

Die strafrechtlichen Auswirkungen des Cannabis-Anbaus Teil 2

Stefan Ebensperger⁴³

Teil 1 ist in **juridikum** 1/01 erschienen.

c) §§ 27, 28 SMG (Erzeugung)
 aa) Gem § 27 Abs 1, der weitgehend dem früheren § 16 SGG entspricht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten oder mit Geldstrafe bis 360 Tagessätzen zu bestrafen, wer wider den bestehenden Vorschriften Suchtgift, also auch Cannabis(-produkte), erwirbt, besitzt⁴⁴, erzeugt, einführt, ausführt oder einem anderen überlässt oder verschafft. Es gilt zu untersuchen, ob der Anbau von Cannabis bereits eine versuchte oder gar vollendete Erzeugung darstellt, wie dies vom OGH in stRsp vertreten wird.

Die ESK enthält in Art 1 Legaldefinitionen, die auch von der österreichischen Lehre und Rsp zur Auslegung des SGG und des späteren SMG herangezogen wurden: Danach umfasst „Erzeugen“ sowohl die Gewinnung als auch die Herstellung von Suchtgift (Art 1 Abs 1 lit n ESK).

Unter *Gewinnung* wird hinsichtlich Cannabispflanzen die *Trennung des Cannabis und des Cannabisharzes von den Pflanzen*, aus denen sie gewonnen werden, verstanden (Art 1 Abs 1 lit t ESK). Eine solche Trennung kann insb durch Abschneiden oder Abreißen der (reifen) Blüten und Fruchtstände vom Stängel oder durch Abstreifen oder Ab-

schiütteln des Harzes erfolgen⁴⁵. § 27 ist somit *vollendet*, sobald der Täter eine entsprechende „Erntehandlung“ setzt (zum Versuch s III.3.b.). Der vom Täter angestrebte Erfolg ist für die Vollendung unbeachtlich, spielt aber uU eine Rolle bei der versuchten Erzeugung einer großen Menge (s III.3.c).

Der Ausdruck *Herstellung* bezeichnet alle zur Erzeugung von Suchtgiften geeigneten Verfahren mit Ausnahme der Gewinnung; er umfasst sowohl das *Reinigen* von Suchtgiften als auch deren *Umwandlung* in andere Suchtgifte (Art 1 Abs 1 lit n ESK). Herstellung spielt va bei Designerdrogen (*Ecstasy*) eine Rolle. Was Cannabisprodukte betrifft, so kommt die Herstellung bei Erzeugung von *Haschisch-Öl* in Betracht, da dabei THC destilliert und konzentriert und somit gereinigt wird. Vollendet ist die Tat dann, sobald (eine, wenn auch geringe Menge) Öl destilliert wurde. Hat aber derselbe Täter das Ausgangsmaterial (Haschisch, Marihuana) geerntet, so ist die Erzeugung von Suchtgift bereits mit Erntebeginn vollendet.

Nach diesen Definitionen der ESK fällt der *Anbau* eindeutig *nicht* unter die *Erzeugung*.

Eine bestimmte Mindestmenge an Suchtgift ist für die Tatbestandsmäßigkeit nach § 27 nicht erforderlich; es ge-

nügt bereits die (versuchte) Erzeugung einer geringen Menge der rauscherzeugenden Substanz⁴⁶, also theoretisch auch die Abtrennung einer einzigen Blüte mit entsprechendem Erzeugungsvor- satz. Allerdings spielt die Menge des erzeugten Suchtgifts (THC) für die Strafzu- messung sowie für § 28 eine Rolle:

