliche Beurteilungskriterien dar (vgl. *Jerabek*, WK² § 70 Rz 2). Das heißt, es muss nicht tatsächlich zu einer Wiederholung gekommen sein, wenn das inkriminierte Verhalten unter Berücksichtigung seiner Begleitumstände die Tendenz des Täters klar und unmissverständlich zum Ausdruck bringt (vgl. 15 Os 100/97, 15 Os 181/98 ua).

Die gesetzliche Definition der Gewerbsmäßigkeit und ihre Anwendung in der Praxis – insbesondere im Bereich der Vermögens- sowie der Suchtmitteldelikte – sind seit geraumer Zeit Gegenstand von **Kritik**: Vgl. etwa *Bertel*, Die Gewerbsmäßigkeit. Eine kriminalpolitische Betrachtung, JRP 1998, 265; *Schwaighofer*, Aufgeschoben, aber nicht aufgehoben – Überfüllte Gefängnisse, Die Presse –

Rechtspanorama 12.5.2003; *Grafl/Gratz/Höpfel/Hovorka/Pilgram/Schroll/Soyer*, Kriminalpolitische Initiative: Mehr Sicherheit durch weniger Haft!, JRP 2004, 61; *Felnhofer-Luksch/Beclin*, Aktuelles zur gewerbsmäßigen Begehung des Diebstahls nach § 130 StGB, *Burgstaller-FS* (2004), 493; *Stuefer*, „Gewerbsmäßigkeit“ und Untersuchungshaft bei Schwarzafrikanern, *Juridikum* 2004, 191; *Geyer*, Gewerbsmäßig ungerecht, *RZ* 2006, 37.

Im Hinblick auf diese Kritik und unter Hinweis auf Ergebnisse der parlamentarischen Enquete-Kommission zum Thema „Die Reaktionen auf strafbares Verhalten in Österreich, ihre Angemessenheit, ihre Effizienz, ihre Ausgewogenheit“ (April 2000 – Juli 2002) schlug der Ministerialentwurf zum Strafrechtsänderungsgesetz 2001 (234/ME, JMZ 318.014/3-II 1/2001) eine Neugestaltung der Strafdrohungen für gewerbsmäßige Begehung bei Vermögensdelikten vor. Die RV zum StrÄG 2001 (754 BlgNR XXI. GP) nahm von einer Neuregelung dieses Bereichs vorläufig Abstand, weil die Vorschläge zu wenig Unterstützung im Begutachtungsverfahren erhalten hatten.

Die Kritik an der Umschreibung der Gewerbsmäßigkeit und ihrer Anwendung in der Praxis betrifft **unterschiedliche Aspekte**. Zunächst wird der Umstand kritisiert, dass schon ein einziger deliktischer Angriff als ausreichend angesehen wird, um Gewerbsmäßigkeit zu bewirken; dies stehe in einem gewissen Spannungsverhältnis dazu, dass auch die mehrfache Begehung für sich allein genommen noch nicht ausreicht. Zur Lösung dieses Problems wird vorgeschlagen, die Begehung mehrerer gleichartiger Taten als Voraussetzung der Gewerbsmäßigkeit im Gesetz festzuschreiben, etwa drei Taten (*Bertel*) oder fünf Taten (Kriminalpolitische Initiative). Ein weiterer Kritikpunkt richtet sich gegen das Ausmaß der Strafobergrenze: Während die Gewerbsmäßigkeit nach ihren Voraussetzungen einem Erschwerungsgrund vergleichbar sei, der im Rahmen der Strafbemessung berücksichtigt werden könnte, bedeute die tatsächlich gewerbsmäßige Begehung eine Vervielfachung des Strafrahmens bis zum Zehnfachen. Als Abhilfe wird eine Reduzierung der Strafrahmen vorgeschlagen (etwa *Geyer* für unqualifizierte, minder schwere Vermögensdelikte). Kritisiert wird weiters, dass die mehrfache Begehung gewerbsmäßigen Diebstahls von der Rsp als erschwerend angesehen wird; dies sei in gewissen Grenzen jedoch durch das Doppelverwertungsverbot ausgeschlossen (*Felnhofer-Luksch/Beclin*). Schließlich wird kritisiert, dass in der Praxis dem Beschuldigten im Vorverfahren gewerbsmäßige Begehung vor allem deshalb zur Last gelegt werde, um die Verhängung der Untersuchungshaft zu ermöglichen, was bei bloßer Annahme des Grunddelikts nicht zulässig wäre (*Stuefer*).

3.2. Im **Suchtmittelstrafrecht** weist die Qualifikation der Gewerbsmäßigkeit weitere **Besonderheiten** auf, die damit zusammenhängen, dass die geltende Rechtslage für die Tathandlungen des „Suchtgifthandels“ neben der Gewerbsmäßigkeit unter anderem auch Qualifikationen vorsieht, die an eine höhere Menge des gehandelten Suchtgiftes anknüpfen (große Menge und 25fache große Menge). Nicht zuletzt um Unklarheiten über den Bezugspunkt von Addition (von Teilmengen) und Gewerbsmäßigkeit auszuräumen – so ausdrücklich *Ratz*, § 28 Abs. 2 SMG als tatbestandliche Handlungseinheit und der Zusammenrechnungsgrundsatz nach § 28 Abs. 4 Z 3 SMG, *JB1* 2005, 294 (298) –, hat der OGH eine diffizile Judikatur entwickelt, die die Tatbegehung in Bezug auf ein Mehrfaches der Grenzmenge als mehrmalige Begehung des In-Verkehr-Setzens einer großen Menge (und im Hinblick auf eine allenfalls verbleibende Menge als die zusätzliche Begehung des Grunddeliktes) versteht (stRsp seit 13 Os 10/03 = EvBl 2003/133).

Demnach sind in Verkehr gesetzte, die Grenzmenge (§ 28 Abs. 6) für sich allein nicht erreichende Suchtgiftquanten nur insoweit zu einer großen Menge zusammenzufassen, als der Vorsatz des Täters von vornherein die kontinuierliche Begehung und den daran geknüpften Additionseffekt mitumfasste. In diesem Fall wird von einer tatbestandlichen Handlungseinheit im Sinne einer fortlaufenden Tatbestandsverwirklichung gesprochen. Nach Ansicht des OGH kann die Festsetzung einer Untergrenze einer großen Menge (Grenzmenge) nicht bedeuten, dass bei Überschreiten dieser Grenze durch In-Verkehr-Setzen einer größeren Suchtgiftmenge nur ein einziges Verbrechen nach § 28 Abs. 2 vierter Fall begründet wird, weil ansonsten Gewerbsmäßigkeit im Hinblick auf insgesamt große Mengen beim In-Verkehr-Setzen für sich allein die Grenzmenge nicht erreichender Teilmengen nahezu immer verneint werden müsste. Daher sei nach Erreichen der Grenzmenge jeweils gedanklich abzutrennen und demzufolge die große Menge (§ 28 Abs. 2) der Grenzmenge (§ 28 Abs. 6) gleichzusetzen. Demnach seien durch mehrere große Mengen, die (auf einmal oder in Teilschritten) in Verkehr gesetzt wurden, mehrere Verbrechen nach § 28 Abs. 2 vierter Fall erfüllt und bei festgestellter Absicht, sich durch die wiederkehrende Begehung der Taten eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, das Verbrechen nach § 28 Abs. 3 erster Fall. Dabei geht der OGH davon aus, dass bei Auslegung der Wortfolge „in einer großen Menge“ das Wort „ein“ nicht als unbestimmter Artikel, sondern als Zahlwort zu lesen ist.

Der geltende § 28 Abs. 4 Z 3, wonach sich strafbar macht, wer eine unter § 28 Abs. 2 zu subsumierende Tat in Bezug auf das 25fache der Grenzmenge (übergroße Menge) begeht, stellt hingegen nach stRsp eine – mit § 29 StGB vergleichbare – besondere Art von Zusammenrechnungsgrundsatz für jeweils große

Mengen, die zusammen eine übergroße Menge bilden, dar (14 Os 28/05g ua). Eine nach § 28 Abs. 4 Z 5 qualifizierte Tat bildet daher nach dieser Judikatur insgesamt nur ein einziges Verbrechen.

Diese Judikatur hat zu lebhaften Debatten im Schrifttum geführt (*Schwaighofer*, Die gewerbsmäßige Begehung des Suchtmitteldelikts nach § 28 Abs. 3 SMG, AnwBl 2003, 597; *Schmoller*, Zusammenrechnung von Suchtgiftmengen und Anzahl der verwirklichten Delikte, in FS Burgstaller (2004) 133; *Ratz aaO*; *Kirchbacher/Schroll*, Zur Rechtsprechung des OGH betreffend das SMG und die Einbringung der Ergebnisse verdeckter Ermittlungen in die Hauptverhandlung, RZ 2005, 116, 140, 170).

Kritisiert wurde vor allem, dass die Judikatur des OGH kleinere Dealer zu Schwerekriminellen mache, obwohl § 28 Abs. 3 und auch die weiteren Qualifikationen nach § 28 Abs. 4 und 5 – wie aus der Höhe der Strafdrohung geschlossen werden könne – nach der Intention des Gesetzgebers nur für gefährliche Drogendelinquenten geschaffen worden seien, die in großem Stil Suchtgifthandel betreiben. Dies könne jedoch nur auf Personen zutreffen, die die Absicht haben, durch wiederholtes Einführen, In-Verkehr-Setzen usw. solcher Suchtgiftmengen eine fortlaufende Einnahme zu erzielen, die für sich allein und nicht erst durch Zusammenrechnung kleinerer Teilmengen die große Menge im Sinne des § 28 Abs. 6 erreichen. Auch widerspreche die Judikatur des OGH zur Gewerbsmäßigkeit nach § 28 Abs. 3 erster Fall der sonstigen Judikatur (und auch Literatur) zur Gewerbsmäßigkeit bei Vermögensdelikten, weil den strengeren Strafsatz dort immer nur derjenige zu verantworten habe, der sich gerade durch Begehung qualifizierter Taten eine Einnahmequelle erschließen wolle (*Schwaighofer aaO*). Vor diesem Hintergrund erscheine es auch nicht systemkonform, dass eine Ausweitung des Tatumfanges (oberhalb der Grenzmenge etc.) bei einem durch eine Tathandlung begangenen Suchtmitteldelikt zu einer mehrfachen Rechtsgutsverletzung in gleichartiger Idealkonkurrenz und nicht zu einer Intensivierung der Rechtsgutsverletzung führen solle. Auch das Doppelte einer großen Menge stelle nämlich eine „große Menge“ dar, die zwar bei der Grenzmenge beginne, aber nicht mit dieser gleichzusetzen sei. Dafür spreche auch, dass die Eignung, Gewöhnung hervorzurufen oder in großem Ausmaß eine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit herbeizuführen (§ 28 Abs. 6), eine steigerungsfähige Größe darstellt, die beim Überschreiten der Grenzmenge lediglich erhöht wird. Die Annahme gleichartiger Idealkonkurrenz durch den OGH sei umso mehr verwunderlich, als er bei einem Überschreiten der übergroßen Menge nach § 28 Abs. 4 Z 3 – in Übereinstimmung mit den Regeln der Strafrechtsdogmatik – wieder davon ausgehe, dass der Tatbestand auch bei einer mehrfachen übergroßen Menge insgesamt nur einmal verwirklicht werde (*Schmoller aaO*).

3.3. Zur Lösung der dargestellten Problematik und auf Grund der aufgezeigten Kritik wurden vom BMJ bei der Erarbeitung des Entwurfes zunächst konkrete Überlegungen dahingehend angestellt, in einem gesonderten **Absatz 3** eine dem Straßenhandel möglichst nahe kommende kriminelle Lebensform zu umschreiben, die den – nicht unproblematischen – Begriff der Gewerbsmäßigkeit als Qualifikationsnorm objektivieren sollte. Die Qualifikation sollte nach diesen Überlegungen nicht schon bei einer einzigen Tat und einer damit zusammenhängenden Innentendenz eintreten, sondern erst, wenn der Täter über einen längeren Zeitraum (gedacht wurde an 12 Monate) ein konkretes Verhalten auch tatsächlich an den Tag gelegt hat.

Demnach hätte der Täter für die Verwirklichung der Gewerbsmäßigkeit im Beobachtungszeitraum **zusätzlich zur Anlasstat** (Erzeugen, Befördern, Einführen, Ausführen, Anbieten, Überlassen, Verschaffen von Suchtgift, Anbauen von Pflanzen) **drei weitere solche Taten** begangen und darüber hinaus bei jeder dieser Taten (und zwar auch der Anlasstat) in der Absicht gehandelt haben müssen, sich durch ihre wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, wie dies auch schon nach der in § 70 StGB enthaltenen Definition der Gewerbsmäßigkeit notwendig ist.

Auf Grund des noch nicht abgeschlossenen Meinungsbildungsprozesses und weiterhin bestehenden Diskussionsbedarfs wurde diese Lösungsvariante letztlich jedoch nicht in den Entwurf aufgenommen. Die nähere Auseinandersetzung mit dem Vorschlag, den Begriff der Gewerbsmäßigkeit im Sinn von § 70 StGB durch eine der jeweils spezifischen Situation eher gerecht werdende Umschreibung zu objektivieren, soll der Debatte im Rahmen einer (in weiterer Folge vorzuschlagenden) Gesamteregelung im allgemeinen Strafrecht (StGB) vorbehalten bleiben (s. hierzu jedoch auch die Ausführungen zu Art. I Z 41 und 42, §§ 28 f).

3.4. Gewerbsmäßig sollen die in Abs. 1 Z 1 und 2 genannten Taten begangen werden können. Als Strafdrohung soll für die Qualifikation in Abs. 3 – wie auch schon bisher – eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren vorgesehen werden.

Im Begutachtungsentwurf war noch eine Freiheitsstrafdrohung von zwei Jahren und damit eine weitere Abstufung zwischen dem Grunddelikt und den Qualifikationen der Ermöglichung des Gebrauchs von Suchtgift durch Jugendliche und der Begehung im Rahmen einer kriminellen Vereinigung (Abs. 4) vorgeschlagen worden. Auf Grund der im Begutachtungsverfahren geäußerten Kritik an der Reduktion

des Strafrahmens für gewerbsmäßige Begehung soll jedoch auch dieser Vorschlag (vorerst) zurückgestellt und der Debatte im Rahmen einer Gesamtregelung im allgemeinen Strafrecht (StGB) vorbehalten bleiben.

