

# Versuchter Suchtgifthandel aufgrund von Pollenflug? Ein Bericht über einen aktuellen Fall

Arthur Machac<sup>1</sup>, Wien

Der vorliegende Bericht handelt von der Geschichte der Biobauernbrüder M und T in einem kleinen Dorf im Nördlichen Niederösterreich. Er beinhaltet einen juristischen Suchtmittelkrimi in vier Akten und ist ein Plädoyer für die Qualitätssteigerung in der Anwendung der Normen des SMG durch die Justiz.



Arthur Machac

## 1. Akt: Der Fund

Am 02.10.2009 langte bei der StA Korneuburg ein anonymes Schreiben ein, in welchem der Anbau von Hanfpflanzen angezeigt wurde. Die Staatsanwaltschaft Korneuburg ordnete am 05.10.2009 die Erhebung des Sachverhaltes an. Die Polizei betrat am 07.10.2009 das Grundstück, wobei sie bei Herrn T. insgesamt acht Hanfpflanzen fand.

Bei dessen Bruder, Herrn M., welchem das Nachbargrundstück gehört, wurden ca drei Kilogramm Cannabiskraut, welches bereits getrocknet war, gefunden, weiters wurden ca 125 Gramm Cannabis-Harz sowie rund 300 Cannabispflanzen und ca. ein Gramm Pilze sichergestellt, welche Psilocybin enthielten (dieser Pilz wird später im 4. Akt noch eine wichtige Rolle spielen). Weiters wurden € 27.640,- an Bargeld bei Herrn M sichergestellt. Gegen Herrn M wurde per Beschluss zu 406 HR 454/09z die Untersuchungshaft bis 27.10.2009 verhängt, wobei Verdunkelungsgefahr gem § 173 Abs 2 Z 2 StPO und Tatbegehungsgefahr gem § 173 Abs 2 Z 3 lit b StPO angenommen worden war. Vorrangiges Ziel der Verteidigung war es, zuerst die Enthaltung von Herrn M zu erwirken. Bei der Haftverhandlung am 27.10.2009 wurde seitens der Verteidigung eine handschriftliche Liste von Herrn M vorgelegt, auf der sich sämtliche Einnahmen aus dem Verkauf von legalen Bioprodukten auf diversen Bauernmärkten befanden. Die Einnahmen wiesen insgesamt die Höhe von € 24.022,57 auf.

Herr M bewahrte das Bargeld bei sich daheim auf, da er aufgrund der Wirtschaftskrise den Banken misstraute. Weiters wurde seitens der Verteidigung ausgeführt, dass weder Tatbegehungsgefahr besteht, da das Feld abgeerntet war, und auch Verdunkelungsgefahr nicht gegeben sei, weil es keine Abnehmer gäbe. Herr M. gab ein Gelöbnis ab, bis zur Beendigung des Strafverfahrens weder zu flüchten noch sich verborgen zu halten und verpflichtete sich, alle 14

Tage eine Bestätigung über den Besuch der Therapie abzugeben. Herr M wurde daraufhin enthaftet unter Anwendung gelinderer Mittel gem § 173 Abs 5 Z 1 StPO. Die Bestätigungen über den Besuch der Therapie wurden bis zur Hauptverhandlung entsprechend dem Auftrag des Gerichtes immer fristgerecht vorgelegt.

## 2. Akt: Der fehlerhafte Strafantrag gegen Herrn T

Mittels Strafantrag vom 22.02.2010 zu 10 St 33/10w wurde dem Angeklagten T folgende Tat zur Last gelegt: „T hat in einem noch festzustellenden Zeitraum bis 09.01.2009 in X vorschriftswidrig versucht, Suchtgift in einer die Grenzmenge (§ 28b) übersteigenden Menge zu erzeugen, indem er 8 Stück Hanfpflanzen mit einem Gehalt von 128 +/- 9,3 g Delta 9-THC zog und pflegte. Er hat hierdurch das Verbrechen des versuchten Suchtgifthandels nach §§ 15 StGB, 28 a Abs 1 SMG begangen und wird hierfür nach dieser Gesetzesstelle zu bestrafen sein.“

Dieser Anklagevorwurf war rechtlich falsch, weil der Anbau von Cannabispflanzen nicht mehr als Versuchsbeginn des Erzeugens anzusehen ist<sup>2</sup>. Der Täter muss eine ausführungsnaher Handlung setzen, damit eine versuchte Erzeugung vorliegt. Dies wäre etwa der Fall, wenn er gerade zu den Pflanzen hingehet, um diese abzuernten, er das

1 Der Autor war in den diesem Bericht zu Grunde liegenden Verfahren LG Korneuburg 501 Hv 30/10t sowie 602 Hv 3/10i als Verteidiger tätig.

