

# **STRAFRECHTLICHES KURZGUTACHTEN**

erstellt von

Univ.-Prof. Dr. Alois Birkbauer  
Institut für Strafrechtswissenschaften der Universität Linz  
Altenberger Straße 69  
A-4040 Linz

**Linz, September 2015**

Der Unterfertigte wurde seitens *Stivi Wolyniec, 1060 Wien, Esterhazygasse 32-34*, ersucht, zum angeführten Sachverhalt im Hinblick auf eine allfällige Strafbarkeit nach den Bestimmungen des österreichischen Suchtmittelgesetzes (SMG) in der geltenden Fassung kurz Stellung zu nehmen.

## Sachverhalt

Am 18. September 2015 eröffnen der Verein „Hanfmuseum“ und Bushplanet die „Hemp Embassy Vienna“. Dort werden lebende Hanfpflanzen in allen Stadien der Blühphase ausgestellt. Dabei werden Sorten verwendet, die auch als Medizinal- und Genussmittelpflanzen zum Einsatz kommen. In sieben Vitrinen aus Sicherheitsglas wird jeweils eine Sorte vom Blühbeginn bis zur Erntereife präsentiert. Durch kleine Öffnungen im Glas kann jede Sorte auch einzeln olfaktorisch (mit dem Geruchssinn) wahrgenommen werden. Dazu gibt es ausführliche Informationen zu jeder Blühphase, wie zB THC- und CBC-Gehalt, Dauer der Blühphase und genetische Herkunft. Zusätzlich wird der Blüteverlauf jeder Pflanze gefilmt und kann auch auf der Website [www.hempembassy.org](http://www.hempembassy.org) verfolgt werden.

Darüber hinaus werden allgemeine Informationen zum Thema Hanf, Entkriminalisierung und Legalisierung geboten. Ein kleiner Museumsshop rundet das Angebot der Hemp Embassy Vienna ab. Geöffnet ist die Hemp Embassy Vienna von Montag bis Samstag von 12 bis 20 Uhr. Für alle Besucher ist der Eintritt frei.

## Rechtliche Beurteilung

### a) Tatobjekt Suchtgift

Suchtgifte sind entsprechend § 2 Abs 1 SMG<sup>1</sup> Stoffe und Zubereitungen, die durch die Einzige Suchtgiftkonvention der Vereinten Nationen vom 30. März 1961 zu New York (ESK)<sup>2</sup> Beschränkungen hinsichtlich der Erzeugung (Gewinnung und Herstellung), des Besitzes, Verkehrs, der Ein-, Aus- und Durchfuhr, der Gebarung oder Anwendung unterworfen und mit Verordnung des der Bundesministerin für Gesundheit, Familie und Jugend als Suchtgifte bezeichnet sind<sup>3</sup>. Nach § 2 Abs 4 SMG unterliegt nach Maßgabe der ESK und des SMG auch die Cannabispflanze den angeführten Beschränkungen.

Anhang I Punkt I.1.a der Suchtgiftverordnung (SV) versteht unter **Cannabis (Marihuana)** die **Blüten- oder Fruchtstände** der zur Gattung Cannabis gehörenden Pflanzen, denen das Harz nicht entzogen worden ist. Davon **ausgenommen** sind jene der Verwendung für ge-

---

<sup>1</sup> Bundesgesetz über Suchtgifte, psychotrope Stoffe und Drogenausgangsstoffe (Suchtmittelgesetz – SMG), BGBl I 112/1997 in der geltenden Fassung.

<sup>2</sup> BGBl 531/1978.

<sup>3</sup> Verordnung der Bundesministerin für Arbeit, Gesundheit und Soziales über den Verkehr und die Gebarung mit Suchtgiften (Suchtgiftverordnung – SV), BGBl II 374/1997.

werbliche Zwecke dienenden Blüten- und Fruchtstände jener **Hanfsorten**, die in bestimmten dort genannten Listen angeführt sind und deren Gehalt an Tetrahydrokanabinol 0,3 % nicht übersteigt, sofern ein Missbrauch als Suchtgift ausgeschlossen ist. Weiters sind davon ausgenommen die nicht mit Blüten- oder Fruchtständen vermengten Samen und Blätter der zur Gattung Cannabis gehörenden Pflanzen. Als **Cannabisharz (Haschisch)** wird entsprechend der genannten Verordnung das abgesonderte Harz der zur Gattung Cannabis gehörenden Pflanzen verstanden.