4. Zu Abs. 4

Abs. 4 entspricht im Wesentlichen dem bisherigen Abs. 2.

Die Qualifikation nach Abs. 4 Z 1 soll sich auf den neuen Abs. 1 Z 1 und 2 beziehen. Im vorgeschlagenen Abs. 5 soll für diese Qualifikation hingegen keine Privilegierung wie für die Begehung der Tat im Rahmen einer kriminellen Vereinigung (Z 2) und die Gewerbsmäßigkeit in Abs. 3 vorgesehen sein.

Die bisher in Z 2 neben der Qualifikation der Begehung als Mitglied in einer kriminellen Organisation enthaltene Qualifikation der Gewerbsmäßigkeit soll in den neuen Abs. 3 aufgenommen werden (siehe oben Pkt. 3.) und kann daher hier ebenso entfallen wie die Privilegierung, die nach dem Entwurf in Abs. 5 aufgenommen werden soll (siehe sogleich).

5. Zu Abs. 5

Da die Bestimmung zur Gewerbsmäßigkeit (Abs. 3) und die Qualifikation der Begehung im Rahmen einer kriminellen Vereinigung (Abs. 4 Z 2) nach dem Entwurf nicht mehr wie bisher gemeinsam (geltender Abs. 2 Z 2) geregelt sein sollen, wird aus Gründen der Übersichtlichkeit vorgeschlagen, die im geltenden Abs. 2 Z 2 ebenso enthaltene und sich auf beide Qualifikationen beziehende Privilegierung in einen eigenen Abs. 5 zu fassen.

In Anlehnung an die Wortwahl des RB (Art. 2 Abs. 2) wird vorgeschlagen, anstatt des Begriffs „für den eigenen Gebrauch“ den präziseren und klareren Begriff „für den persönlichen Gebrauch“ zu verwenden. Vorgeschlagen wird weiters eine sprachliche Vereinfachung, indem die doppelte Erwähnung der Gewöhnung an Suchtmittel beseitigt wird. Die vorgeschlagene Formulierung soll inhaltlich vom geltenden Recht nicht abweichen.

Zu Art. I Z 41 und 42 (§§ 28, 28a und 28b):

1. Allgemeines

1.1. Nach den Vorgaben des RB (Art. 4 Abs. 2) sind für die in Art. 2 Abs. 1 lit. a bis c genannten Straftaten (diese entsprechen den Tathandlungen des § 27 Abs. 1 Z 1 bis 2 in der Fassung des Entwurfs) Qualifikationen vorzusehen: Betrifft die Straftat **große Mengen von Drogen**, ist diese mit einer Freiheitsstrafe von mindestens **fünf Jahren** zu bedrohen, wird die Straftat im Rahmen einer **kriminellen Vereinigung** begangen, mit einer Freiheitsstrafe von zumindest **zehn Jahren**.

Nach bisherigem Verständnis (vgl. den geltenden § 28 Abs. 6) stellt die in der Suchtgift-Grenzmengenverordnung (SGV) normierte Grenzmenge des jeweiligen Suchtgifts die Untergrenze einer großen Menge dar. Bei der Festsetzung dieser Grenzmenge, die sich auf die Reinsubstanz des betreffenden Wirkstoffes zu beziehen hat, ist insbesondere auf die Eignung der Suchtgifte, Gewöhnung hervorzurufen und in großem Ausmaß eine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen herbeizuführen sowie auf das Gewöhnungsverhalten von Suchtkranken Bedacht zu nehmen.

Der RB überlässt die Umschreibung, was unter dem Begriff der „großen Menge“ zu verstehen ist, den Mitgliedstaaten.

Um nicht eine überzogene Kriminalisierung zu bewirken, wird vorgeschlagen, eine zwischen der Grenzmenge und dem Fünfundzwanzigfachen dieser Menge gelegene Zwischenstufe in Form der **fünfzehnfachen Menge** einzuführen und diese nunmehr als „große Menge“ zu bezeichnen. Die **Strafdrohungen** für Mengen, die die Grenzmenge übersteigen, sollen grundsätzlich **unverändert** bleiben. Auch an der jeweiligen Grenzmenge als in der SGV für jedes einzelne Suchtgift festgesetztem Wert (zB Kokain: 15 g; Heroin: 3 g; Morphin: 10 g; Amphetamin – „Speed“: 10 g; MDMA – Ecstasy: 30 g; THC – Wirkstoff von Cannabis: 20 g) ändert sich dadurch nichts.

1.2. Die in den Erläuterungen zu § 27 (Pkt. 3.) beschriebene Grundproblematik betreffend die Gewerbsmäßigkeit besteht auch hier. Gerade auf Grund der im Suchtmittelstrafrecht bestehenden Besonderheit, dass für die Tathandlungen des „Suchtgifthandels“ neben der Gewerbsmäßigkeit unter anderem auch Qualifikationen vorgesehen sind, die an eine höhere Menge des gehandelten Suchtgiftes anknüpfen (große Menge und 25fache große Menge), ist eine Kontroverse zwischen Rsp und Lehre über die Zulässigkeit der Addition von Suchtgiftmengen zum Zweck der Vergrößerung des Anwendungsbereichs der Gewerbsmäßigkeit nach dem geltenden § 28 Abs. 3 entstanden.

Im Bereich des geltenden § 28 Abs. 3 1. Fall geht es um Personen, die in größerem Stil Suchtgifthandel betreiben und dadurch ein großes Gefährdungspotential darstellen; dies kommt auch in der Strafdrohung von bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe zum Ausdruck.

Es bietet sich an, für solche Täter die soeben erläuterte Zwischenstufe in Form der **fünfzehnfachen Menge** („große Menge“: zB Kokain 225 g, Heroin 45 g, Ecstasy 450 g, Cannabis 300 g) anzuwenden. Die neue Stufe wird dieser Tätergruppe eher gerecht als die (bestehende) komplizierte Konstruktion der Zusammenrechnung kleinerer Teilmengen, um ausgehend von der großen Menge im Sinne des geltenden § 28 Abs. 1 zur Gewerbsmäßigeitsqualifikation nach dem geltenden § 28 Abs. 3 1. Fall zu gelangen.

Nichtsdestotrotz soll auf Grund des zu diesem Thema noch nicht abgeschlossenen Meinungsbildungsprozesses und weiterhin bestehenden Diskussionsbedarfs (vgl. dazu die Erläuterungen zu § 27 Abs. 3, Pkt. 3.3.) auch in § 28 nicht gänzlich auf die Gewerbsmäßigeitsqualifikation verzichtet werden. Es wird jedoch vorgeschlagen, das Tatbestandsmerkmal der Gewerbsmäßigkeit im Bereich des § 28a an die zusätzliche Voraussetzung zu knüpfen, dass der Täter schon einmal wegen einer Straftat nach Abs. 1 verurteilt worden ist.

1.3. Weiters wird vorgeschlagen, dass die jeweilige Qualifikation in Hinkunft nicht bereits beim Erreichen der jeweiligen Menge, sondern – wie bei den wert- bzw schadensqualifizierten Vermögensdelikten – erst beim Übersteigen der genannten Menge eintreten soll.

1.4. Jener Bereich der Suchtgiftkriminalität, den man als „Vorfeld der Dealertätigkeit“ bezeichnen kann (Erwerb und Besitz von Suchtgift mit dem Vorsatz, es in Verkehr zu setzen), ist – sofern die Tathandlung in Bezug auf eine große Menge Suchtgift (nach bisheriger Umschreibung) begangen wird – im geltenden § 28 Abs. 1 geregelt. Die Bestimmungen für die Tathandlungen des Erzeugens, Einführens, Ausführens oder tatsächlichen In-Verkehr-Setzens einer solchen Menge Suchtgift samt Qualifikationsstufen finden sich derzeit in den Absätzen 2 bis 5 des § 28.

Die Vorgaben des RB machen es nun notwendig, auch für jene Tathandlungen, die das Vorfeld der Dealertätigkeit bzw. des Suchtgifthandels betreffen, über den geltenden § 28 Abs. 1 hinaus weitere Qualifikationsstufen vorzusehen, und zwar einerseits für die Begehung in Bezug auf eine große Menge (nach der vorgeschlagenen neuen Umschreibung entspricht diese dem 15fachen der Grenzmenge) sowie für die Begehung im Rahmen einer kriminellen Vereinigung.

1.5. Im Übrigen wird ein genereller Entfall des unbestimmten Artikels „ein“ vor den Begriffen Suchtgift bzw. Suchtmittel vorgeschlagen, um allfällige Auslegungsprobleme (unbestimmter Artikel vs. Zahlwort) in Hinkunft zu vermeiden (auch dazu siehe die Erläuterungen zu § 27 Pkt. 3.).

1.6. Zur besseren Übersichtlichkeit wird vorgeschlagen, die Qualifikationen zu den das Vorfeld der Dealertätigkeit betreffenden Tathandlungen (Erwerb, Besitzen und Befördern mit dem Vorsatz, Suchtgift in Verkehr zu setzen; s. dazu sogleich unter Pkt. 2.) in einem eigenen Paragraphen (§ 28) zusammenzufassen und die Qualifikationen zu den übrigen Tathandlungen in einem eigenen, **neuen § 28a** zu regeln. Die §§ 28 bzw. 28a sollen daher auch neue Überschriften („Vorbereitung von Suchtgifthandel“ bzw. „Suchtgifthandel“) erhalten.

Aus den selben Gründen wird auch vorgeschlagen, den bisherigen § 28 Abs. 6, der die Verordnungsermächtigung zur Festsetzung der Grenzmengen enthält, samt neuer Überschrift „Grenzmenge für Suchtgifte“ in einen eigenen § 28b zu fassen.

2. Zu § 28 Abs. 1

Das im Begutachtungsverfahren noch vorgesehene Einsetzen der Qualifikation erst beim Überschreiten des 15fachen der Grenzmenge (der nunmehr großen Menge) ist von einer Vielzahl von Stellungnahmen der begutachtenden Stellen (insbesondere auch aus der Justiz) als zu weit gehend und den mittleren Kriminalitätsbereich nicht ausreichend abdeckend kritisiert worden. Die Qualifikation soll daher schon beim **Überschreiten der Grenzmenge** einsetzen, das geltende Recht somit unverändert beibehalten werden.

Weiters wurde von vielen Seiten im Zusammenhang mit der in § 27 neu aufgenommenen Tathandlung des Beförderns ein Problembereich aufgezeigt, der das Begehen dieser Tathandlung für den persönlichen Konsum betrifft. Die Fassung des Begutachtungsentwurfes hätte demnach zu ungerechtfertigten Privilegierungen des an Ort und Stelle konsumierenden Täters gegenüber jenem führen können, der die soeben erworbenen Suchtmittel zunächst nach Hause oder an einen anderen Ort transportiert und erst dort konsumiert.

In § 27 soll diese Problematik dadurch entschärft werden, dass eine Privilegierung für einzelne Tathandlungen (so auch das Befördern) für den Fall vorgeschlagen wird (§ 27 Abs. 2), dass diese zum ausschließlich persönlichen Gebrauch begangen werden. Für den Bereich schwerer Taten soll dies nun dadurch geschehen, dass das Befördern nicht mehr – wie noch im Begutachtungsentwurf vorgeschlagen – in § 28a, sondern (lediglich) in § 28 aufgenommen werden soll.

Die qualifizierte Tat des § 28 Abs. 1 begeht demnach, wer Suchtgift in einer die Grenzmenge übersteigenden Menge mit dem Vorsatz, erwirbt, besitzt **oder befördert**, dass es in Verkehr gesetzt werde. Auch die Qualifikation für die Tat nach § 27 Abs. 1 Z 2 soll hier enthalten sein. Die Strafdrohung soll – wie im geltenden § 28 Abs. 1 – mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren festgelegt werden.

Am bestehenden Vorsatz in Bezug auf das „In-Verkehr-Setzen“ soll festgehalten werden, weil dadurch die Intention des RB – nämlich die Sanktionierung des eigentlichen Suchtgifthandels bzw. dessen Vorfeldes – besser und treffender umgesetzt werden kann, als – wie im RB selbst – durch einen Verweis auf sämtliche Tathandlungen.

Wie auch schon in § 27 wird überdies vorgeschlagen, den Ausdruck „den bestehenden Vorschriften zuwider“ durch den Begriff „vorschriftswidrig“ zu ersetzen.

3. Zu § 28 Abs. 2

Zur Umsetzung der Vorgaben des RB (Art. 4 Abs. 2 lit. a) wird vorgeschlagen, in Abs. 2 einen neuen Qualifikationstatbestand für die Tathandlungen des Abs. 1 in Bezug auf Suchtgift in einer das 15fache der Grenzmenge übersteigenden Menge einzufügen, die nach der neuen Systematik nunmehr die große Menge darstellen soll. Im Sinne der vom RB vorgegebenen Mindesthöchststrafdrohungen (Art. 4 Abs. 2) soll die Strafdrohung mit fünf Jahren Freiheitsstrafe festgesetzt werden.

4. Zu § 28 Abs. 3

In Abs. 3 soll – wiederum entsprechend den Vorgaben des RB (Art. 4 Abs. 3) – ein neuer Qualifikationstatbestand für die in Abs. 1 bezeichneten Tathandlungen normiert werden, wenn diese im Rahmen einer kriminellen Vereinigung begangen worden sind. Die Strafdrohung soll hier nach den Vorgaben des RB mit zehn Jahren Freiheitsstrafe festgesetzt werden.

5. Zu § 28 Abs. 4

In Abs. 4, der inhaltlich dem zweiten Satz des geltenden § 28 Abs. 3 nachgebildet ist, sollen für sämtliche Qualifikationen (Abs. 1 bis 3) Privilegierungen für Beschaffungskriminalität für den persönlichen Gebrauch aufgenommen werden. Betreffend die Voraussetzungen für das Vorliegen der Privilegierung sei auf § 27 Abs. 5 verwiesen (siehe daher die Erläuterungen dort).