2 OGH 26.08.2008, 14 OS 94/08t; 21.07.2009, 14 OS 57/09t; 11.02.2010, 12 OS 121/09z = ÖJZ 2010 523; Litzka/Matzka/Zeder SMG<sup>2</sup> § 27 Rz 46; Birkbauer/Hauer/Keplinger SMG<sup>2</sup> § 27 137; Fabrizy SMG<sup>4</sup> § 27 Rz 5.

Schneidwerkzeug bereits in der Hand hat und auf dem Weg zu den Pflanzen er von der Polizei verhaftet wird. Nur bei so einem Sachverhalt liegt eine versuchte Erzeugung vor. Als Praktiker kann man den Versuch des § 28a Abs 1 SMG bei Cannabispflanzen als totes Recht betrachten. Solange die Pflanzen stehen und gepflegt werden, liegt § 28 SMG vor, sobald sie abgeerntet werden, § 28 a SMG<sup>3</sup>. Durch die Subsumtion unter § 28 SMG ist der Strafraum wesentlich geringer und beträgt drei Jahre statt fünf Jahre. Im konkreten Fall hätte also Herr T wegen § 28 Abs 1 SMG angeklagt werden müssen; im Falle einer Verurteilung gemäß § 28a Abs 1 SMG wäre das Urteil mit der Nichtigkeit des § 281 Abs 1 Z 10 iVm § 489 StPO behaftet gewesen.

Herr T bekannte sich mittels Schriftsatz gem § 222 Abs 3 StPO zum Vorwurf des vorsätzlichen Anbaus von Suchtmitteln nicht schuldig. Herr T hatte im Jahr 1998 legal Hanf angebaut und legte diesbezüglich auch eine „Aussaafächenerklärung für Hanf Ernte 1998“ der Agrarmarkt Austria vor. Aus dieser ergab sich, dass Herr T im Jahr 1998 das Saatgut für Industriehanf verwendet hat. Dieser Industriehanf war in der Sortenliste des § 65 Saatgutgesetz genannt, überschreitet nicht den Gehalt an Tetrahydrocannabinol (THC) von 0,3 % und ist daher kein Suchtgift im Sinne des § 2 SMG. Bei Hanf handelt es sich um eine windbestäubende Pflanze. Die Pollen können über 12 km getragen werden, was bedeutet, dass es durch „Pollenflug“ dazu kommen kann, dass sich die Industriehanfpflanzen von Herrn T durch die THC-hältigen Pollen, welche von seinem Bruder, Herrn M, auf sein Grundstück fliegen, in Pflanzen mit THC Gehalt verwandeln. Zwecks Untermauerung dieser Argumentation wurden Teile einer Online veröffentlichten Dissertation der Universität Halle<sup>4</sup> vorgelegt. Weiters wurde ein Laborbericht vom 10.03.2010 vorgelegt, aus welchem sich ergab, dass der Harn von Herrn T, welcher unter Sicht abgegeben wurde, kein THC enthielt. Daraus ergab sich auch schlüssig, dass er nicht seine eigenen Pflanzen rauchte. Mit diesen Fakten sollte untermauert werden, dass bei Herrn T der für §§ 27 ff SMG erforderliche Vorsatz fehlte. Die Strategie der Verteidigung wurde mit zahlreichen Kollegen am 19/20. März 2010 beim Strafverteidigertag in Salzburg besprochen und teilweise als sehr gewagt bezeichnet bzw milde belächelt.

Am 23.03.2010 wurde die Hauptverhandlung am LG Korneuburg durchgeführt, wobei auch Herr M als Bruder von Herrn T als Zeuge geladen wurde. Herr M entschlug sich der Aussage, und Herr T verweigerte die Beantwortung auf Fragen, die auf seinen Bruder abzielten. Herr T wurde vom Vorwurf des Suchtgifthandels iSd Strafantrages freigesprochen, da ein Vorsatz nicht nachweisbar war. Das Urteil erwuchs in Rechtskraft, die Staatsanwaltschaft erhob kein Rechtsmittel.