bb) Gem § 28 Abs 2, der weitgehend dem früheren § 12 Abs 1 bis 4 SGG entspricht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren zu bestrafen, wer Suchtgift in einer großen Menge (sog „Grenzmenge“), erzeugt, einführt, ausführt oder in Verkehr setzt⁴⁷. Aufgrund der Suchtgift-Grenzmengenverordnung (SGV)⁴⁸ beträgt die Grenzmenge bei Cannabis bereits⁴⁹ 20 g THC (Punkt 4 im Anhang der SGV). Falls die Suchtgiftmenge das 25fache der Grenzmenge (500 g THC) erreicht, ist der Täter gem § 28 Abs 4 Z 3 mit einer Freiheitsstrafe von einem bis zu fünfzehn Jahren zu bestrafen. Eine solche „Übermenge“ kann sich bereits in einem Liter Haschisch-Öl befinden. Wer also Cannabis mit einer Grenz- bzw Übermenge gewinnt, vollendet – bei Vorsatz auf Erzeugung dieser Menge – § 28 Abs 2 bzw § 28 Abs 4 Z 3 (zum Versuch s III.3.c). Für den OGH hingegen, der bereits den Anbau als Erzeugung ansieht (s II.2.), ist das Delikt schon in dem Zeitpunkt vollendet, da die angebauten Cannabispflanzen in ihrem Reifungsprozess einen THC-Gehalt von dieser Menge erreichen⁵⁰; Erntereife oder gar Ernte ist nach dieser Judikatur nicht erforderlich.

Bei der Ermittlung der Grenzmenge spielt die Anzahl der Pflanzen keine Rolle⁵¹, da der THC-Gehalt in den einzelnen Stauden mitunter stark variiert⁵². Gleiches gilt für die Bestimmung des THC-Gehaltes aus verschiedenen, vom selben Täter angebauten Hanfsorten. THC-Einzelmengen aus verschiedenen Tathandlungen sind bei

⁴³ Herrn o. Univ.-Prof. Dr. Klaus Schwaighofer danke ich für die kritische Durchsicht des Manuskripts und seine wertvollen Anregungen.

⁴⁴ Der Besitz von in und an Pflanzen befindlichem Suchtgift (THC, Cannabis) wird durch den Anbau und später von der Erzeugung konsumiert (s III.4.b).

⁴⁵ S genauer unter I.3. *Keine (vollendete) Gewinnung* ist es, wenn der Täter den oberirdischen Teil der Pflanze im Ganzen (von den Wurzeln) abschneidet, um die Abtren-

nung von Blüten oder Harz erst zu einem späteren Zeitpunkt durchzuführen; bei Ausführungsnähe wird dieses Abschneiden aber eine versuchte Erzeugung darstellen (s III.3.b.).

⁴⁶ 15 Os 84/98 (nv).

⁴⁷ Als weitere Sanktion darf Personen, die Suchtgift in einer großen Menge erzeugt haben, kein Reisepass ausgestellt werden (§ 14 Abs 1 Z 3 lit f PaßG); außerdem gelten sie als verkehrsuntauglich (§ 7 Abs 4 Z 5 FSG).

⁴⁸ Verordnung der Bundesministerin für Arbeit, Gesundheit und Soziales über die Untergrenzen einer großen Menge (Grenzmengen) bezüglich der Suchtgifte (Suchtgift-Grenzmengenverordnung – SGV); BGBl II 1997/377 idF BGBl II 145/2001.

⁴⁹ Im Hinblick darauf, dass THC erwiesenermaßen keine körperliche Abhängigkeit hervorrufen kann und der gelegentliche Konsum auch nicht zu psychischer Abhängigkeit führt, wird diese relativ niedrige

Menge von Schwaighofer zu Recht kritisiert (Das neue Suchtmittelrecht, 1997, 40 f; Verfassungswidrigkeit des strafrechtlichen Cannabisverbots, juridikum 2000, 31 [33]).

⁵⁰ 12 Os 59, 60/92 (nv).

⁵¹ EvBl 1995/63.

⁵² Der THC-Gehalt kann bei den stärksten Hanfsorten bis zu 70 mal stärker sein als bei den schwäcsten; Schmidbauer/vom Scheidt, Handbuch 81.

Fortsetzungszusammenhang zusammenzurechnen⁵³.

Dies spielt insb bei der sukzessiven Ernte von Cannabispflanzen eine Rolle, wenn die einzelnen geernteten Mengen die Grenzmenge bzw Übermenge nur insgesamt erreichen und der Vorsatz des Täters auf eine große bzw Übermenge gerichtet war. Bei mehreren (Mit-)Tätern ist jedem einzelnen die insgesamt erzeugte Menge zuzurechnen⁵⁴.