6. Zu § 28a

6.1. Der neue § 28a entspricht den Abs. 2 bis 5 des geltenden § 28 und soll – ausgenommen die Tathandlungen des Erwerbs, Besitzes und Beförderns, die schon durch § 28 ausreichend abgedeckt sind – die Qualifikationstatbestände zu den Tathandlungen nach § 27 Abs. 1 Z 1 regeln. Die Bestimmung soll die Überschrift „Suchtgifthandel“ erhalten.

6.2. **Abs. 1** entspricht dem geltenden § 28 Abs. 2 und zählt die unter die Qualifikation fallenden Tathandlungen (erzeugen, einführen, ausführen, anbieten, überlassen, verschaffen) einzeln auf; die Bestimmung soll daher insofern über das geltende Recht hinausgehen, als die Tathandlung des Anbietens neu aufgenommen werden soll. Erste Qualifikationsstufe soll auch hier wiederum die jeweilige Tathandlung bezogen auf eine die Grenzmenge übersteigende Menge an Suchtgift sein. Die Strafdrohung soll – wie im geltenden Recht und entsprechend den Vorgaben des RB – bis zu fünf Jahre Freiheitsstrafe betragen.

6.3. **Abs. 2** beinhaltet eine Qualifikation für die Tathandlungen nach Abs. 1 und soll den geltenden § 28 Abs. 3 ersetzen. Für den Bereich der qualifizierten Tathandlungen wird nunmehr vorgeschlagen, die Gewerbsmäßigkeit an die zusätzliche Voraussetzung zu knüpfen, dass der Täter schon einmal wegen einer Straftat nach Abs. 1 verurteilt worden ist. Dies entspricht zum Einen der schon im geltenden Recht (§ 28 Abs. 4 Z 1) enthaltenen Qualifikation für die Begehung als Mitglied einer kriminellen Vereinigung (§ 28a Abs. 4 Z 1 idF des Entwurfs) und soll zum Anderen den Versuch darstellen, den problematischen Begriff der Gewerbsmäßigkeit als Qualifikationsnorm (zumindest ein wenig mehr) zu objektivieren. Auf die Ausführungen in Pkt. 1.2. sowie die Erläuterungen zu § 27 (Pkt. 3.) und die dortigen Ausführungen zur Rsp wird verwiesen.

Die Qualifikation der Begehung im Rahmen einer kriminellen Vereinigung soll unverändert bestehen bleiben. Die zwischen der Grenzmenge und dem 25fachen dieser Menge gelegene Zwischenstufe in Form der **15fachen Menge** soll als zusätzliche Qualifikation aufgenommen werden.

6.4. Die Privilegierungen für Beschaffungskriminalität sollen für sämtliche (Qualifikations-)Tatbestände des § 28a aus Gründen der Übersichtlichkeit in einem eigenen **Abs. 3** geregelt werden. Dabei soll die Inkonsistenz des geltenden Rechts, das eine Privilegierung zwar für § 28 Abs. 3, nicht aber für Abs. 2 vorsieht, korrigiert werden. Keine Privilegierungen soll es weiterhin für die schwersten Fälle des Suchtgifthandels (Abs. 4 und 5) geben.

6.5. **Abs. 4** entspricht im Wesentlichen dem geltenden § 28 Abs. 4.

6.6. **Abs. 5** übernimmt inhaltlich unverändert die Bestimmung des geltenden § 28 Abs. 5.

7. Zu § 28b

Aus Gründen der Übersichtlichkeit wird vorgeschlagen, den bisherigen § 28 Abs. 6, der die Verordnungsermächtigung zur Festsetzung der Grenzmengen enthält, in einen eigenen § 28b zu fassen. Dieser soll die neue, prägnante Überschrift „Grenzmenge für Suchtgifte“ erhalten. Inhaltlich soll die Bestimmung – wenn auch mit einer abgeänderten Formulierung für den Anknüpfungspunkt der Grenzmenge – unverändert bleiben.

Zu Art. I Z 43 (§ 29)

§ 29 hat keinerlei praktische Relevanz. Laut gerichtlicher Kriminalstatistik gab es in den Jahre 1999 bis 2003 keine einzige Verurteilung nach dieser Bestimmung als führendes Delikt (vgl. *Hinterhofer* in *Hinterhofer/Rosbaud*, SMG § 29 RN 9). Darüber hinaus wird die Ansicht vertreten, dass der eigentliche kriminalstrafwürdige Bereich durch § 282 StGB (Aufforderung zu und Gutheißung von mit Strafe bedrohten Handlungen) ausreichend abgedeckt ist. Im Übrigen wurde der Entfall dieser Bestimmung im Begutachtungsverfahren vom Bundesland Vorarlberg angeregt.

Es wird vorgeschlagen, § 29 ersatzlos entfallen zu lassen.

Zu Art. I Z 44 bis 46 (§§ 30, 31, 31a und 31b):

1. Allgemeines

1.1. Der RB samt den darin aufgezählten Tathandlungen (Art. 2) gilt sowohl für Suchtgifte als auch für psychotrope Substanzen. Daher ist es notwendig, für psychotrope Stoffe insoweit gleich gelagerte Grund- bzw. Qualifikationstatbestände zu normieren wie für Suchtgifte, als diese zur Erfüllung der Vorgaben des RB unumgänglich sind. Die Bestimmungen für psychotrope Stoffe sollen daher im Wesentlichen auch gleich aufgebaut und gegliedert sein wie jene für Suchtgifte.

1.2. Wie bei den Suchtgiftbestimmungen bezieht sich das „Vorfeld der Dealertätigkeit“ (vgl. den geltenden § 28 Abs. 1) auch bei den psychotropen Stoffen im geltenden § 31 Abs. 1 lediglich auf den Erwerb und Besitz einer – nach bisherigem Verständnis – großen Menge eines psychotropen Stoffes mit dem Vorsatz, diesen in Verkehr zu setzen. Die Tathandlungen des Erzeugens, Einführens, Ausführens oder tatsächlichen In-Verkehr-Setzens einer „großen Menge“ eines psychotropen Stoffes sind im geltenden § 31 Abs. 2 geregelt. Weitere Qualifikationsstufen wie im geltenden § 28 Abs. 2 bis 5 gibt es in Bezug auf psychotrope Stoffe bisher nicht.

Die Vorgaben des RB (Art. 4 Abs. 2 iVm Art. 2 Abs. 1 lit. c) machen es nun jedoch auch bei den das Vorfeld der Dealertätigkeit betreffenden Tathandlungen in Bezug auf psychotrope Stoffe (§ 30 Abs. 1 Z 1 des Entwurfs) notwendig, **neue Qualifikationsstufen** vorzusehen. Diese betreffen die Begehung der Tat in Bezug auf eine **große Menge** (nach der neuen Systematik entspricht diese dem 15fachen der Grenzmenge) sowie die Begehung im Rahmen einer **kriminellen Vereinigung**.

Analog zu den §§ 28 bis 28b wird daher zur besseren Übersichtlichkeit auch hier eine Aufteilung der Qualifikationen vorgeschlagen, indem die qualifizierten Bestimmungen zu den Vorbereitungsdelikten in § 31 und jene zu den übrigen Tathandlungen in einem **neuen § 31a** geregelt werden. Auch hier soll die Verordnungsermächtigung in einen gesonderten Paragraphen (§ 31b) gefasst werden.

1.3. Darüber hinaus sollen – wie die §§ 27 bis 28b – auch die §§ 30 bis 31b zur besseren Übersichtlichkeit **neue Überschriften** erhalten (§ 30: „Unerlaubter Umgang mit psychotropen Stoffen“; § 31: „Vorbereitung des Handels mit psychotropen Stoffen“; § 31a: „Handel mit psychotropen Stoffen“ und § 31b: „Grenzmenge für psychotrope Stoffe“).

2. Zu § 30

2.1. Der vorgeschlagene **Abs. 1** entspricht zur Gänze dem vorgeschlagenen § 27 Abs. 1 Z 1. Demnach sollen auch hier zusätzlich zu den bereits bestehenden Begriffen (erwerben, besitzen, erzeugen, einführen, ausführen, überlassen und verschaffen) die von der bisherigen Terminologie nicht umfassten Tathandlungen **Befördern** und **Anbieten** aufgenommen werden, um den Vorgaben des RB Rechnung zu tragen.

Auch hier ist nach dem RB eine Freiheitsstrafe von zumindest einem Jahr vorzusehen.

2.2. Der vorgeschlagene **Abs. 2** entspricht dem vorgeschlagenen § 27 Abs. 2 und sieht auch bei den psychotropen Stoffen eine Privilegierung für den persönlichen Konsum vor.

2.3. Der im neuen **Abs. 3** vorgeschlagene Strafausschlussgrund entspricht im Wesentlichen dem geltenden Abs. 2. Hier soll lediglich eine Anpassung an die Tathandlungen bzw. Formulierungen in § 27

erfolgen: Neben dem Überlassen soll nunmehr auch das uneigennützig Anbieten und Verschaffen ausdrücklich vom Strafausschließungsgrund umfasst sein. A maiori ad minus wurde aber schon bisher davon ausgegangen, dass auch das uneigennützig Verschaffen psychotropenhaltiger Medikamente dem Strafausschließungsgrund unterliegt (*Foregger/Litzka/Matzka*, SMG § 30 Anm IV).

3. Zu § 31

3.1. Analog zum vorgeschlagenen § 28 Abs. 1 soll sich die Qualifikation nun auch in **Abs. 1** auf das Erwerben, Besitzen und Befördern einer die **Grenzmeng**e übersteigenden Menge psychotroper Stoffe beziehen. Auch hier soll sich der erweiterte Vorsatz nur auf das In-Verkehr-Setzen erstrecken. Die Strafdrohung soll hier – wie bisher (§ 31 Abs. 1) – zwei Jahre betragen.

3.2. Wie nach § 28 Abs. 2 ist auch in **Abs. 2** eine weitere Qualifikation für die Tathandlungen nach Abs. 1 bei Übersteigen des 15fachen der Grenzmeng

e (große Menge) vorzusehen. Im Sinne der vom RB vorgegebenen Mindesthöchststrafdrohung (Art. 4 Abs. 2) soll die Strafdrohung mit fünf Jahren Freiheitsstrafe festgesetzt werden.

3.3. In **Abs. 3** soll – wie vom RB vorgegeben (Art. 4 Abs. 3) – ein neuer Qualifikationstatbestand für die in Abs. 1 bezeichneten Tathandlungen normiert werden, wenn diese im Rahmen einer kriminellen Vereinigung begangen worden sind. Die Strafdrohung soll hier nach dem RB mit zehn Jahren Freiheitsstrafe festgesetzt werden.

3.4. In **Abs. 4** soll nunmehr auch eine dem § 28 Abs. 3 entsprechende, den Strafbestimmungen für psychotrope Stoffe bisher fremde Privilegierung aufgenommen werden, in der auf die Voraussetzungen des vorgeschlagenen § 27 Abs. 5 verwiesen werden soll (siehe auch die Erläuterungen dazu).

4. Zu § 31a

4.1. Der vorgeschlagene **Abs. 1** entspricht § 28a Abs. 1 idF des Entwurfs und dem geltenden § 31 Abs. 2. Auch hier soll die Qualifikation nunmehr erst beim Übersteigen der Grenzmeng

e verwirklicht sein.

Darüber hinaus soll die Strafdrohung von bisher fünf Jahren Freiheitsstrafe mangels entsprechender Vorgaben durch den RB auf eine Strafdrohung von drei Jahren Freiheitsstrafe reduziert werden. Dies kann – nicht zuletzt im Hinblick auf Abs. 2 – dadurch gerechtfertigt werden, dass psychotrope Stoffe einerseits gegenüber Suchtgiften ein geringeres Gefährdungspotential aufweisen und andererseits die Grundstrafdrohung nur mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren bedroht ist und der Sprung ohne Zwischenstufe von bisher zwei Jahren auf fünf Jahre im Falle des Vorliegens des Qualifikationstatbestandes zu groß erscheint.

4.2. In **Abs. 2** wird nach den Vorgaben des RB (Art. 4 Abs. 2 iVm Art. 2 Abs. 1 lit. a) vorgeschlagen, einen neuen Qualifikationstatbestand einzufügen, der sich auf das 15fache der Grenzmeng

e bezieht und § 28a Abs. 2 entspricht. Die Strafdrohung soll entsprechend der im RB vorgesehenen Mindesthöchststrafdrohung mit fünf Jahren festgesetzt werden.

4.3. In **Abs. 3** wird nach den Vorgaben des RB (Art. 4 Abs. 3 iVm Art. 2 Abs. 1 lit. a) ein Qualifikationstatbestand für die Tatbegehung als Mitglied einer kriminellen Vereinigung mit einer Strafdrohung von bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe vorgeschlagen. Diese Bestimmung entspricht § 28a Abs. 2 zweiter Fall idF des Entwurfs.

4.4. In **Abs. 4** soll, wie auch schon in § 28 Abs. 4 und § 31 Abs. 4 idF des Entwurfs, eine Privilegierung für Beschaffungskriminalität aufgenommen werden.

5. Zu § 31b

Wie schon im vorgeschlagenen § 28b, soll auch in Bezug auf psychotrope Stoffe außerhalb der konkreten Straftatbestände ein eigener Paragraph betreffend die Verordnungsermächtigung zur Festsetzung der Grenzmeng

e geschaffen werden. Auch dieser soll die neue, prägnante Überschrift „Grenzmenge für psychotrope Stoffe“ erhalten.

Zu Art. I Z 47 (Überschrift des 3. Abschnitts des 5. Hauptstücks)

Die Überschrift des 3. Abschnitts des 5. Hauptstücks („Gerichtliche Strafbestimmungen für Vorläuferstoffe“) soll an die nunmehr verwendete Diktion („Drogenausgangsstoffe“) angepasst werden.

Zu Art. I Z 48 (§ 32)

1. Derzeit sind nur der Erwerb und Besitz (Abs. 1) sowie das Erzeugen, Einführen, Ausführen und In-Verkehr-Setzen (Abs. 2) eines „Vorläuferstoffes“ im Wissen, dass dieser bei der vorschriftswidrigen Erzeugung eines Suchtmittels in einer großen Meng

e (nach bisherigem Verständnis) verwendet werden soll, von § 32 umfasst.