Nach dem geschilderten Sachverhalt sind in den Räumlichkeiten der Hemp Embassy Vienna lediglich verschiedene Pflanzen vom Blühbeginn bis zur Erntereife ausgestellt, nicht jedoch (abgeerntete) Blüten- oder Fruchtstände. **Pflanzen, die blühen**, werden von der in Österreich herrschenden Meinung **noch nicht als Suchtgift verstanden**, weil Voraussetzung für die Erfüllung des Suchtgiftbegriffs im Sinne von § 2 Abs 1 SMG ist die Trennung der suchtgifthältigen Teile (Blüten, Fruchtstände, Harz) von der Pflanze ist<sup>4</sup>. Solange dieses **Abernten nicht erfolgt**, sind entsprechend § 2 Abs 4 SMG die im Suchtmittelstrafrecht normierten **Strafbestimmungen für Cannabispflanzen maßgeblich**. Dabei ist, zumal Anhang I Punkt I.1.a (SV) den Anbau bestimmter Hanfsorten ausdrücklich zulässt, jedenfalls davon auszugehen, dass in Österreich **kein generelles Anbau- und Aufzuchtverbot für Hanfpflanzen** besteht.

b) Tathandlung Anbau bzw Erzeugung

§ 6 Abs 1 SMG verbietet grundsätzlich die Erzeugung, Verarbeitung, Umwandlung sowie den Erwerb und Besitz von Suchtmitteln, sofern keine dort genannte Ausnahme vorliegt. **§ 6 Abs 2 SMG** normiert Regelungen hinsichtlich des Anbaus von (nicht näher genannten) Pflanzen, wobei **verboten** nur der **Anbau zwecks Gewinnung von Suchtgift** ist. Aus den unter Punkt a) getroffenen Überlegungen zum Suchtgiftbegriff von Cannabispflanzen folgt, dass für den gutachtensgegenständlichen Sachverhalt lediglich die Regelung des § 6 Abs 2 SMG relevant ist und für die Hemp Embassy Vienna demnach **nur der Anbau von Cannabispflanzen zwecks Gewinnung von Suchtgift verboten** ist.

Das in § 6 Abs 2 SMG normierte Verbot ist mit den **gerichtlichen Strafbestimmungen für Suchtgifte** zusammenzulesen, würde es sich sonst mangels Sanktion um eine lex imperfecta handeln. Nach **§ 27 Abs 1 Z 2 SMG** steht unter anderem unter Strafe, wer vorschriftswidrig die **Cannabispflanze zum Zweck des Suchtgiftmissbrauchs anbaut**. Diese Strafbestimmung existiert seit 2008 (SMG-Novelle 2007)<sup>5</sup>. Vorher waren derartige Tathandlungen

<sup>4</sup> Siehe zum Meinungsstand *Litzka/Matzka/Zeder*, Suchtmittelgesetz. 2. Auflage (2009) § 27 Rz 44 ff; *Schwaighofer*, in: Höpfel/Ratz (Hrsg), Wiener Kommentar zum StGB. 2. Auflage. 70a. Lieferung (2011; im Folgenden: WK<sup>2</sup>) § 27 SMG Rz 49; *Machac*, Versuchter Suchtgifthandel aufgrund von Pollenflug? Ein Bericht über einen aktuellen Fall, JSt 2010, 197 f; OGH 14 Os 94/08t = RIS-Justiz RS0124029 (zuletzt 15 Os 21/15z).