2. Gerichtliche oder verwaltungsrechtliche Strafbarkeit des Anbaus?

Nach ständiger Rechtsprechung⁵⁵ des OGH fällt der Anbau und die Aufzucht von Cannabispflanzen bis zur Erntereife oder knapp davor unter den Begriff der „Erzeugung“, und ist nach dieser Rechtsansicht somit gerichtlich strafbar (§§ 27, 28). Erzeugung setze bereits beim Anbau ein und umfasse jeden Akt der Aufzucht bis zur Erntereife, daher komme ab diesem Zeitpunkt ein Versuch nicht in Betracht⁵⁶. Für den OGH ist offenbar § 27 Abs 1 3. Fall bereits mit dem Einpflanzen der Hanfkörper vollendet, da aber § 27 Abs 1 das Vorliegen von Suchtgift (s III.1.c) verlangt und Hanfsamen (ebenso wie Hanfpflanzen in einem frühen Entwicklungsstadium) noch kein THC/Suchtgift enthalten, kann kurz nach dem Einpflanzen noch nicht von einem „Erzeugen von Suchtgift“ gesprochen werden und ist § 27 Abs 1 noch keinesfalls vollendet.

Nach Kodek/Fabrizy⁵⁷ sind Verletzungen des Anbauverbots als Verwaltungsübertretung zu ahnden, sofern noch kein Suchtgift erzeugt wurde und auch keine versuchte Erzeugung angenommen werden kann. Auch nach Foregger/Litzka/Matzka⁵⁸ und einem Erlass des Justizministeriums⁵⁹ ist der Anbau der Cannabispflanze, das „Aus-

setzen“, „Züchten“ oder „Aufziehen“ von Pflanzen zur Suchtgiftgewinnung „in der Regel“ eine der allfälligen Erzeugung von Suchtgift vorangehende Handlung, die dem gerichtlichen Strafrecht nicht unterstellt werden kann. Der Anbau von Pflanzen könne allenfalls (eine verbotene Zweckbestimmung des Anbaus vorausgesetzt) als Versuch der Gewinnung von Suchtgift beurteilt werden. Dabei werde die Ausführungsnahe der Tathandlung in jedem Einzelfall im Sinne einer Abgrenzung strafloser Vorbereitungshandlungen vom strafbaren Versuch zu prüfen sein. Die bloße Reifung der Pflanzen bis zur Erntereife werde die Ausführungsnahe der Tathandlung in der Regel nicht herstellen. Die Strafbefugnis sei daher in Fällen des Anbaus von Pflanzen zum Zweck der Suchtgiftgewinnung in der Regel von der Verwaltungsbehörde wahrzunehmen.

Dem kann nur zugestimmt werden: Das SMG (§§ 6 Abs 2, 27 Abs 1) wie auch die ESK (Art 1 Abs 1) und das Suchtgift-Übk (Art 3 Abs 1 lit a) unterscheiden schon terminologisch zwischen der Erzeugung und dem Anbau von Suchtgift. Dafür, dass das „Erzeugen“ den Anbau begrifflich erfasst – wie dies vom OGH judiziert wird – finden sich weder im SMG noch in der ESK und dem Suchtgift-Übk irgendwelche Anhaltspunkte.

Richtigerweise ist der Anbau aufgrund des Wortlauts des § 6 Abs 2 („Anbau von Pflanzen zwecks Gewinnung eines Suchtgifts“) als eine vorgelagerte Handlung der Gewinnung anzusehen, vergleichbar etwa mit der Beschaffung von Werkzeug für einen später durchzuführenden Einbruch oder der Besorgung von Blankoformularen und Stempel zwecks Herstellung einer falschen Urkunde. Solche Vorbereitungshandlungen⁶⁰ sind im