Nach Art. 2 Abs. 1 lit. d iVm Art. 4 Abs. 1 RB sind jedoch nunmehr auch das Herstellen, Befördern oder Verteilen von Grundstoffen (= Vorläuferstoffen bzw. nunmehr Drogenausgangsstoffen) in der Kenntnis, dass sie der illegalen Erzeugung oder der illegalen Herstellung von Drogen – auch unterhalb der großen Menge – dienen, unter gerichtliche Strafe zu stellen und mit Freiheitsstrafe im Höchstmaß von mindestens einem Jahr bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe zu bedrohen.

Darüber hinaus hat das BM.I im Rahmen des Begutachtungsverfahrens darauf hingewiesen, dass die in § 32 geforderte innere Tatseite der **Wissentlichkeit** in der Praxis – insbesondere bei festgestellten internationalen Verflechtungen (organisierte Kriminalität) – in den meisten Fällen nicht nachweisbar ist. Das Wissen des in Österreich agierenden Erzeugers bzw. Verkäufers von Chemikalien darüber, dass diese zB in Afghanistan für die Heroinherstellung verwendet werden, sei in der Regel kaum zu beweisen. Da solche „Geschäftsleute“ jedoch mitverantwortlich dafür seien, dass Suchtgifterzeugung überhaupt möglich ist, solle die Vorsatzform der „Wissentlichkeit“ entfallen.

Tatsächlich sind die Vorsatzanforderungen des § 32 dermaßen hoch, dass praktische Beweisprobleme vorgezeichnet sind und diese Bestimmung in der Praxis quasi Bedeutungslosigkeit erlangt hat (s. dazu *Hinterhofer* in *Hinterhofer/Rosbaud*, SMG § 32 RN 18). Auf die Vorsatzform der Wissentlichkeit soll daher in § 32 generell verzichtet und diese durch **einfachen Vorsatz** (§ 5 Abs. 1 StGB) ersetzt werden.

2. Aus den angeführten Gründen wird in **Abs. 1** eine **neue Strafbestimmung** für das Erzeugen (umfasst das im RB genannte Herstellen), Befördern oder Überlassen (entspricht dem im RB genannten Verteilen; vgl. auch die Ausführungen zum vorgeschlagenen § 27 Abs. 1 Z 1) von Drogenausgangsstoffen vorgeschlagen, für deren Verwirklichung nun schon der (bedingte) Vorsatz ausreichen soll, dass der Drogenausgangsstoff bei der illegalen Erzeugung von Suchtmitteln verwendet werde. Die Strafdrohung soll mit der vom RB vorgegebenen Mindesthöchststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe festgesetzt werden.

2. **Abs. 2** entspricht dem geltenden § 32 Abs. 1. Hier soll neben einer Anpassung an die Terminologie der vorstehenden Bestimmungen („die Grenzmenge übersteigende Menge“) wie in Abs. 1 eine Änderung der Vorsatzform vorgenommen werden.

3. **Abs. 3** entspricht dem geltenden § 32 Abs. 2 samt Änderung der Vorsatzform, terminologischen Anpassungen an die vorstehenden Bestimmungen und Ergänzung um die zusätzlich in die gerichtliche Strafbarkeit aufgenommene Tathandlung des Anbietens.

Zu Art. I Z 49 (§ 33)

In § 33 sollen die Verweise an die neuen Paragraphenbezeichnungen angepasst werden. Darüber hinaus soll eine Anpassung an die neue Terminologie in § 35 erfolgen (in Anlehnung an § 198 Abs. 1 StPO statt „vorläufige Zurücklegung der Anzeige“ nunmehr „vorläufiger Rücktritt von der Verfolgung“). Näheres dazu siehe bei den Erläuterungen zu § 35.

Zu Art. I Z 50 bis 54 (§§ 35 bis 38)

A. Allgemeines

1. Entwicklung des Prinzips „Therapie statt Strafe“

Das Prinzip „Therapie statt Strafe“ und damit die Bereitstellung von Alternativen zur Bestrafung drogenkonsumierender Rechtsbrecher stellt bereits seit mehreren Jahrzehnten einen Grundpfeiler der österreichischen Drogenpolitik dar. Die Möglichkeit, Suchtgiftkonsumenten, die sich einer notwendigen ärztlichen Behandlung oder Überwachung unterziehen, straflos zu lassen, wurde erstmals mit der SGG-Novelle 1971 (BGBl. 271) eingeführt (damals § 9a SGG). Mit der SGG-Novelle 1980 (BGBl. 319) wurde diese Bestimmung (als § 17 SGG) grundlegend geändert. Durch diese Novelle wurde die zentrale Suchtgiftüberwachungsstelle im (damals) Bundesministerium für Gesundheit und Umweltschutz aktiviert, der Bezirksverwaltungsbehörde als Gesundheitsbehörde erster Instanz wurden wichtige Aufgaben bei der Erkennung und Behandlung von Suchtgiftmissbrauch zugewiesen, Schulen und Militärbehörden wurden in den Kampf gegen den Suchtgiftmissbrauch eingebunden und die Mitwirkung der sogenannten anerkannten Einrichtungen und Vereinigungen wurde erstmals geregelt. Die vorläufige Verfahrenseinstellung bei Suchtgiftdelikten geringerer Schwere wurde seither mit großem Erfolg angewendet.

Im Rahmen der SGG-Novelle 1985 (BGBl. 184) wurde der Grundsatz, dass zwar die schwere Suchtgiftdelinquenz angemessen streng zu bekämpfen sei, andererseits aber viele kleine Suchtgifttäter eher durch Hilfe als durch strenge Bestrafung zum eigenen Nutzen und dem der Allgemeinheit resozialisiert werden sollen, neuerlich bekräftigt, indem die Alternativen zur Bestrafung um den Aufschub des Strafvollzuges zwecks Entwöhnungsbehandlung mit nachträglicher Strafmilderung erweitert wurden.

Das am 1.1.1998 in Kraft getretene SMG übernahm diese Grundsätze und erweiterte die für eine Diversion in Frage kommenden Tatbestände, indem eine Sonderregelung für Cannabis-Produkte geschaffen (§ 35 Abs. 4), ein breiteres Spektrum an gesundheitsbezogenen Maßnahmen vorgesehen und der Anwendungsbereich des Aufschubs des Strafvollzuges auf bestimmte Delikte der Beschaffungskriminalität ausgedehnt wurde (§ 39 Abs. 2).

Die Einführung des Prinzips „Therapie statt Strafe“ liegt daher lange zurück und stellte anfangs lediglich einen Versuch dar, die im Gesetz normierten Strafbestimmungen, die es oftmals nicht ermöglichten, den verschiedenen Formen der Suchtgiftkriminalität sachgerecht zu begegnen, durch die Einführung von Therapiemöglichkeiten und alternativen Erledigungsformen zu flankieren.

2. Anwendung der Diversion nach dem SMG

Die Zahl der vorläufigen (probeweisen) Anzeigzurücklegungen und Verfahrenseinstellungen ist in den letzten Jahrzehnten kontinuierlich angestiegen. So stieg die Anzahl diversioneller Erledigungen von rund 1.200 im Jahr 1981 und rund 5.000 Mitte der 90er-Jahre ab dem Jahr 2000 auf über 8.000 (2000: 8.098, 2001: 12.088, 2002: 8.950, 2003: 9.023, 2004: 9.666 Fälle).

Im Jahr **2005** war mit **11.660** vorläufigen **Anzeigzurücklegungen** und vorläufigen **Verfahrenseinstellungen** (davon erfolgten 10.668 Fälle nach § 35 und 992 Fälle nach § 37) gegenüber 2004 ein deutlicher Anstieg zu verzeichnen. Von den 10.668 Anzeigzurücklegungen nach § 35 sind 2.697 als Zurücklegungen gemäß § 35 Abs. 4 ausgewiesen.

Der Anstieg hängt vor allem mit der seit Beginn des letzten Jahrzehnts kontinuierlich steigenden Zahl von Anzeigen im Suchtmittelbereich zusammen. Wurden im Jahr 1995 noch knapp über 13.000 Anzeigen verzeichnet, waren es im Jahr 2004 bereits über 25.000 (genau 25.215). Im Jahr **2005** wurden **25.089 Personen** wegen Straftaten nach dem SMG **angezeigt** (Quellen: BMI und BMJ – Sicherheitsbericht 2005; ÖBIG – Bericht zur Drogensituation 2004, 74 ff).

3. Voraussetzungen der Diversion nach StPO und SMG im Vergleich

3.1. Die Strafprozessnovelle 1999, BGBl. I Nr. 55/1999, hat in die **Strafprozessordnung (StPO)** umfassende Bestimmungen über Diversion eingefügt (**IXa. Hauptstück, §§ 90a ff StPO**), die am 1.1.2000 in Kraft getreten sind (11. Hauptstück, §§ 198 ff StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004).

Die Diversion nach der StPO sieht ein umfassendes und vielfältiges System von Leistungen vor, mit denen der Verdächtige ein förmliches Strafverfahren samt Urteil und Strafe vermeiden kann (Zahlung eines Geldbetrages, Erbringung gemeinnütziger Leistungen, Bestimmung einer Probezeit, allenfalls in Verbindung mit Bewährungshilfe und der Erfüllung von Pflichten, außergerichtlicher Tatausgleich). Für diversionelles Vorgehen nach den §§ 90a ff StPO (§§ 198 ff StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004) darf die jeweilige strafbare Handlung nicht in die Zuständigkeit des Schöffens- oder Geschworenengerichts fallen, die Schuld des Verdächtigen nicht als schwer anzusehen sein und die Tat nicht den Tod eines Menschen zur Folge gehabt haben. Eine Bestrafung darf im Übrigen nicht geboten erscheinen, um den Verdächtigen oder andere von strafbaren Handlungen abzuhalten (§ 90a Abs. 1 und 2 StPO bzw. § 198 Abs. 1 und 2 StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004).

Im Verhältnis zu den „neuen“ Diversionsbestimmungen gibt es in diversen strafrechtlichen Nebengesetzen (zB §§ 6, 7 JGG, § 3 MilStG, § 118 StVG, § 9 ARHG, §§ 35 ff SMG) Regeln über eine diversionelle Behandlung von Straftaten, die älter, weniger umfassend und – von wenigen Ausnahmen abgesehen – weniger fortschrittlich sind.

3.2. Anders als die §§ 90a ff StPO (§§ 198 ff StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004) repräsentieren die **§§ 35 bis 38 SMG** eine frühe Phase der Diversion in Österreich, die – wie oben (3.1.) ausgeführt – ihre wesentliche Gestalt schon in den Siebziger- und frühen Achtzigerjahren erhielt und als versuchsweise Einführung alternativer Erledigungsformen in einem strafrechtlichen Nebengesetz angesehen werden kann.

Das SMG sieht an diversionellen Maßnahmen die Probezeit in Verbindung mit gesundheitsbezogenen Maßnahmen (§ 11 Abs. 2) sowie Bewährungshilfe vor und bietet daher – wegen ihrer Fokussierung auf suchtmittelmissbrauchende Beschuldigte – wesentlich engere Möglichkeiten einer diversionellen Vorgehensweise als die StPO.

Der geltende § 35 unterscheidet zwei Varianten der Diversion (die sinngemäß auch vom Strafgericht anzuwenden sind, § 37). So **muss** die Staatsanwaltschaft nach dem geltenden § 35 Abs. 1 die Anzeige für eine Probezeit von zwei Jahren vorläufig zurücklegen, wenn eine geringe Menge Drogen zum Eigengebrauch erworben oder besessen wurde (geltender § 27 Abs. 1 SMG). Nach dem geltenden § 35 Abs. 2 **kann** die Staatsanwaltschaft die Anzeige aber auch zurücklegen, wenn es sich um sonst eine nach den geltenden §§ 27 oder 30 strafbare Handlung oder um eine in die Bezirks- oder Einzelrichterzuständigkeit fallende strafbare Handlung zur Beschaffung von Suchtmitteln handelt. Bei

Vorliegen dieser Voraussetzungen wird die Staatsanwaltschaft jedoch wohl dennoch zur Zurücklegung der Anzeige verpflichtet sein (bedingtes Müssen). Taten nach dem geltenden § 28 Abs. 1 (Besitz und Erwerb einer großen Menge mit dem Vorsatz, diese in Verkehr zu setzen) sind hingegen nicht von der Diversion nach dem SMG erfasst, obwohl auch dafür der Einzelrichter zuständig ist. Auch die sogenannte „Folgekriminalität“ (zB Körperverletzung unter Drogeneinfluss) fällt nicht in den Anwendungsbereich des § 35, selbst wenn darüber der Einzel- oder Bezirksrichter zu urteilen hätte.

Im Fall des § 35 Abs. 1 sind Schuld- und Präventionsgesichtspunkte – im Gegensatz zur StPO – keine Ausschlussgründe für ein diversionelles Vorgehen. Nach § 35 Abs. 2 ist eine Diversion nur unter strengeren Kriterien vertretbar, nämlich unter der Voraussetzung, dass die Schuld des Beschuldigten nicht als schwer anzusehen ist und eine Zurücklegung der Anzeige nicht weniger geeignet erscheint, ihn von weiteren Taten abzuhalten, als eine Verurteilung. Allfällige generalpräventive Bedenken schließen ein diversionelles Vorgehen nach dem SMG hingegen nicht aus.

3.3. Demnach unterliegt eine Diversion nach den §§ 35 ff teilweise weniger strengen Kriterien als eine solche nach den §§ 90a ff StPO (§§ 198 ff StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004) und kann daher für den Beschuldigten günstiger sein als jene nach dem IXa. Hauptstück (11. Hauptstück idF BGBl. I Nr. 19/2004) der StPO. Dem steht gegenüber, dass die StPO den Kreis der an sich diversionsfähigen Suchtmitteldelikte weiter zieht als das SMG. Der Gesetzgeber wollte bei der Diversion nach der StPO grundsätzlich kein dafür geeignetes Delikt von vornherein ausschließen. Die Diversionsmöglichkeiten nach § 35 bzw. § 37 sind hingegen speziell auf den Einsatz bei Suchtgiftkriminalität zugeschnitten. Dennoch wird eine fallspezifisch gebotene Anwendung der im IXa. Hauptstück der StPO vorgesehenen Maßnahmen nicht ausgeschlossen. Das erst später in Kraft getretene Diversionssystem der §§ 90a ff StPO hat daher keinen Vorrang vor jenem des SMG. Das heißt, es können beide Regelungen zur Anwendung kommen, wobei sie jeweils getrennt auf ihre Anwendbarkeit im konkreten Fall zu prüfen sind. Bei gleichermaßen erfüllten Anwendungsvoraussetzungen ist die für den Beschuldigten günstigste (im Sinne von am wenigsten belastende) Maßnahme zu wählen (vgl. *Kirchbacher/Schroll*, RZ 2005, 171).