### 3. Akt: Die fehlerhafte Anklageschrift gegen Herrn M

Am 16.02.2010 brachte die StA Korneuburg eine Anklageschrift gegen Herrn M ein. Demnach habe M in X

„1. von 2006 bis 8.10.2009 vorschriftswidrig Cannabis mit einem Reinheitsgehalt von zumindest 760 +/- 60 g Delta 9 THC,

a.) erzeugt, indem er eine unbekannte Menge an Cannabispflanzen anbaute, erntete, die Blüten trocknete und zum Teil Cannabisharz daraus gewann,

b) zu erzeugen versucht, indem er ca. 300 Stk Cannabispflanzen anbaute, pflegte und großzog, wobei er die Straftat in Bezug auf Suchtgift in einer das Fünfundzwanzigfache der Grenzmenge (§ 28 b SMG) übersteigende Menge begangen hat.

2. von 2006 bis 8.10.2009 vorschriftswidrig Cannabis in einer nicht mehr festzustellenden Menge besessen, indem er es gemischt mit Tabak ca 3mal wöchentlich verraucht hat.

3. von Herbst 2008 bis 8.10.2009 vorschriftswidrig psychotrope Stoffe besessen, indem er ca. 0,5g psilocin- und psilocobinhältige Pilze im Wald sammelte und bei sich zu Hause aufbewahrte.

M hat hierdurch

Zu 1.) das Verbrechen des Suchtgifthandels nach §§ 28 a Abs 1 und Abs 4 Z 3 SMG, 15 StGB;

Zu 2.) das Verbrechen des unerlaubten Umganges mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 2. Fall SMG;

zu 3.) das Vergehen des unerlaubten Umganges mit psychotropen Stoffen nach § 30 Abs 1 1. und 2. Fall SMG begangen und wird hierfür unter Anwendung des § 28 StGB nach zu bestrafen sein.“

Die Begründung der Anklage lautete wie folgt: „[...] Bei einer Hausdurchsuchung am 08.10.2009 konnten auf seinem Grundstück ca. 300 noch nicht abgeerntet Hanfpflanzen sowie in seinem Haus be-

3 Kierl/Ratz Aktuelle Entwicklungen in der Judikatur des OGH in Strafsachen. Skript der Anwaltsakademie vom 23.03.2010 33; Schwaighofer in WK<sup>2</sup> SMG § 27 Rz 48 ff.

4 Mahmoud E. A. EL-Ghany Molekulargenetische Diversität einer monözischen und einer diözischen Hanfsorte und Analyse des Fasergehaltes von verschiedenen Hanfformen 6 ff (<http://sundoc.bibliothek.uni-halle.de/diss-online/02/02H056/t3>).

reits abgeerntetes und getrocknetes Cannabis-kraut und Cannabisnarz sichergestellt werden. Die von der Polizei im Zuge der Hausdurchsuchung „geernteten“ und sichergestellten Hanfpflanzen enthielten 629 +/- 52 g Reinsubstanz Delta 9 THC. Die bereits abgeernteten Pflanzen enthielten in Form von Cannabisnarz und Cannabisnarz 131 +/- 8 Reinsubstanz Delta 9 THC [...].“

Wiederum wurde in der Anklage die rechtliche Differenzierung zwischen angebautem Suchtgift und geernteten Suchtgift übersehen (siehe im 2. Akt), dies allerdings mit weit massiveren Auswirkungen. Die Grenzmenge bei Delta 9 THC beträgt 20 g. Dies entspricht bei einem durchschnittlichen Reinheitsgehalt von 5 % der Menge von 400 g Cannabisnarz – im Volksmund auch „Gras“ genannt. Die StA klagte Herrn T wegen der Überschreitung der 25-fachen Grenzmenge nach dem zweithöchsten Strafsatz des SMG an (1 – 15 Jahre Freiheitsstrafe). Zu beachten ist außerdem, dass der § 28a Abs 4 SMG keine Privilegierung gem § 27 Abs 5 SMG kennt. Richtigerweise hätte Herr M wegen des Anbaus der 300 Hanfpflanzen nicht gem § 28a Abs 4 SMG, sondern gem § 28 Abs 2 SMG angeklagt werden müssen, wobei hier mit der Privilegierung des § 28 Abs 4 SMG ein Strafsatz von drei Jahren anzuwenden ist. Bezüglich der abgeernteten Pflanzen wäre die sechsfache Grenzmenge überschritten und daher § 28a Abs 1 SMG anzuwenden gewesen, wobei wiederum mit der Privilegierung des § 28a Abs 3 erster Fall SMG ein Strafsatz von drei Jahren Freiheitsstrafe in Betracht gekommen wäre.