Allgemeinen straflos, es sei denn, sie werden selbstständig als Vorbereitungsdelikte vertreten (zB § 227 StGB). In Ermangelung eines solchen beginnt die Strafbarkeit der Haupttat erst mit Setzung einer ausführungsnahen Handlung⁶¹ iSd § 15 Abs 2 StGB. Der Anbau stellt noch keine ausführungsnahe Handlung, sondern bloß eine (nach dem Verwaltungsstrafrecht zu ahndende) Vorbereitungshandlung der Erzeugung dar. Würde man beim bloßen Hanfanbau zur Suchtgiftgewinnung bereits einen gerichtlich strafbaren Versuch der Erzeugung oder gar wie der OGH eine vollendete Erzeugung annehmen, käme dieser Verwaltungsstraftatbestand niemals zur Anwendung, was aber dem Willen des Gesetzgebers mit Sicherheit nicht entspricht⁶², da er diese Verwaltungsübertretung sonst nicht geschaffen hätte. Durch die dzt praktizierte falsche Subsumtion der (bloßen) Aufzucht von Cannabispflanzen unter Erzeugung von Suchtgift (§ 27 Abs 1) und die damit einhergehende gerichtliche Verfolgung/Bestrafung überschreiten die Gerichte quasi ihre Zuständigkeit, da der (bloße) Anbau zum Verwaltungsstrafrecht zählt (§ 44)⁶³.

Der Anbau stellt somit im Gegensatz zur Meinung des OGH keine gerichtlich strafbare Handlung sondern eine Verwaltungsübertretung dar. Dies hat als Konsequenz, dass eine Freiheitsstrafe nicht alternativ (§ 27), sondern nur im Nichteinbringungsfall und in wesentlich geringerem Ausmaß verhängt werden kann, dass keine Qualifikationen, insb keine Grenzmenge (§ 28), vorgesehen sind und dass es zu keiner Eintragung im Strafregister kommt. Andererseits besteht im Verwaltungsstrafrecht keine Möglichkeit einer Diver-

⁵³ Foregger/Litzka/Matzka, SMG § 28 III.2 unter Hinweis auf die einschlägige Rsp.

⁵⁴ EvBl 1995/62.

⁵⁵ EvBl 1980/9 = SST 50/36; 12 Os 59, 60/92; RZ 1994/69; EvBl 1995/62, 63; 13 Os 87/97; 14 Os 141/97; EvBl 1998/81 = RZ 1998/38. Auch nach Inkrafttreten des SMG hielt der OGH an seiner früheren Rsp fest, wie die letzte der angeführten Entscheidungen zeigt.

⁵⁶ EvBl 1995/63; 15 Os 84/98 (entgegen der Ansicht des Erstgerichts, welches das Einpflanzen des Saatgutes und Aufziehen der Pflanzen bis zu einer Größe von ca 10 cm als ver-

suchte Erzeugung gem §§ 15 StGB, 27 Abs 1 SMG ansah).

⁵⁷ Kodek/Fabrizy, SMG § 6 Erl 2; Kodek, SGG § 3 Anm 3.3 und § 24 Anm 2.

⁵⁸ Foregger/Litzka/Matzka, SMG § 6 Anm III.3.

⁵⁹ Erlass vom 4.1.1996, JABl 1996/15, über die strafrechtliche Beurteilung des Anbaus von Pflanzen, aus denen Suchtgift gewonnen werden kann; dieser hat nach dem Einführungserlass vom 12.12.1997 zum Suchtmittelgesetz (JABl 1998/2, Pkt 2.8.1.) weiterhin Gültigkeit.

⁶⁰ Vorbereitungshandlungen sind Handlungen, welche die spätere

Ausführung der Tat ermöglichen, erleichtern oder absichern sollen; Kienapfel/Höpfel, AT⁸ Z 21 Rz 4.

⁶¹ Eine ausführungsnahe Handlung ist nach der Eindruckstheorie eine Handlung, die „aus wertender Sicht ex ante und unter Berücksichtigung der konkreten Vorstellungen des Täters unmittelbar, dh ohne weitere Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung einmünden sollte“ (wie zB das Abtasten der Kleidung durch einen Taschendieb). Alle Handlungen, die der Täter vor dieser Handlung setzt, stellen straflose Vorbereitungshandlungen dar; Kienapfel/Höpfel, AT⁸ Z 21 Rz 18 ff.

⁶² So auch Foregger/Litzka/Matzka, SMG § 27 Anm IV.4.