An diesem Verhältnis zwischen den Diversionsbestimmungen nach dem IXa. Hauptstück (11. Hauptstück idF BGBl. I Nr. 19/2004) der StPO und jenen nach dem SMG soll sich auch durch den Entwurf nichts ändern.

3.4. Im Übrigen soll durch die hier vorgeschlagenen Änderungen prozessualer Bestimmungen auch eine Anpassung an die am 1.1.2008 in Kraft tretenden Bestimmungen über das neue Vorverfahren in der StPO (Strafprozessreformgesetz – StPRG, BGBl. I Nr. 19/2004) erfolgen.

4. Die vorgeschlagenen Änderungen im Überblick

4.1. Die im Entwurf vorgeschlagenen Änderungen sollen nicht zuletzt auch einen gewissen Ausgleich für die durch den RB bedingte Erhöhung der Strafdrohungen und die Aufnahme neuer (Qualifikations-) Tatbestände darstellen. Dadurch soll abermals dem Ziel der österreichischen Drogenpolitik, einen Ausgleich zwischen kriminalpolitischen, gesundheitspolitischen und sozialpolitischen Maßnahmen zur Bekämpfung der Drogensucht und der Suchtmittelkriminalität zu schaffen, Rechnung getragen werden, indem neben umfassenden Tatbildumschreibungen und entsprechenden Strafdrohungen auch ein erweitertes Spektrum an (alternativen) Erledigungsmöglichkeiten für drogenabhängige Straftäter und Drogenkonsumenten geboten wird.

4.2. Der Entwurf schlägt daher einerseits eine Erweiterung des Anwendungsbereiches der Diversion nach dem SMG und andererseits eine – teils nur begriffliche, teils auch inhaltliche – Angleichung der Diversionsbestimmungen des SMG an die umfassenderen und moderneren Diversionsbestimmungen der StPO vor. In Anlehnung an § 90a StPO (§ 198 StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004) soll die Terminologie von derzeit „Zurücklegung der Anzeige“ auf „Rücktritt von der Verfolgung“ und von „Angezeigter“ auf „Beschuldigter“ umgestellt werden.

Zunächst soll **Absatz 1** des § 35 auf sämtliche Tathandlungen der §§ 27 Abs. 1 und 2 sowie 30 erweitert werden, wenn diese **ausschließlich für den eigenen persönlichen Gebrauch** oder den **persönlichen Gebrauch eines anderen** begangen worden sind, ohne dass der Beschuldigte daraus einen Vorteil gezogen hat. Auf die Bestimmungen des § 27 Abs. 3 und 4 (Gewerbsmäßigkeit, Überlassung an Minderjährige, kriminelle Vereinigung) soll § 35 Abs. 1 daher ausdrücklich nicht anwendbar sein.

Die Angleichung an die Diversionsbestimmungen der StPO soll zunächst darin bestehen, dass einerseits die Kann-Bestimmung des geltenden § 35 Abs. 2 in eine Muss-Bestimmung umgewandelt und andererseits der Anwendungsbereich für diversionelles Vorgehen nach dem SMG auf alle in den §§ 27 bis 31a bezeichneten Tathandlungen, die nicht in die Zuständigkeit des Schöffens- oder des Geschworenengerichts fallen, erweitert wird. Eine Erweiterung des Anwendungsbereiches folgt auch daraus, dass die bestehende Ausnahme vom allgemeinen Kriterium der Zuständigkeitsabgrenzung

zwischen Schöffengericht und Einzelrichter (Strafdrohung von mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe, § 13 Abs. 2 Z 1 StPO bzw. § 31 Abs. 3 Z 1 StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004) beseitigt werden soll (Entfall der Z 7 in § 13 Abs. 2 StPO bzw. § 31 Abs. 3 StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004).

Überdies soll die Anwendbarkeit der §§ 35 ff durch Übernahme spezifischer diversioneller Verfahrensbestimmungen der StPO in das SMG vereinfacht werden (Mitteilungspflicht im Sinne des § 90f Abs. 3 StPO bzw. § 203 Abs. 3 Satz 1 StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004; Beginn des Laufs der Probezeit mit der Zustellung der Verständigung über den Rücktritt wie in § 90f Abs. 1 Satz 2 StPO bzw. § 203 Abs. 1 Satz 2 StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004; Verweis auf die §§ 208 Abs. 3 bis 209 StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004).

4.3. Schließlich sollen auch die §§ 36 bis 38 an die in § 35 vorgeschlagenen sowie sich durch das StPRG (BGBl. I Nr. 19/2004) ergebenden Änderungen angepasst werden.

B. Zu § 35

1. Zu Abs. 1

1.1. Nach Art. 2 Abs. 2 RB fallen die Tathandlungen nach Art. 2 Abs. 1 RB (diese entsprechen § 27 Abs. 1 Z 1 und 2 idF des Entwurfs) nicht in den Anwendungsbereich des RB, wenn „die Täter“ sie „ausschließlich für ihren persönlichen Konsum“ im Sinne des nationalen Rechts begangen haben. Aus der Verwendung des Plurals („die Täter“) lässt sich ableiten, dass damit offenbar nicht nur der konsumierende Täter selbst, sondern auch mehrere Gleichgesinnte in diese Ausnahme vom RB miteinbezogen werden sollten.

Nicht zuletzt im Sinne einer Konvergenz der Rechtsordnungen in den Mitgliedstaaten der EU soll von dieser Ermächtigung des Unionsrechtes Gebrauch gemacht werden. Es wird vorgeschlagen, Abs. 1, der derzeit eine obligatorische Anzeigenzurücklegung nur für den Erwerb und Besitz einer geringen Menge Suchtmittel zum eigenen Gebrauch vorsieht, auf sämtliche Tathandlungen der §§ 27 Abs. 1 und 2 sowie 30 idF des Entwurfs zu erweitern, wenn diese **ausschließlich für den eigenen persönlichen Gebrauch** oder **für den persönlichen Gebrauch eines anderen begangen** worden sind, ohne dass der Beschuldigte daraus einen Vorteil gezogen hat. Wird die Tat jedoch nur zum **vorwiegend** eigenen Gebrauch oder **vorwiegend** eigenen Gebrauch eines anderen begangen, kann der obligatorische Rücktritt von der Verfolgung – anders als bisher – nicht mehr erfolgen. Durch die vorgeschlagenen Änderungen käme es somit zwar einerseits zu einer Erweiterung der erfassten Tathandlungen, andererseits jedoch auch zu einer Einschränkung des Anwendungsbereiches durch die Voraussetzung des „ausschließlich“ persönlichen Gebrauchs.

Neben dem Erwerben und Besitzen soll demnach nun auch das Erzeugen, Befördern, Einführen und Ausführen von Suchtmitteln sowie Anbauen der in § 27 Abs. 1 Z 2 und 3 genannten Pflanzen und Pilze zum ausschließlich persönlichen Gebrauch sowie das uneigennütziges Anbieten, Überlassen oder Verschaffen von Suchtmitteln sowie Anbauen der genannten Pflanzen und Pilze zum ausschließlich persönlichen Gebrauch eines anderen (oder auch mehrerer anderer) unter Abs. 1 fallen. Gemeint sein soll damit (primär) ein die Privatsphäre (Familienangehörige, Freunde etc.) betreffendes Anbieten, Überlassen bzw. Verschaffen von Suchtmitteln, wobei dies zum ausschließlich persönlichen Gebrauch des bzw. der Annehmenden geschehen muss. Eine neuerliche Weitergabe des Suchtgifts durch die annehmende Person soll vom diversionellen Anwendungsbereich (Abs. 1) nicht umfasst sein. Aus der Gesamtsituation und den Umständen muss sich daher sowohl für den Weitergebenden als auch für den Annehmenden klar ergeben, dass der Täter durch die Übergabe des Suchtgifts nur dem Übernehmenden den Konsum ermöglichen will. Auf die Bestimmungen des § 27 Abs. 3 und 4 (Gewerbsmäßigkeit, Überlassung an Minderjährige, kriminelle Vereinigung) soll § 35 Abs. 1 hingegen nicht anwendbar sein.

Das Vorliegen dieser Voraussetzungen zieht – in Kombination mit den Voraussetzungen nach § 35 Abs. 3 bis 7 – ein obligatorisches diversionelles Vorgehen nach sich. Dies soll dem vorrangigen Ziel der österreichischen Drogenpolitik dienen, einen **Ausgleich zwischen kriminalpolitischen, gesundheitspolitischen und sozialpolitischen Maßnahmen zur Bekämpfung der Drogensucht und der Suchtmittelkriminalität** zu schaffen; es soll der Grundsatz verstärkt werden, dass vor allem gegen den organisierten Drogenhandel, nicht jedoch gegen die Konsumenten und „Selbstversorger“ von Suchtmitteln mit strafrechtlichen Sanktionen vorzugehen ist.

1.2. Zur Klarstellung soll in Abs. 1 darüber hinaus nicht mehr nur auf die „nachstehenden“ Voraussetzungen und Bedingungen sondern auf die „in den Abs. 3 bis 7 genannten“ Voraussetzungen und Bedingungen verwiesen werden.

1.3. In Anlehnung an § 90f Abs. 1 StPO (§ 203 Abs. 1 StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004) soll überdies die Dauer der Probezeit mit einem Jahr bis zu zwei Jahren klargestellt werden.

2. Zu Abs. 2

2.1. Der Entwurf schlägt entsprechend den Diversionsbestimmungen der StPO vor, nunmehr auch Abs. 2 im Sinne eines obligatorischen vorläufigen Rücktritts von der Verfolgung auszugestalten, wenn die dort genannten Voraussetzungen vorliegen. Der Anwendungsbereich der Diversion nach dem SMG soll demnach auf sämtliche in den §§ 27 bis 31a genannten Tathandlungen ausgedehnt werden, wenn die jeweilige Tathandlung nicht in die Zuständigkeit des Schöffengerichts oder des Geschworenengerichts fällt. Bei Vorliegen einer Tathandlung nach den §§ 28 oder 28a soll ein diversionelles Vorgehen jedoch nur dann möglich sein, wenn der Beschuldigte an Suchtmittel gewöhnt ist.

Den im Begutachtungsverfahren hinsichtlich des Entfalls der Kann-Bestimmung aufgezeigten Bedenken kann entgegengehalten werden, dass als zusätzliche Voraussetzungen – wie schon bisher – die Schuld des Verdächtigen nicht als schwer angesehen werden darf und der Rücktritt von der Verfolgung nicht weniger als eine Verurteilung geeignet erscheinen muss, den Verdächtigen von der Begehung solcher Straftaten abzuhalten. Dadurch wird der Staatsanwaltschaft ein ausreichender Gestaltungsspielraum zur Verfügung gestellt. Weiters soll damit auch eine Übereinstimmung mit dem Anwendungsbereich der Diversion nach § 90a Abs. 2 Z 1 StPO (§ 198 StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004) hergestellt werden.

Die Ausgestaltung des § 35 Abs. 2 als von der Anklagebehörde obligatorisch anzuwendende Diversionsbestimmung führt überdies zu einer leichteren Anfechtbarkeit einer fehlenden Umsetzung des § 37 durch die Gerichte (vgl. demgegenüber das eingeschränkte Prüfungsspektrum nach § 281 Abs. 1 Z 10a StPO bzw. § 345 Abs. 1 Z 12a StPO in Bezug auf die derzeitige Ausgestaltung des § 35 Abs. 2 als „pflichtgemäßes Ermessen“ der Staatsanwaltschaft; siehe dazu 14 Os 109/06w).

Die derzeit geltende Kann-Bestimmung des Abs. 2 stellte im Übrigen auch bisher schon ein „bedingtes Müssen“ dar und räumte der Staatsanwaltschaft ein sog. „pflichtgemäßes Ermessen“ ein. Die Ermessensbefugnis der Staatsanwaltschaft besteht in der Wahlmöglichkeit zwischen einem Rücktritt von der Verfolgung und der Einbringung des Strafantrages. Bei dieser Entscheidung hat die Staatsanwaltschaft ihr Ermessen „im Sinne des Gesetzes“ (Art. 130 B-VG) auszuüben. Als Kriterien der Ermessensausübung legt das SMG im geltenden § 35 Abs. 2 fest, dass die Schuld des Verdächtigen nicht schwer und keine spezialpräventive Notwendigkeit einer Verurteilung gegeben sein darf. Liegen diese Voraussetzungen vor, **muss** die Staatsanwaltschaft diversionell vorgehen; sie ist also zum Rücktritt von der Verfolgung schon jetzt verpflichtet (vgl. *Rosbaud in Hinterhofer/Rosbaud*, SMG § 35 RN 25).

2.2. Zur Klarstellung soll auch in Abs. 2 auf die „in den Abs. 3 bis 7 genannten“ Voraussetzungen und Bedingungen verwiesen und die Dauer der Probezeit mit einem Jahr bis zu zwei Jahren festgesetzt werden.

2.3. Ein neuerlicher Rücktritt von der Verfolgung nach Abs. 1 soll – wie auch schon bisher – nicht in Betracht kommen, wenn der Beschuldigte wegen einer während der Probezeit nach Abs. 1 begangenen weiteren Straftat im Sinne des Abs. 1 verfolgt wird (Abs. 2 letzter Satz).

3. Zu Abs. 3

In Abs. 3 sollen lediglich terminologische Anpassungen im Sinne des StPRG (§§ 198 ff und 48 Abs. 1 Z 1 StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004) vorgenommen werden (statt „Zurücklegung der Anzeige“ nunmehr „Rücktritt von der Verfolgung“, statt „Angezeigter“ nunmehr „Beschuldigter“).