Alle diese Argumente wurden mittels Schriftsatz gem § 222 Abs 3 StPO dem Gericht dargelegt. Das Gericht folgte diesen Ausführungen, wobei Herr M zu einer bedingten Freiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt wurde, wobei auch die Privilegierung des § 28 Abs 4 zweiter Fall SMG angewendet wurde.

#### 4. Akt: Der straflose Besitz eines Pilzes

Herr M wurde verfehlt auch wegen des Vergehens des Umganges mit psychotropen Stoffen nach § 30 Abs 1 erster und zweiter Fall SMG verurteilt. Im Untersuchungsbericht der Polizei wurde der Gehalt von Psilocin und Psilocybin im Pilz festgestellt. Das Erstgericht subsumierte die psilocin- und psilocy-

binhaltigen Pilze verfehlt unter dem Begriff der „psychotropen Stoffe“ iSv § 3 SMG. Psychotrope Stoffe sind demnach Stoffe und Zubereitungen, die durch das Übereinkommen der Vereinten Nationen über psychotrope Stoffe Beschränkungen im Sinne des § 2 Abs 2 SMG unterworfen, in den Anhängen III und IV dieses Übereinkommens enthalten und mit Verordnung der Bundesministerin für Gesundheit, Familie und Jugend als psychotrope Stoffe bezeichnet sind. Da die Stoffe Psilocin und Psilocybin jedoch in der Aufzählung des Übereinkommens der Vereinten Nationen über psychotrope Stoffe in den Anhängen III und IV nicht vorkommen, fallen diese Stoffe nicht unter den Begriff des psychotropen Stoffes des § 3 SMG. Somit ist der Tatbestand des § 30 SMG nicht erfüllt. Vielmehr wäre der gegenständliche Sachverhalt unter die Bestimmung des § 27 Abs 1 Z 3 SMG als *lex specialis* zu subsumieren gewesen. Demnach ist, wer vorschriftswidrig psilocin-, psilocin- oder psilocybinhaltige Pilze einem anderen anbietet, überlässt, verschafft oder zum Zweck des Suchtgiftmissbrauchs anbaut, zu verurteilen. Nach dem klaren Gesetzeswortlaut des § 27 Abs 1 Z 3 SMG ist der schlichte Besitz von psilocin-, psilocin- oder psilocybinhaltigen Pilzen nicht tatbestandsmäßig und somit nicht strafbar<sup>5</sup>. Bei richtiger Subsumtion des Sachverhaltes wäre der Angeklagte in diesem Punkt freizusprechen gewesen<sup>6</sup>.

#### 5. Schlussfolgerungen für den im Strafrecht tätigen Juristen

Das neue SMG ist nunmehr zweieinhalb Jahre in Kraft. Wie die vorliegenden Entscheidungen zeigen, sind Teilen der Justiz die wichtigsten Grundsatzentscheidungen des OGH zum neuen SMG offenbar noch immer unbekannt. Die Normen des SMG werden falsch angewendet. In der täglichen Praxis ist auch eine gewisse „Copy-and-paste-Gesinnung der Staatsanwaltschaften“ feststellbar. Der Strafverteidiger ist daher aufgerufen, sich mit dem „Problemkind SMG“ aktiv auf juristischer Ebene auseinanderzusetzen, da viele Strafanträge bzw. Anklageschriften Fehler enthalten, die teilweise von den Gerichten einfach übernommen werden. Um solche Übernahmen von vornherein zu verhindern, ist die in § 222 Abs 3 StPO vorgesehene Möglichkeit einer Gegenäußerung, in welcher all die rechtlichen Gegenargumente gut dargelegt werden können, hilfreich.

5 Schwaighofer in WK<sup>2</sup> SMG § 27 Rz 52; Litzka/Matzka/Zeder, SMG<sup>2</sup> (2009) § 27 Rz 53.

6 Diesbezüglich wurde eine Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes (§§ 23, 292 StPO) bei der Generalprokuratur angeregt. Diese wurde auch erhoben. Der Gerichtstag zur öffentlichen Verhandlung vor dem OGH ist für 15.12.2010 anberaumt.