⁶³ Die Sicherheitsbehörden brächten einen bloßen Anbau (ohne erfolgte oder versuchte Ernte) der Sta gar nicht anzuzeigen, da dies (wie zB das bloße Nichteinhalten der Gurtengpflicht) in die alleinige Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden fällt. In der Praxis wird freilich (aufgrund der Rsp des OGH) auch ein bloßer Anbau der Sta gemeldet.

sion (§§ 90a ff StPO, §§ 6 ff JGG, § 35 Abs 2 SMG⁶⁴). Auch eine Einziehung (§ 34 SMG, § 26 StGB) von Cannabispflanzen kommt mangels einer gerichtlichen Straftat nicht in Betracht⁶⁵; allerdings kann im Straferkenntnis der Verwaltungsbehörde gem § 44 vorletzter Satz auf Verfall der den Gegenstand der strafbaren Handlung bildenden Sachen erkannt werden. Zum Versuch s gleich unten.

3. Versuch

a) Versuchter Anbau?

Da der Anbau eine Verwaltungsübertretung und keine gerichtlich strafbare Handlung darstellt, ist ein Versuch des § 44 Z 1 iVm § 6 Abs 2, also ein „Anbauversuch“, zB durch Heranschaffen des Saatgutes an eine vorbereitete Fläche oder die Vorbereitung des Erdbodens (als ausführungsnahe Handlung), nicht strafbar: Nach § 8 Abs 1 VStG ist ein Versuch von Verwaltungsstübertretungen nur strafbar, soweit er ausdrücklich für strafbar erklärt wird; das ist hier nicht der Fall⁶⁶.

b) Versuchte Erzeugung

Der Täter setzt bezüglich der Gewinnung eine ausführungsnahe Handlung - wenn er sich Erntewerkzeuge (Messer etc) herrichtet, um unmittelbar (also ohne weitere Zwischenakte) darauf die Ernte (der Blüten/des Harzes) durchzuführen. Ebenso, wenn er die reifen Pflanzen zunächst (ganz) abschneidet, um kurz darauf die Blüten von (größeren) Blättern und Stängeln zu trennen. Bei der Herstellung von Haschisch-Öl (soweit er das dazu benötigte Haschisch oder Marihuana nicht selbst schon geerntet hat) setzt er eine ausführungsnahe Handlung, wenn er den Destillierapparat herrichtet, um ihn kurz darauf in Betrieb zu nehmen, oder das Marihuana/Haschisch in den Apparat füllt. Handlungen, die vor den eben erwähnten gesetzt werden, also insb Aufzuchthandlungen (s I.3.), stellen im Hinblick auf die Strafbarkeit nach § 27

Abs 1 3. Fall noch straflose Vorbereitungshandlungen dar (s III.1).

Generell bleibt aber für ausführungsnahe Erzeugungshandlungen und damit für einen versuchte Erzeugung nach § 27 Abs 1 wenig Raum, da Aufzuchthandlungen ja unter § 6 Abs 2 fallen und bei der Erzeugung mit der Setzung einer Erzeugungshandlung das Delikt bereits vollendet ist (auch wenn der Täter nach seinem Plan mit der Ernte oder Destillation noch gar nicht fertig ist). Dies hat zur Folge, dass ein Versuch durch eine Ausführungshandlung beim Erzeugen iSd § 27 Abs 1 SMG nicht möglich ist: Eine *Ausführungshandlung* ist eine der Tathandlung (Erzeugung von Suchtgift) entsprechende Aktion, hier also die Trennung der Cannabis bzw des Cannabisharzes von der restlichen Pflanze durch Abreißen, Abschneiden, Abstreifen oder Abstäuben (oder beim Haschisch-Öl durch das Destillieren). Setzt der Täter ein solches Verhalten, vollendet er bereits § 27 Abs 1 3. Fall.

c) Versuchte Erzeugung einer großen Menge

Bezüglich der ausführungsnahen Handlung kann auf b) verwiesen werden; zusätzlich ist ein Erzeugungsvorsatz im Hinblick auf eine große Menge erforderlich (voller Tatentschluss): Der Täter muss es zumindest ernsthaft für möglich halten und sich damit abfinden (§ 5 Abs 1 StGB), dass der THC-Gehalt 20 g (§ 28 Abs 2 SMG iVm § 1 und dem Anhang der SGV) erreichen bzw dass er eine dementsprechende Menge Cannabis erzeugen wird.