4. Zu Abs. 4

Derzeit kann nach Abs. 4 von der Einholung einer Stellungnahme der Bezirksverwaltungsbehörde nur abgesehen werden, wenn eine Person ausschließlich deshalb angezeigt wird, weil sie Stoffe oder Zubereitungen aus der Cannabispflanze in geringer Menge zum eigenen Gebrauch erworben oder besessen hat.

Auf Grund der vorgeschlagenen Aufnahme des Anbaus diverser Pflanzen und Pilze in die gerichtlichen Straftatbestände des SMG wird vorgeschlagen, den Anwendungsbereich des Abs. 4 zu erweitern. In Zukunft soll daher die Einholung einer Stellungnahme auch dann unterbleiben können, wenn der Beschuldigte ausschließlich deshalb verfolgt wird, weil er Stoffe oder Zubereitungen aus der Cannabispflanze, die in § 27 Abs. 1 Z 3 genannten Pilze oder einen psychotropen Stoff zum ausschließlich persönlichen Gebrauch erworben, besessen, erzeugt, befördert, eingeführt, ausgeführt oder einem anderen ausschließlich für dessen persönlichen Gebrauch angeboten, überlassen oder verschafft hat, ohne daraus einen Vorteil zu ziehen, oder die in § 27 Abs. 1 Z 2 und 3 genannten Pflanzen oder Pilze zum Zweck der Gewinnung oder des Missbrauchs von Suchtgiften ausschließlich für den persönlichen Gebrauch (auch eines anderen) angebaut hat.

Weiters soll die Einschränkung auf Stoffe und Zubereitungen etc. „in geringer Menge“ entfallen, weil diese Mengenbezeichnung auch im vorgeschlagenen Abs. 1 nicht mehr vorkommt, Abs. 4 ohnehin nur als Kann-Bestimmung ausgestaltet ist und es sich dabei lediglich um eine Ermessenentscheidung im Hinblick auf die Einholung einer Stellungnahme handelt.

Auch hier würde zwar einerseits der Gestaltungsspielraum der Staatsanwaltschaft dahingehend, auf die Einholung einer Stellungnahme der Bezirksverwaltungsbehörde zu verzichten, erweitert, andererseits soll jedoch insofern eine Einschränkung vorgenommen werden, als die jeweilige Tathandlung zum „ausschließlich“ persönlichen und nicht mehr nur vorwiegend eigenen Gebrauch begangen werden muss.

Im Hinblick auf die terminologischen Anpassungen an das StPRG in Abs. 1 (statt „Zurücklegung der Anzeige“ nun „Rücktritt von der Verfolgung“ etc.) soll auf das Wort „Anzeige“ auch in Abs. 4 verzichtet und statt dessen die Wendung „Strafverfahren“ bzw. „Ermittlungsverfahren geführt“ verwendet werden.

5. Zu Abs. 5

In der Bestimmung des Abs. 5, nach der die Bezirksverwaltungsbehörde vor Abgabe ihrer Stellungnahme nach Abs. 3 Z 2 die Begutachtung des Beschuldigten durch einen mit Fragen des Suchtgiftmissbrauchs hinreichend vertrauten Arzt zu veranlassen hat, soll das Wort „Suchtgiftmissbrauchs“ durch den Begriff „Suchtmittelmisbrauchs“ ersetzt und damit ein Redaktionsversehen bereinigt werden.

6. Zu Abs. 6

Der Entwurf schlägt vor, Abs. 6 um einen zweiten, an § 90f Abs. 2 StPO (§ 203 Abs. 2 StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004) angelehnten Satz zu ergänzen. Demnach soll die Staatsanwaltschaft, wenn eine gesundheitsbezogene Maßnahme trotz der Bereitschaft des Beschuldigten, eine solche zu absolvieren, nicht zweckmäßig, nach den Umständen nicht möglich oder nicht zumutbar oder offenbar aussichtslos ist, den vorläufigen Rücktritt davon abhängig machen können, dass sich der Beschuldigte bereit erklärt, während der Probezeit bestimmte Pflichten zu erfüllen, die als Weisungen (§ 51 StGB) erteilt werden können, sofern dies möglich oder zweckmäßig ist.

Dadurch sollen in der Praxis immer wieder auftretende Probleme bei zwar notwendigen, aber zB auf Grund des zu weiten Anreiseweges zur therapeutischen Einrichtung unzumutbaren oder von vornherein offenbar aussichtslosen gesundheitsbezogenen Maßnahmen verhindert werden. Als mögliche Pflichten kommen zB die Meidung eines bestimmten Umgangs, das Erlernen oder Ausüben eines entsprechenden Berufes oder auch das Absolvieren einer medizinischen Behandlung etc. in Betracht. Wie bei § 203 Abs. 2 StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004 können nur solche Pflichten in Erwägung gezogen werden, die als Weisungen nach § 51 StGB vom erkennenden Gericht in einem Strafurteil oder nachträglich während einer Probezeit erteilt werden könnten. Bei § 203 StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004 werden zwar keine Weisungen erteilt, aber der Beschuldigte nimmt freiwillig Pflichten auf sich, die Inhalt einer Weisung sein könnten. Aus dem Hinweis auf § 51 StGB ist zu schließen, dass die zu übernehmenden Pflichten spezialpräventiv geeignet sein müssen und keinen unzumutbaren Eingriff in die Persönlichkeitsrechte oder Lebensführung des Beschuldigten darstellen dürfen (vgl. *Fabrizy*, StPO⁹ § 90f Rz 5).

7. Zu Abs. 7 und 8

Abs. 7 soll, wie auch Abs. 8, an die Terminologie der §§ 198 ff StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004 („vorläufiger Rücktritt von der Verfolgung“, „Beschuldigter“) angepasst werden. Darüber hinaus wird vorgeschlagen, in Abs. 8 eine Mitteilungspflicht im Sinne des § 203 Abs. 3 StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004, eine Bestimmung über die Zustellung zu eigenen Händen, zum Beginn des Laufs der Probezeit mit der Zustellung der Verständigung (§ 203 Abs. 1 StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004) und einen Verweis auf die §§ 208 Abs. 3 sowie 209 StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004 (gemeinsame Bestimmungen) aufzunehmen.

Zur Klarstellung soll weiters darauf hingewiesen werden, dass eine Information über die Verfahrenserledigung nach § 35 gegenüber der Bezirksverwaltungsbehörde als Gesundheitsbehörde gemäß Abs. 8 immer (nur) dann zu erfolgen hat, wenn diese eine Strafanzeige nach § 14 Abs. 2 oder eine Stellungnahme iSd § 35 Abs. 3 erstattet hat.

C. Zu den §§ 36 und 37

Wie die übrigen Bestimmungen dieses Abschnitts, soll auch § 36 eine eigene Überschrift erhalten: „Überwachung der gesundheitsbezogenen Maßnahme und Durchführung der Bewährungshilfe“.

Auch die §§ 36 und 37 sollen an die Terminologie der vorstehenden Bestimmungen („vorläufiger Rücktritt von der Verfolgung“, „Beschuldigter“) angepasst werden.

Weiters soll § 37 an die Bestimmung des § 199 StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004 angepasst werden.

Darüber hinaus soll der zweite Satz des § 37 entfallen, weil eine diversionelle Entscheidung schon auf Grund des in diesem Bereich essentiellen Freiwilligkeitsprinzips keine „Weisungen“ kennt und auch schon § 35 Abs. 6 zweiter Satz des Entwurfs – wie auch § 203 Abs. 2 StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004 – von den vom Beschuldigten freiwillig übernommenen Pflichten, die als Weisung (§ 51 StGB) erteilt werden könnten, spricht. Überdies verweist schon der erste Satz des § 37 auf die sinngemäße Anwendung

des gesamten § 35, sodass die Wiederholung der (Staatsanwaltschaft wie Gericht gleichermaßen offen stehenden) Diversionsvariante einer vorausgesetzten freiwilligen Pflichtenübernahme durch den Beschuldigten überflüssig erscheint.

D. Zu § 38

1. Derzeit ist ein vorläufig eingestelltes Strafverfahren unter bestimmten Voraussetzungen nach § 38 nachträglich einzuleiten oder fortzusetzen. Da nach dem StPRG (§§ 205 iVm 1 Abs. 2 StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004) ein Strafverfahren jedoch bereits mit jeder auf den Zweck des Verfahrens ausgerichteten Ermittlung, sohin mit jeder Tätigkeit einer Strafverfolgungsbehörde oder eines ihrer Organe beginnt, die auf die Gewinnung und Verwendung von Informationen oder Beweisen zur Aufklärung des Verdachts einer Straftat abzielt, kann ein Strafverfahren ab 1.1.2008 nach einem vorläufigen Rücktritt von der Verfolgung bzw. nach einer vorläufigen Einstellung begrifflich nur mehr „fortgesetzt“ und nicht mehr „eingeleitet“ werden.

§ 38 soll daher samt Überschrift an die ab 1.1.2008 geltende Rechtslage bzw. die Terminologie des StPRG angepasst werden.

2. Nach Abs. 1 Z 2 ist ein Strafverfahren derzeit nur dann fortzusetzen, wenn sich der „Verdächtige“ (nunmehr „Beschuldigte“) beharrlich der gesundheitsbezogenen Maßnahme oder dem Einfluss des Bewährungshelfers entzieht.

Auf Grund der nun in § 35 Abs. 6 vorgeschlagenen Möglichkeit der Erfüllung von Pflichten bei nicht zweckmäßigen, nach den Umständen nicht möglichen oder nicht zumutbaren oder offenbar aussichtslosen gesundheitsbezogenen Maßnahmen soll das Strafverfahren in Hinkunft auch dann fortzusetzen sein, wenn der Beschuldigte übernommene Pflichten nach § 35 Abs. 6 zweiter Satz nicht erfüllt. Zur Klarstellung soll betreffend gesundheitsbezogene Maßnahmen auf § 35 Abs. 6 erster Satz, betreffend übernommene Pflichten auf § 35 Abs. 6 zweiter Satz und betreffend den Bewährungshelfer auf § 35 Abs. 7 verwiesen werden.

3. Auch Abs. 2 soll an die Terminologie des § 205 StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004 angepasst werden.

4. Der geltende Abs. 3 sieht lediglich die endgültige Einstellung des Verfahrens durch das Gericht mit Beschluss vor, obwohl sich § 38 auch auf staatsanwaltschaftliches Vorgehen bezieht.

Abs. 3 soll daher um die Möglichkeit des endgültigen Verfolgungsrücktritts durch die Staatsanwaltschaft ergänzt werden; er entspricht im Wesentlichen § 203 Abs. 4 StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004.

Zu Art. I Z 55 (§ 39)

1. Allgemeines

1.1. § 39 ergänzt die Diversionsbestimmungen der §§ 35 bis 38. Die Bestimmung selbst stellt zwar keine diversionelle Regelung dar, weil nur der Vollzug einer unbedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe wegen eines Suchtmitteldelikts oder eines Beschaffungsdelikts vermieden, eine Verurteilung aber nicht abgewendet wird; sie ist aber eine (weitere) Alternative zur Bestrafung. Sie unterscheidet sich vom geltenden § 35 dadurch, dass sie einerseits (auch) auf mittelschwere Suchtmitteldelikte, andererseits nur auf Personen anwendbar ist, die an Suchtmittel gewöhnt sind. Durch die Absolvierung einer gesundheitsbezogenen Maßnahme und eine erfolgreiche Therapie kann der Verurteilte seine Resozialisierungsbereitschaft und -fähigkeit demonstrieren. Dies wird dadurch honoriert, dass die ursprünglich unbedingt verhängte Freiheitsstrafe nach § 40 **nachträglich in eine bedingte Freiheitsstrafe umgewandelt werden kann** (vgl. *Rosbaud in Hinterhofer/Rosbaud, SMG § 39 RN 2*).

Zum Aufschub des Strafvollzuges nach § 39 liegen nur sehr wenige zuverlässige Daten aus der beim BMGFJ geführten Suchtmitteldatenbank vor. Laut Bericht des ÖBIG zur Drogensituation aus dem Jahr 2004 (S. 75) kam es im Jahr 2001 in 254, im Jahr 2002 in 337 und im Jahr 2003 in 318 Fällen zu einem Aufschub des Strafvollzuges nach § 39. Vergleicht man diese Zahl mit der Anzahl der Fälle, in denen im Jahr 2003 eine **Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren** verhängt wurde (878 Fälle), zeigt sich die **erhebliche praktische Bedeutung** dieser Bestimmung.

1.2. Die geltenden Abs. 1 und 2 normieren die allgemeinen Voraussetzungen für einen Aufschub des Strafvollzuges, wobei der Aufschub teils **obligatorisch** (Abs. 1 erster Fall), teils **fakultativ** (Abs. 1 zweiter Fall und Abs. 2) ist. Teils wird dabei an die tatsächlich verhängte Freiheitsstrafe, teils aber an die Strafdrohung des verwirklichten Delikts angeknüpft:

Nach dem geltenden **Abs. 1** ist einem an Suchtmittel gewöhnten Verurteilten ein Aufschub des Vollzuges einer über ihn **nach dem SMG verhängten** Geldstrafe oder **Freiheitsstrafe von nicht mehr als zwei Jahren** zu gewähren, wenn er sich bereit erklärt, sich einer notwendigen gesundheitsbezogenen Maßnahme nach § 11 Abs. 2 zu unterziehen (erster Fall). Unter diesen Voraussetzungen **kann** auch der

Vollzug einer nach dem SMG verhängten Freiheitsstrafe von **nicht mehr als drei Jahren** bewilligt werden (zweiter Fall).

„Nach Maßgabe des Abs. 1“ **kann** nach dem geltenden **Abs. 2** auch der Aufschieb des Vollzuges einer Strafe bewilligt werden, die wegen einer auf Grund der Gewöhnung des Verurteilten an Suchtmittel im Zusammenhang mit deren **Beschaffung** begangenen strafbaren Handlung, die **mit nicht mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht** ist, verhängt wurde.