<sup>5</sup> Vgl BGBl I 110/2007.

unter den Verwaltungsstraftatbestand des § 44 Abs 1 Z 1 SMG zu subsumieren<sup>6</sup>. **§ 28 Abs 1 zweiter Satz SMG** kriminalisiert denjenigen, der die in § 27 Abs 1 Z 2 SMG genannten Pflanzen zum Zweck der Gewinnung einer die Grenzmenge (§ 28b SMG) übersteigenden Menge anbaut.

Unter „**Anbau**“ sind alle Tätigkeiten zu verstehen, die diese Pflanzen entstehen und wachsen lassen<sup>7</sup>, also etwa das „Aussetzen“, „Anpflanzen“, „Aufziehen“, „Züchten“ oder „Kultivieren“<sup>8</sup>. Ob es sich beim Anbau von Pflanzen **zum Zweck der Suchtgiftgewinnung** um eine tatbestandsmäßige „Erzeugung von Suchtgift“ handelt, war vor der SMG-Novelle 2007 umstritten, setzte doch nach der Rechtsprechung zu § 27 Abs 1 SMG das „Erzeugen von Suchtgift“ als umfassender Begriff bereits beim Anbau ein und reichte über die Aufzucht bis zur Erntereife<sup>9</sup>. Die nunmehrige Rechtslage schiebt dieser Interpretation einen Riegel vor. Der Anbau ist keinesfalls mehr als „versuchtes Erzeugen“ zu werten, sondern unterliegt bloß der Regelung der §§ 27 Abs 1 Z 1, 28 Abs 1 zweiter Satz SMG. Dies hat die Judikatur mittlerweile auch nachvollzogen<sup>10</sup>.

Hinsichtlich des „**Zwecks der Tathandlung**“ entspricht es dem Meinungsstand, dass es sich dabei um ein **subjektives Tatbestandsmerkmal** handelt (erweiterter Vorsatz<sup>11</sup>). Dieses muss allerdings keineswegs in der gesteigerten Form der Absicht (vgl § 5 Abs 2 StGB) vorliegen, sondern Eventualvorsatz als schwächste Vorsatzform (vgl § 5 Abs 1 zweiter Halbsatz StGB) reicht dafür aus<sup>12</sup>. Der Täter muss es somit nur **ernstlich für möglich halten und sich damit abfinden**, dass dem **Anbau der Pflanzen eine Gewinnung von Suchtgift folgt**, sei es durch ihn selbst, oder – wenn er die Pflanzen weiterveräußert – durch einen anderen. Im zuletzt genannten Fall würde er die Tatbegehungsform der Beitragstäterschaft (vgl § 12 3. Fall StGB) verwirklichen. Insofern ist auch der **Handel mit Cannabispflanzenstecklingen nicht strafbar**, außer man kann in Einzelfällen dem Händler nachweisen, dass der

<sup>6</sup> Die genannte Verwaltungsstrafbestimmung wurde durch die SMG-Novelle 2007 zwar nicht geändert, es ist nunmehr aber von Subsidiarität der Verwaltungsstrafbestimmung gegenüber §§ 27 ff SMG auszugehen.

<sup>7</sup> Siehe dazu etwa *Schwaighofer*, in WK<sup>2</sup> § 27 Rz 44; *Birklbauer/Keplinger*, SMG<sup>4</sup> § 27 Anm 15.

<sup>8</sup> OGH 14 Os 94/08t = RIS-Justiz RS0124029 (zuletzt 15 Os 21/15z).

<sup>9</sup> ZB OGH 12Os58/79 = RIS-Justiz RS0088423 (zuletzt 15Os84/98); 12Os124/94 = RIS-Justiz RS0088107 (zuletzt 15Os84/98); 12Os141/97 = RIS-Justiz RS0108972 (zuletzt 14Os71/11i). Dies war in der Literatur umstritten; siehe dazu etwa *Foregger/Litzka/Matzka*, Suchtmittelgesetz (1998) § 27 Anm. IV.4; *Birklbauer/Hauer/Keplinger*, Suchtmittelgesetz. Praxiskommentar. 2. Auflage (2008) 137 f; *Schwaighofer*, in: WK<sup>2</sup> § 27 SMG Rz 49.