Im Falle des § 28 Abs 2 ist theoretisch auch ein Versuch durch eine Ausführungshandlung denkbar: Beginnt der Täter mit der Ernte von Hanfpflanzen, die eine große Menge enthalten, und will er auch eine entsprechende Menge erzeugen, so begeht er eine versuchte Erzeugung einer großen Menge Suchtgift, die in dem Zeitpunkt in die Vollendung übergeht, sobald der

Täter eine entsprechende Menge Cannabis geerntet hat. Praktisch bedeutsamer ist der Fall der *sukzessiven Ernte* einer großen Menge: Erntet der Täter (zunächst) nur eine geringe Menge, hat er aber den (Gesamt-)Vorsatz, durch mehrere Ernten *insgesamt* eine große Menge zu gewinnen, so liegt der Versuch der Erzeugung einer großen Menge Suchtgift vor, wenn es dem Täter letztlich (insb wegen Tatentdeckung) nicht gelingt, eine große Menge zu gewinnen. Gleiches gilt für die Übermenge gem § 28 Abs 4 Z 3.

Will der Täter eine der Grenzmenge (Übermenge) entsprechende Quantität ernten und hält er es zumindest ernsthaft für möglich und findet sich damit ab, dass die Pflanzen eine entsprechende THC-Menge enthalten, was aber in Wirklichkeit nicht vorliegt, so liegt bez der Ernte nach der Eindruckstheorie⁶⁷ lediglich ein *relativ unauglicher Versuch* vor.

Laut OGH liegt ein *Versuch* des § 28 Abs 2 bereits vor, wenn der THC-Gehalt der angebauten Teilmenge zum Zeitpunkt der Tatentdeckung die Grenzmenge zwar noch nicht erreicht, wenn aber aufgrund weiter gehender Ausreifung der Pflanzen *eine große Menge an Suchtgift hätte gewonnen werden können*. Nach Auffassung des OGH handelt es sich nur dann um einen absolut unauglichen und damit straflosen Versuch (§ 15 Abs 3 StGB), wenn die Tatvollendung *nach Art der Handlung* unter keinen Umständen möglich gewesen wäre; deshalb sei es belanglos, ob im konkreten Fall aufgrund der Anbaumethoden tatsächlich eine große Menge THC erzeugt worden wäre⁶⁸.

Geht man davon aus, dass bereits aus einer einzigen Pflanze theoretisch bis zu 1,5 kg Marihuana gewonnen werden können, was die Grenzmenge bereits mehrfach übersteigen kann, so führt diese Rsp in letzter Konsequenz dazu, dass für eine Verurteilung wegen versuchter Erzeugung einer großen Menge (20 g THC) gem § 28 Abs 2 theoretisch bereits die *Aussaat weniger Sa-*

64 Nach dieser Bestimmung kann die StA unter gewissen Voraussetzungen die Anzeige für eine Probezeit von zwei Jahren zurücklegen, wenn eine Person ua wegen einer Straftat nach § 27 angezeigt wird, die Schuld nicht schwer und die Zurücklegung nicht weniger als eine Verurteilung geeignet erscheint, den Angezeigten von solchen Straftaten abzuhalten. Es kommt daher

diese Regelung auch für die Erzeugung von Cannabis(-produkten) in Betracht, soweit nicht die Qualifikation des § 28 Abs 2 (große Menge) verwirklicht wird. Das erzeugte Suchtgift muss nicht zum Eigengebrauch bestimmt sein.

65 Foregger/Litzka/Matzka, SMG § 34 Erl III.3 mwN.

66 Anders dagegen ist die Rechtslage in Deutschland: Dort ist ein ver-

suchter Anbau gem § 29 Abs 1 Z 1 iVm Abs 2 BtMG gerichtlich strafbar; ebenso in der Schweiz (§ 21 Abs 1 StGB iVm Art 19 Abs 1 BtMG); allerdings soll nach einem Entwurf des Schweizer Bundesrats (www.admin.ch/bag/sucht/rev_bmg/d/betmG.pdf) Cannabisbau in Zukunft prinzipiell nicht mehr verfolgt werden (s die geplanten Art 19d und 19f BtMG).