Bei der Anwendung des § 39 kann es daher insofern zu Ungleichbehandlungen kommen, als bei dem für Absatz 1 in Betracht kommenden Personenkreis eine zwei (drei) Jahre nicht übersteigende Freiheitsstrafe verhängt worden sein muss, bei dem für Absatz 2 in Betracht kommenden Personenkreis aber die begangene strafbare Handlung mit nicht mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht sein darf. So kann zB einem drogenabhängigen Verurteilten, der einen Einbruchdiebstahl gewerbsmäßig begangen hat (Strafdrohung von einem Jahr bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe, § 130 2. Fall StGB), ein Aufschieb des Vollzuges nicht gewährt werden. Dieser kann daher nach Durchführung einer erfolgreichen Therapie auch nicht mit einer Umwandlung seiner Strafe in eine bedingte Freiheitsstrafe rechnen (§ 40), und zwar selbst dann nicht, wenn die ausgesprochene Strafe zwei oder drei Jahre nicht übersteigt. Ein Dealer, der Suchtmittel in einer großen Menge in Verkehr gesetzt und diese Tat gewerbsmäßig begangen hat, kann – eine Suchtmittelgewöhnung vorausgesetzt – hingegen sehr wohl mit dem Aufschieb der ausgesprochenen Freiheitsstrafe rechnen, obwohl diese Tat ebenfalls mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bedroht ist. Das gleiche gilt für einen abhängigen Täter, der eine übergroße Menge an Suchtmitteln in Verkehr gesetzt hat (Strafdrohung von einem Jahr bis zu 15 Jahren Freiheitsstrafe), wenn die tatsächlich verhängte Freiheitsstrafe zwei bzw. drei Jahre nicht übersteigt (vgl. dazu *Wampl*, Der Staatsbürger – Ungleiche Behandlung, Salzburger Nachrichten 3.1.2006, 10).

1.3. Da jede Form von Abhängigkeit das Ausmaß des Verschuldens mindert und es umso schwerer ist, den Missbrauch von Suchtmitteln und damit im Zusammenhang stehende Straftaten zu unterlassen, je stärker diese Abhängigkeit besteht, wird im Entwurf nunmehr vorgeschlagen, die bestehende Schlechterstellung von Beschaffungskriminellen gegenüber Drogenhändlern grundsätzlich zu beseitigen.

Auf Grund von im Begutachtungsverfahren geäußerter, zum Teil massiver Kritik an der im Entwurf beabsichtigten Gleichstellung von Beschaffungskriminellen und Drogenhändlern wird jedoch vorgeschlagen, in Fällen, in denen wegen Beschaffungskriminalität eine Freiheitsstrafe von **mehr als 18 Monaten** verhängt worden ist, vom Aufschieb absehen zu können (Abs. 1 Z 2), wenn dies auf Grund der Gefährlichkeit des Täters, die sich insbesondere in der Verurteilung wegen Straftaten unter Anwendung erheblicher Gewalt gegen Personen widerspiegelt, geboten erscheint.

2. Zu Abs. 1

2.1. In Abs. 1 soll daher eine Umstrukturierung und zugleich wesentliche Vereinfachung vorgenommen werden, indem die beiden Unterfälle des Abs. 1 zusammengezogen werden und auch die Regelung des bisherigen Abs. 2 (Strafaufschieb in Fällen der sog. „Versorgungs- und Beschaffungskriminalität“) in den Abs. 1 einbezogen wird. Demnach soll einem an Suchtmittel gewöhnten Verurteilten nunmehr – unter den in Abs. 1 genannten Voraussetzungen – (einheitlich) ein **obligatorischer Aufschieb** des Strafvollzuges einer über ihn wegen einer Straftat nach den §§ 27 bis 31a **oder** wegen einer im Zusammenhang mit der Beschaffung von Suchtmittel begangenen Straftat **verhängten** Geldstrafe oder **Freiheitsstrafe von nicht mehr als drei Jahren** gewährt werden.

Für die Beurteilung, ob ein Strafaufschieb zwecks gesundheitsbezogener Maßnahmen gewährt werden kann, soll also einheitlich – auch für Fälle der Beschaffungskriminalität – auf die Schwere der einzelnen Tat abgestellt werden, die regelmäßig in der Höhe der konkret verhängten Strafe zum Ausdruck kommt. Bei Taten, die eine gewisse Schwere nicht überschreiten – für die keine Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren verhängt wurde –, führt die Abwägung nach dem Prinzip „Therapie statt Strafe“ zu dem Ergebnis, dass der (durchaus schwer zu erreichende) Erfolg einer gesundheitsbezogenen Maßnahme (und die damit gegebene Perspektive, dass der Verurteilte in Zukunft weniger zur Begehung von Straftaten auf Grund seiner Gewöhnung neigen wird) als wichtiger einzustufen ist als das Interesse am tatsächlichen Vollzug der Freiheitsstrafe.

Im Begutachtungsentwurf war – wie im geltenden Gesetzestext – für die Gewährung eines Strafaufschiebes noch ganz allgemein auf die Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 StVG verwiesen worden. Nicht zuletzt zur besseren Übersichtlichkeit und Verständlichkeit sollen die dort genannten „allgemeinen Voraussetzungen und Bedingungen“ nun auf das Wesentliche komprimiert in den Gesetzestext aufgenommen werden. Im neuen Abs. 1 Z 2 des Entwurfs soll demnach bei Beschaffungskriminellen, die zu einer Freiheitsstrafe von **mehr als 18 Monaten** verurteilt worden sind, auf deren Gefährlichkeit abgestellt werden.

Diese negative Voraussetzung soll – auch in Rücksicht auf im Begutachtungsverfahren geäußerte kritischen Stimmen – im Gesetzestext insofern weiter definiert werden, als die Gefährlichkeit des Täters insbesondere dann anzunehmen sein wird, wenn die Verurteilung wegen Straftaten erfolgt ist, die unter Anwendung erheblicher Gewalt gegen Personen begangen worden sind. Auf Grund dieser Einschränkung kann der – von mehrerer Seite ebenfalls kritisierte – zwingende Charakter dieser Bestimmung auch in der Regierungsvorlage beibehalten werden.

Zu den Gründen, warum die Unterscheidung zwischen obligatorischem und fakultativem Aufschub aufgegeben werden soll, wird weiters auch auf die gleichgelagerte Situation bei den Absätzen 1 und 2 des geltenden § 35 hingewiesen (oben Erläuterungen zu Art. I Z 51 bis 55, Pkt. B.2.).

Hingewiesen sei hier nochmals darauf, dass auch nach erfolgreicher Absolvierung einer gesundheitsbezogenen Maßnahme in der Zeit des Strafaufschubs keineswegs unmittelbar die Strafe endgültig nachgesehen wird, sondern nach § 40 erst unter Festsetzung einer Probezeit von einem Jahr bis zu drei Jahren bedingt nachgesehen werden muss.

2.2. Nach dem geltenden Abs. 3 Satz 1 kann das Gericht den Aufschub davon abhängig machen, dass sich der Verurteilte bereit erklärt, sich einer notwendigen und zweckmäßigen, ihm nach den Umständen möglichen und zumutbaren, der Art nach bestimmten und nicht offenbar aussichtslosen gesundheitsbezogenen Maßnahme zu unterziehen. Auf Basis eines Sachverständigengutachtens kann das Gericht den Aufschub auch von einer stationären Maßnahme abhängig machen. Die Ermächtigung des Gerichts, die Maßnahme der Art nach zu bestimmen, wurde als adäquates Mittel angesehen, um einer „Flucht“ des abhängigen Verurteilten aus der abstinenzorientierten Behandlung etwa in eine Substitutionsbehandlung zu begegnen (110 BlgNR XX. GP 52).

Schon nach bisheriger Rechtslage kommt dem Verurteilten grundsätzlich ein freies Wahlrecht betreffend Therapeut und Maßnahme zu. Darüber hinaus wird der Großteil der Betroffenen bereits im Rahmen der – in diesen Fällen zumeist verhängten – Untersuchungshaft von einer anerkannten Einrichtung nach § 15 vorbetreut; eine große Zahl süchtiger Rechtsbrecher verfügt auch bereits über Therapieplatzzusagen.

Es wird daher nunmehr vorgeschlagen, den zentralen Inhalt des geltenden Abs. 3 erster Satz – mit Ausnahme des Passus „der Art nach bestimmten“, der in Abs. 2 aufgenommen werden soll – als (erste) Voraussetzung für die Gewährung des Strafaufschubes in Abs. 1 (Z 1) einzubeziehen. Weiters soll Abs. 3 zweiter Satz, um Verzögerungen durch die Einholung von Sachverständigengutachten und damit allenfalls verbundene negative Auswirkungen in Hinkunft zu vermeiden, entfallen.

2.3. Darüber hinaus soll durch die vorgeschlagene Formulierung „Der Vollzug ... ist ... aufzuschieben“ auch von der Notwendigkeit eines Antrages auf Strafaufschub abgegangen werden. Der obligatorische Aufschub soll demnach in Hinkunft **von Amts wegen** wahrgenommen werden. Damit wird bezweckt, dass die Gerichte das Vorliegen der Voraussetzungen des § 39 bereits in einem möglichst frühen Verfahrensstadium prüfen und sich dadurch die Grundlagen für eine (rasche) Strafaufschubsentscheidung (insbesondere im Fall eines beiderseitigen Rechtsmittelverzichts nach Urteilsverkündung) schaffen, um die erwähnten Verzögerungen bis zum eigentlichen Beginn der Therapie zu vermeiden.

2.4. In der Praxis sind überdies Schwierigkeiten aufgetreten, wenn sich der Angeklagte in Untersuchungshaft befindet und sich erst am Ende der Hauptverhandlung herausstellt, dass die Voraussetzungen des § 39 vorliegen könnten. Wird nämlich ein beiderseitiger Rechtsmittelverzicht abgegeben, ist der Angeklagte (nunmehr Verurteilte) mit Rechtskraft des Urteils automatisch in Strafhaft zu nehmen (vgl § 3 Abs. 4 StVG). Da das zumeist eingeholte Sachverständigengutachten für die Beurteilung der Sucht des Verurteilten sowie für die Bestimmung der Art (und Form) der Maßnahme zu diesem Zeitpunkt jedoch noch nicht vorliegt, kann vor der Überstellung in den Strafvollzug eine Strafaufschubsentscheidung noch nicht gefällt werden. Nach der Überstellung in den Strafvollzug kann aber (eigentlich) nicht mehr von einem Aufschub des Strafvollzuges gesprochen werden.

Der OGH erklärte § 39 jedoch auch auf Fälle anwendbar, in denen der inhaftierte Angeklagte vor Einleitung des Vollzuges den Aufschubsantrag stellt, über diesen Antrag aber wegen weiterer Erhebungen über das Vorliegen der Aufschubsgründe nicht sofort entschieden werden kann und deshalb die Anordnung des Strafvollzuges gemäß § 7 Abs. 3 StVG vorläufig gehemmt wird. Der nunmehr Verurteilte befindet sich zwar nicht mehr in Untersuchungshaft (die bis zur Entscheidung über den Aufschub dauernde Haft sei in die Strafzeit einzurechnen und als Strafhaft zu werten), aber auch noch nicht im Strafvollzug im engeren Sinn. Im Falle einer Enthaftung bei Gewährung des Strafaufschubs werde somit der Vollzug auch nicht unterbrochen (SSt 60/14 = EvBl 1989/155 = JBl 1989,535 = NRsp 1989/166; vgl. auch *Foregger/Litzka/Matzka*, SMG § 39 Anm. VI.3.)

Durch Aufnahme der Wortfolge „auch noch nach Übernahme in den Strafvollzug“ samt Verweis auf § 3 Abs. 4 StVG soll klargestellt werden, dass der Aufschieb des Vollzuges bei Vorliegen der Voraussetzungen auch noch nach Übernahme in den Strafvollzug zu gewähren ist.

3. Zu Abs. 2

Schon bisher hatte das Gericht die Möglichkeit, die gesundheitsbezogene Maßnahme der Art nach (§ 11 Abs. 2 Z 1 bis 5) zu bestimmen (vgl. den geltenden Abs. 3 erster Satz: „der Art nach bestimmten“) und somit das grundsätzlich freie Wahlrecht des Verurteilten einzuschränken. Diese Ermächtigung des Gerichts soll (nunmehr im ersten Satz des Abs. 2) – auch aus den schon in Pkt. 2.2. erwähnten Gründen – weiterhin bestehen bleiben.

In der Praxis führt die in Ermangelung einschlägigen Fachwissens der Gerichte jedoch zumeist notwendige Einholung von (kostspieligen) Sachverständigengutachten für die Bestimmung der Maßnahme sowie für die Beurteilung der Sucht des Verurteilten immer wieder zu (starken) Verzögerungen des Therapieantritts, die sich negativ auf die suchtkranken Betroffenen und deren Therapiewilligkeit auswirken können.

Auf Grund diverser Anregungen aus der Praxis und als weiterer Versuch der Herbeiführung einer rascheren Strafaufschiebsentscheidung wird daher im (neuen) Abs. 2 eine Bestimmung vorgeschlagen, nach der das Gericht, wenn bereits eine Stellungnahme der Bezirksverwaltungsbehörde als Gesundheitsbehörde nach § 35 Abs. 3 Z 2 vorliegt oder der Verurteilte bereits von einem Arzt einer Einrichtung oder Vereinigung nach § 15 begutachtet worden ist, das Ergebnis dieser Begutachtung für die Bestimmung der Maßnahme und die Beurteilung der Voraussetzungen und Bedingungen des Abs. 1 Z 2 heranziehen kann.

Die Heranziehung bereits vorliegender Stellungnahmen oder Gutachten wird aus Zweckmäßigkeitserwägungen und Gründen der Wirtschaftlichkeit im Regelfall wohl auch geboten sein und soll die (in manchen Fällen nicht unbedingt notwendige) Einholung von Sachverständigengutachten vermeiden.

4. Zu Abs. 3 und 4

Durch die Einbeziehung des geltenden Abs. 2 in den vorgeschlagenen Abs. 1 und des geltenden Abs. 3 in die Abs. 1 und 2 werden die bisherigen Abs. 4 und 5 – inhaltlich unverändert – zu Abs. 3 und 4.

Zu Art. I Z 56 und 57 (§ 40)

Wie die übrigen Bestimmungen dieses Abschnitts, soll auch § 40 eine eigene Überschrift erhalten: „Nachträgliche bedingte Strafnachsicht und Absehen vom Widerruf“.