Ich verhehle nicht, dass viele der Mandanten im Bereich des SMG nicht zu den einfachsten zählen und das Engagement des Verfahrenshelfers endlich ist – insbesondere, wenn die Chemie zwischen Mandanten und Anwalt nicht „passt“. Im Fall von Herrn M liegt doch ein massiver Unterschied, ob ein Strafraum von 0 – 3 Jahren (verhängte Strafe: 1 Jahr bedingt) oder von 1 – 15 Jahren (ver-

hängte Strafe: 3 Jahre teilbedingt?) angewendet wird. Bei rund 20.000 Anzeigen pro Jahr handelt es sich auch nicht um eine so kleine Zahl, dass die Thematik SMG keine Aufmerksamkeit verdiente.

#### Kontakt:

RA Mag. Arthur Machac  
machac@machac-kanzlei.at

## EGMR stellt Geschworenengericht nicht in Frage

Katharina Rueprecht, Wien

### Gliederung

- I. Einleitung
- II. Der Inhalt der Pressemitteilung zum Urteil der Großen Kammer
- III. Belgien trennt sich vom Grundsatz der „conviction in time“

### I. Einleitung

Der Bericht in JSt 2009, 123 ff über das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) v 13.1.2009, das die Begründung eines geschworenengerichtlichen Urteils für unerlässlich erklärte (Fall *Taxquet*)<sup>1</sup>, endete mit dem Hinweis auf das noch ausstehende endgültige Urteil in dieser Sache durch die Große Kammer des EGMR.

Nunmehr ist diese Entscheidung am 16. November 2010 in Straßburg verkündet worden. Sie löst das Problem auf diplomatische Weise. Einerseits bestätigt der EGMR, dass der Beschwerdeführer in seinem konkreten Fall durch das Fehlen der Begründung in seinem Recht auf ein faires Verfahren nach Art 6 § 1 MRK verletzt wurde. Andererseits sieht der EGMR aber keinen Anlass, das Jurysystem, das keine Begründung des Urteils verlangt, in Frage zu stellen. Das soll jedes Land mit sich selbst ausmachen<sup>2</sup>.

Im Folgenden wird der Inhalt des Urteils in der Kurzfassung der Pressemitteilung des EGMR (Nr.



Katharina Rueprecht

857 v 16.11.2010)<sup>3</sup> in der Übersetzung aus dem Französischen durch die Verfasserin mit Ausnahme des Sachverhalts und der Prozessgeschichte wiedergegeben. Stellenweise wird zum besseren Verständnis in Fußnoten auf die ungekürzte Urteilsfassung<sup>4</sup> Bezug genommen.

### II. Der Inhalt der Pressemitteilung zum Urteil der Großen Kammer

„Der Gerichtshof kommt zu dem Ergebnis, dass er die Institution Jurysystem nicht in Frage stellen kann, dass aber Herrn *Taxquet* in seinem speziellen Fall nicht genügend prozessuale Schutzmaßnahmen zuteilwurde, um ihm zu ermöglichen, zu verstehen, warum er schuldig gesprochen wurde.

In dem heute verkündeten Urteil der Großen Kammer im Fall *Taxquet* gg Belgien<sup>5</sup>, das endgültig ist<sup>6</sup>, stellt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte einstimmig eine **Verletzung des Artikels 6 Abs. 1 (Recht auf ein faires Verfahren) der Europäischen Menschenrechtskonvention** fest.

Hr. *Taxquet* beschwerte sich beim Gerichtshof im Wesentlichen darüber, dass die Verurteilung durch ein Geschworenengericht auf einem unbegründeten Schuldspruch beruhte und kein Rechtsmittel an eine Instanz, die alle Aspekte des Falles überprüft, möglich war.

1 Rueprecht, EGMR ändert Rechtsprechung. Auch geschworenengerichtliches Urteil ohne Begründung verstößt gegen Art 6 MRK.

2 Siehe eingehend, rechtsvergleichend und mit Lösungsvorschlag Moos, Die Begründung der Geschworenengerichtsurteile, JBl 2010, 73 ff.

3 <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-pr-en>.

4 <http://www.echr.coe.int/echr/>. Auf Aufforderung versendet die Verfasserin gerne das Urteil als Word-Dokument in Englisch oder/und Französisch.

5 Bsw. Nr. 926/05-

6 Art. 44 der Konvention.