<sup>10</sup> OGH 14 Os 94/08t = RIS-Justiz RS0124029 (zuletzt 15 Os 21/15z); siehe auch *Schwaighofer*, in: WK<sup>2</sup> § 27 SMG Rz 49; *Birklbauer/Keplinger*, Suchtmittelgesetz. Praxiskommentar. 4. Auflage (2015) § 27 Anm 15.

<sup>11</sup> Siehe etwa OGH 12 Os 160/119 = RIS-Justiz RS0127351 (zuletzt 15 Os 58/15s) hinsichtlich des für § 28 Abs 1 erforderlichen Vorsatzes, das Suchtgift in Verkehr zu setzen; vgl auch *Schwaighofer*, in: WK<sup>2</sup> § 28 SMG Rz 21, der jedoch zum Pflanzenanbau in § 28 Abs 1 zweiter Satz SMG kritisch anmerkt, dass der Inverkehrsetzungsvorsatz dafür nicht ausdrücklich genannt wird, wenngleich er dieses Erfordernis letztlich nicht in Frage stellt.

<sup>12</sup> Siehe dazu etwa *Birklbauer/Keplinger*, SMG<sup>4</sup> § 27 Anm 15.

Käufer aus dem Cannabiskraut der Pflanzen Suchtgift erzeugte und der Vorsatz des Händlers sich darauf erstreckte<sup>13</sup>.

Nach dem geschilderten gutachtensgegenständlichen Sachverhalt sollen die Cannabispflanzen im Bereich der Hemp Embassy Vienna lediglich zu Anschauungszwecken angebaut und aufgezogen werden. Es soll nicht darum gehen, daraus Suchtgift zu erzeugen. Ein diesbezügliches Verhalten ist seitens der Betreiber keinesfalls intendiert. Damit auch dritte Personen diese Pflanzen nicht dazu verwenden können, Suchtgift zu erzeugen, werden die Pflanzen in Vitrinen aus Sicherheitsglas ausgestellt. Damit ist augenscheinlich, dass die Betreiber keinen Vorsatz haben, weil sie alles unternehmen, damit Dritte keine Verhaltensweisen in Richtung Suchtgifterzeugung setzen können, Folglich scheidet auch eine strafbare Tatbeteiligung an einem Suchtmitteldelikt (§§ 27 Abs 1 Z 1, 28 Abs 1 zweiter Satz SMG iVm § 12 3. Fall StGB) aus.

### Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass das **Betreiben der Hemp Embassy Vienna**, zumal es (auch) um den Anbau von Cannabispflanzen geht, nach §§ 6 Abs 2, 27 Abs 1 Z 1, 28 Abs 1 zweiter Satz SMG zu beurteilen ist. Eine **Strafbarkeit** würde entsprechend dieser Vorschriften **nur** bestehen, wenn der „**Anbau**“ **zum Zwecke der Suchtgiftgewinnung** vorgenommen würde bzw eine dem Anbau folgende Suchtgiftgewinnung durch Dritte für möglich gehalten und in Kauf genommen würde. Ein auf einen solchen Zweck gerichteter Vorsatz ist bei den Betreibern der Hemp Embassy Vienna nicht ersichtlich. Im Gegenteil entspricht es der Zielsetzung der Hemp Embassy Vienna, Aufklärungsarbeit zu betreiben und für eine sachliche Diskussion über Hanf zu sorgen.

Die getroffenen Sicherheitsvorkehrungen lassen darüber hinaus erkennen, dass auch kein entsprechender Vorsatz vorliegt, dass Dritte eine Suchtgifterzeugung vornehmen können, zumal die blühenden Pflanzen in Vitrinen aus Sicherheitsglas ausgestellt werden. Vor diesem Hintergrund erscheint der gutachtensgegenständliche Sachverhalt **unter strafrechtlichen Gesichtspunkten unproblematisch**.



---

(Dr. Alois Birklbauer)

---

<sup>13</sup> Vgl OGH 12 Os 88/99; zustimmend *Schwaighofer*, in: WK<sup>2</sup> § 27 SMG Rz 47.