In § 40 Abs. 2 soll lediglich eine Anpassung an die aktuelle Rechtschreibung („Beschluss“) sowie an die Terminologie des StPRG („Gericht“: §§ 29 ff StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004) vorgenommen werden.

Zu Art. I Z 58 bis 60 (§ 41)

1. Allgemeines

1.1. Nach dem geltenden § 41 Abs. 1 hat der Bund die Kosten gesundheitsbezogener Maßnahmen nach § 11 Abs. 2 Z 1 bis 4 in den Fällen der §§ 35 bis 37 und 39 und des § 180 Abs. 5 Z 4a StPO (§ 173 Abs. 5 Z 9 StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004) sowie die Kosten der Behandlung eines Rechtsbrechers, dem aus Anlass einer mit seiner Gewöhnung an Suchtmittel in Zusammenhang stehenden Verurteilung die Weisung erteilt worden ist, sich einer Entwöhnungsbehandlung, sonst einer medizinischen oder einer psychotherapeutischen Behandlung (§ 51 Abs. 1 und 3 StGB) zu unterziehen, zu übernehmen, wenn die Maßnahme in einer vom Bundesministerium für Gesundheit und Frauen (nunmehr Bundesministerium für Gesundheit, Familie und Jugend – BMGFJ) anerkannten Einrichtung durchgeführt wird, kein Anspruch auf entsprechende Leistungen auf Grund von Gesetzen der Länder oder aus einer gesetzlichen Sozialversicherung besteht (Subsidiarität) und der Rechtsbrecher über keine Eigenmittel verfügt.

Gesundheitsbezogene Maßnahmen iSd **§ 11 Abs. 2 Z 1 bis 4** sind die ärztliche Überwachung des Gesundheitszustandes, die ärztliche Behandlung einschließlich der Entzugs- und Substitutionsbehandlung, die klinisch-psychologische Beratung und Betreuung und die Psychotherapie. **Nicht umfasst** von der in § 41 statuierten subsidiären Kostenersatzverpflichtung des Bundes ist die in **§ 11 Abs. 2 Z 5** vorgesehene und in der Praxis am häufigsten angeordnete Maßnahme der **psychosozialen Beratung und Betreuung**.

1.2. Die **Aufwendungen der Justiz** nach § 41 betragen im Jahr 2006 **€4,851.589,63** (2005: €4,612.201,25) und sind daher in den letzten Jahren stetig angestiegen.

2. Auffassungsunterschiede betreffend die primäre Verpflichtung zum Kostenersatz

2.1. Die begrenzten finanziellen Mittel stellen das Hauptproblem bei der Anwendung des Prinzips „Therapie statt Strafe“ dar. Zwischen Bund und Ländern bestehen – trotz der bundesgesetzlich normierten Subsidiarität – Auffassungsunterschiede betreffend die primäre Verpflichtung zum Kostenersatz (Sozialversicherung und Eigenmittel sind bei der betroffenen Klientel zumeist nicht vorhanden).

2.2. Nach Ansicht der Länder habe grundsätzlich der Bund für die Kosten gesundheitsbezogener Maßnahmen aufzukommen, wenn diese durch gerichtliche Weisung angeordnet worden sind, weil er sich dadurch erhebliche Kosten im Bereich des Strafvollzuges erspare. Darüber hinaus bestehe auf Grund der in allen Sozialhilfegesetzen der Länder enthaltenen „Subsidiaritätsklauseln“ (ähnlich dem § 41 Abs. 1) kein landesgesetzlicher Leistungsanspruch, sondern eine primäre Leistungspflicht des Bundes.

Von Länderseite wird daher seit Jahren gefordert, die in § 41 Abs. 1 Z 2 normierte Subsidiarität in eine „allgemeine“ Kostentragungspflicht des Bundes umzuwandeln und die gesundheitsbezogene Maßnahme der psychosozialen Beratung und Betreuung nach § 11 Abs. 2 Z 5 in die Kostentragungsregel des § 41 miteinzubeziehen.

2.3. Auch laut Auskunft des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger werden Behandlungskosten nur dann getragen, wenn es sich bei gesundheitsbezogenen Maßnahmen nach dem SMG um eine Krankenbehandlung im sozialversicherungsrechtlichen Sinn gemäß §§ 133 ff ASVG handle. Grundsätzlich werde die Kostentragung für gesundheitsbezogene Maßnahmen nach dem SMG von den Sozialversicherungsträgern jedoch abgelehnt, wenn es sich bei den erbrachten Leistungen um rein weisungsbezogene ärztliche Maßnahmen (gerichtliche/behördliche Auflagen) handle, weil in diesen Fällen die geforderte Krankheit im sozialversicherungsrechtlichen Sinn nicht vorliege.

2.4. Nach der vom BMJ vertretenen Rechtsmeinung treffen die mit gerichtlichen Weisungen in Zusammenhang stehenden Kosten primär den Rechtsbrecher selbst. Darüber hinausgehende Kosten betreffen den Bereich der Sozialhilfe und Fürsorge und fallen nach der Kompetenzverteilung des B-VG in den Zuständigkeitsbereich der Länder (Abdeckung durch Beratungseinrichtungen). Die Berufung auf landesgesetzliche Subsidiaritätsklauseln kann im Verhältnis zur subsidiären Kostenersatzverpflichtung des Bundes nicht durchgreifen, weil eine allfällige Anspruchsberechtigung auf Grund eines Landessozialhilfegesetzes vor einer solchen nach dem SMG zu prüfen ist.

Abgesehen davon, dass die betroffene Klientel in den meisten Fällen gar nicht sozialversichert ist, würde zumindest die ärztliche Behandlung einschließlich der Entzugs- und Substitutionsbehandlung (§ 11 Abs. 2 Z 2) sowie unter bestimmten Voraussetzungen auch die klinisch-psychologische und psychotherapeutische Betreuung (§ 11 Abs. 2 Z 3 und 4) grundsätzlich von den Krankenkassen zu finanzieren sein, sofern eine Krankenbehandlung im sozialversicherungsrechtlichen Sinn vorliegt.

3. Probleme in der Praxis

Trotz der Bereitschaft der betroffenen KlientInnen zur Absolvierung gesundheitsbezogener Maßnahmen nach § 11 scheitert deren Durchführung oftmals an der ungeklärten Frage der Kostentragung, weil sowohl Einrichtungen als auch KlientInnen von den Finanzierungsträgern in der Kostenfrage regelmäßig auf die Kompetenz der jeweils anderen Gebietskörperschaft (Justizressort – Gesundheitsressort – Länder) bzw. der Sozialversicherungsträger verwiesen werden. Auch die Gerichte sind zuletzt vermehrt dazu übergegangen, eine Kostentragung unter Berufung auf die gegenüber den Sozialhilfegesetzen der Länder nur subsidiäre Ausfallhaftung zu verweigern. Dies führt dazu, dass Drogentherapieeinrichtungen vom jeweils zuständigen Gericht eine Kostentragungszusage abfordern, bevor mit der Durchführung gesundheitsbezogener Maßnahmen begonnen wird.

Der zwischen Bund und Ländern bestehende **negative Kompetenzkonflikt gefährdet das Prinzip „Therapie statt Strafe“**, das dem entwöhnungswilligen Süchtigen den Weg aus der Suchtmittelkriminalität eröffnen soll.

4. Lösungsvarianten

Von den im Begutachtungsentwurf aufgezeigten Lösungsvarianten für die Kostenproblematik (gänzliche Abschaffung der Kostentragungsregel des § 41, Schaffung eines gemeinsamen Fonds der einzelnen Finanzierungsträger, Normierung einer allgemeinen Kostentragungspflicht des Bundes, Beibehaltung der geltenden Rechtslage) erscheint zum gegebenen Zeitpunkt letztlich nur die für die Gesamtsituation am wenigsten befriedigende Lösung – nämlich die Beibehaltung der geltenden Rechtslage – geeignet, in die Regierungsvorlage Eingang zu finden.

Vor allem im Hinblick auf die auch im Rahmen des Begutachtungsverfahrens erneut zum Ausdruck gekommene strikte Weigerung der Länder, ihre mit der Verfassung und dem Gesetz nicht übereinstimmende Rechtsposition zu revidieren, und auch auf Grund der Tatsache, dass eine generelle Abschaffung des § 41 unanschätzbare negative Auswirkungen auf das Prinzip „Therapie statt Strafe“ haben könnte und die Überlegungen zu einem gemeinsamen Fonds noch der Abstimmung mit den

übrigen Finanzierungsträgern bedürften, wird daher vorgeschlagen, die geltende Rechtslage – abgesehen von wenigen Ausnahmen – unverändert beizubehalten.

So soll lediglich in Abs. 1 durch eine Satzumstellung klargestellt werden, dass die Kosten auf Grund einer Weisung nach § 51 Abs. 1 und 3 StGB nur für die von der Weisung umfasste Behandlung und nicht auch für allfällige darüber hinausgehende und davon unabhängige weitere Behandlungen vom Bund zu tragen sind. Im Übrigen soll – wie auch in Abs. 4 – nur eine Zitanpassung an die StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004 vorgenommen werden (§ 173 Abs. 5 Z 9 StPO).

Die im Begutachtungsentwurf noch enthaltene zeitliche Begrenzung der Kostentragungspflicht des Bundes (der Justiz) für eine Behandlungsdauer von **maximal zwei Jahren** und bei **stationärer Therapie** von **maximal einem Jahr**, wurde jedoch, nicht zuletzt wegen der auch von Seiten der Justizbehörden aufgezeigten, damit allenfalls zusammenhängenden negativen Auswirkungen auf den Therapieerfolg, aus dem Vorschlag entfernt.

In Abs. 2 soll lediglich ein Redaktionsversehen bereinigt werden, indem das Zitat des „Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetzes“ richtig gestellt wird.

Abs. 4 soll lediglich an die neue Systematik und an die Paragraphenbezeichnungen der neuen StPO (BGBl. I Nr. 19/2004) angepasst werden.

Zu Z 61 (§ 42 Abs. 1)

Durch die Anpassung dieser Bestimmung wird lediglich auf die Aufteilung der Tathandlungen der geltenden §§ 27 Abs. 1 und 30 Abs. 1 auf zwei Absätze (§§ 27 Abs. 1 und 2 sowie 30 Abs. 1 und 2) Rücksicht genommen.

Zu Z 62 bis 66 (§ 43)

Die Änderungen in § 43 dienen der Anpassung an die Systematik und die Begrifflichkeiten der StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004 (§§ 117 Z 4 iVm 123, 48 Abs. 1 Z 1 StPO).

Zu Art. II (Änderungen des Strafgesetzbuches)

Zu Z 1 bis 3 (§§ 23 Abs. 1 Z 1, 64 Abs. 1 Z 4 und 277 Abs. 1 StGB)

In diesen Bestimmungen werden lediglich begriffliche Anpassungen und Zitanpassungen vorgeschlagen.

Zu Art. III (Änderungen der Strafprozessordnung: § 13 Abs. 2 Z 7 StPO bzw. § 31 Abs. 3 Z 7 StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004)

Die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Einzelrichter und Schöffengericht trifft die StPO (§ 13 Abs. 2 Z 1 StPO bzw. § 31 Abs. 3 Z 1 StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004) grundsätzlich dahingehend, dass das Schöffengericht für strafbare Handlungen zuständig ist, die mit mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind; bei geringerer Strafdrohung der Einzelrichter.

§ 13 Abs. 2 Z 1 StPO bzw. § 31 Abs. 3 Z 7 StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004 ordnen an, dass in den Fällen des § 28 Abs. 2 bis 4 SMG das Schöffengericht für die Hauptverhandlung und Urteilsfällung zuständig ist. Da jedoch die Strafdrohungen in Abs. 4 sowie in Abs. 3 ohnehin fünfzehn bzw. (ohne Privilegierung) zehn Jahre betragen, beschränkt sich der tatsächliche – über die Grundregel hinausgehende – Regelungsgehalt von § 13 Abs. 2 Z 7 StPO bzw. § 31 Abs. 3 Z 7 StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004 auf § 28 Abs. 2 und – sofern eine Privilegierung vorliegt – auch Abs. 3.

Besondere Gründe, warum gerade für die Straftaten nach § 28 Abs. 2 und (mit Privilegierung) Abs. 3 (§ 28a Abs. 1 und 2 iVm Abs. 3 idF des Entwurfs) das Schöffengericht zuständig sein soll, sind nicht ersichtlich.

Es wird daher vorgeschlagen, die Sonderbestimmung des § 13 Abs. 2 Z 7 StPO (§ 31 Abs. 3 Z 7 StPO idF BGBl. I Nr. 19/2004) ersatzlos entfallen zu lassen, sodass die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Einzelrichter und Schöffengericht für Straftaten nach dem SMG durchgehend der dargestellten Grundregel folgen soll.

Von dieser Verschiebung von der Schöffengericht- zur Einzelrichterzuständigkeit sind – angesichts steigender Anfallszahlen im Bereich des SMG – eine Vereinfachung des erstinstanzlichen Verfahrens sowie eine Entlastung des Obersten Gerichtshofes und damit insgesamt ein geringerer Verfahrens- und Kostenaufwand zu erwarten.

Zu Art. IV (Änderung des Gesundheits- und Ernährungssicherheitsgesetzes)**Zu § 6a Abs. 1 Z 7 und 8**

Gemäß § 6a Abs. 1 Z 1 bis 6 des Gesundheits- und Ernährungssicherheitsgesetzes (GESG) obliegen dem mit 1. Jänner 2006 errichteten Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen hoheitliche Aufgaben im Kontroll- und Zulassungsbereich von Arzneimitteln und Medizinprodukten. Analog dazu sollen dem Bundesamt künftig auch vergleichbare Aufgaben im Bereich der Suchtmittelkontrolle übertragen werden.

Es handelt sich dabei um die Überwachung des Verkehrs und der Gebarung mit Suchtmitteln der gemäß § 6 Abs. 1 Z 1 und 2 des Suchtmittelgesetzes zum Besitz, Erwerb, zur Erzeugung, Verarbeitung, Umwandlung von oder zum Verkehr mit Suchtmitteln berechtigten Arzneimittelhersteller- und Großhändler, wissenschaftlichen Einrichtungen und Fachanstalten sowie der Apotheken (§ 7 des Suchtmittelgesetzes) hinsichtlich ihrer Gebarung mit Suchtmitteln.