67 Nach dieser Theorie muss es nach dem Urteil eines verständigen begleitenden Beobachters im Zeitpunkt der Handlungsvorahme *geradezu denk-unmöglich* erscheinen, dass die Verwirklichung des konkreten Tatplans zur Vollendung der Tat führen kann; Kienapfel/Höpfel AT⁸ Z 24 Rz 13.

68 EvBl 1998/81 = RZ 1998/38.

men genügen würde. Auch die Qualifikation gem § 28 Abs 4 Z 3 (500 g THC) wäre durch eine größere Aussaat nach dieser Rsp bald versucht, was im Hinblick auf die Strafdrohungen dieser Qualifikationen (bis zu fünf bzw ein bis fünfzehn Jahren Freiheitsstrafe) nicht angemessen erscheint.

4. Konkurrenz

a) Anbau und Erzeugung

Wer Cannabis zum Zweck der Suchtmittelgewinnung anbaut und in der Folge erntet, begeht formal sowohl die Verwaltungsübertretung gem § 44 Z 1 iVm § 6 Abs 2 als auch das justizielle Delikt des § 27 Abs 1. Nun ist aber zu prüfen, ob er deswegen gem §§ 22 Abs 2, 30 Abs 1 VStG *kumulativ* sowohl von der Verwaltungsbehörde als auch gerichtlich zu verfolgen und zu bestrafen ist. Dies wäre nur erlaubt, wenn zwischen Anbau und Erzeugung keine Scheinkonkurrenz⁶⁹ bestünde (der VfGH und der VwGH sind in mehreren Erkenntnissen davon ausgegangen, dass die Lehre von der Scheinkonkurrenz auch im Verhältnis von justiziellen und verwaltungsstrafrechtlichen Delikten anzuwenden ist⁷⁰):

Zuerst ist zu prüfen, ob der Anbau gegenüber der Erzeugung *formell subsidiär* ist: Nach der *Subsidiaritätsklausel* des § 44 ist ein Zu widerhandeln ua⁷¹ gegen das Anbauverbot eine Verwaltungsübertretung, „sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet“. Nun bildet zwar die Erzeugung, nicht aber der Anbau einen Tatbestand einer in die gerichtliche Zuständigkeit fallenden strafbare Handlung, da zwar ein Erzeugungstatbestand (§ 27 Abs 1), aber *kein Anbautatbestand im justiziellen Strafrecht* existiert und auch die Erzeugung den Anbau begrifflich nicht umfasst (s III.1.c). Die

Subsidiaritätsklausel greift in Bezug auf den Anbau (ob mit oder ohne anschließende Erzeugung von Suchtgift) daher nicht⁷²; formelle Subsidiarität des Anbaus liegt nicht vor.

Spezialität ist ebenfalls auszuschließen, da die Erzeugung nicht sämtliche Merkmale des Anbaus enthält (Ernten beinhaltet nicht Aussäen oder Aufziehen). Wohl aber kommt *Konsumention des Anbaus als straflose Vortat* gegenüber der Erzeugung in Betracht: Anbau zum Zweck der Suchtmittelgewinnung wird immer begangen, um die Erzeugung von Suchtgift erst zu ermöglichen; beide Begehungsweisen (Anbau und Erzeugung) richten sich gegen dasselbe Rechtsgut („Volksgesundheit“). In diesem Fall der Scheinkonkurrenz darf aber die Vortat keinen über die Haupttat hinausgehende Schaden anrichten⁷³. Der „Schaden“ wäre bei der Vortat die Menge des (bis zum Erntebeginn) angebauten, bei der Haupttat die Menge des erzeugten Cannabis. Diese ist gleich hoch, wenn der Täter das gesamte angebaute Cannabis auch geerntet hat; es kommt daher in diesem Fall zur Konsumention des Anbaus. Ebenso kommt *materielle Subsidiarität* des Anbaus in Betracht: Strafbare Vorbereitungshandlungen (wie der Anbau – s III.2) sind gegenüber der (versuchten oder vollendeten) vorbereiteten Tat (Erzeugung) subsidiär, wenn sich das Vorbereitungsdelikt in der vorbereiteten Tat erschöpft⁷⁴, was wiederum vorliegt, wenn der Täter im Entdeckungszeitpunkt das angebaute Cannabis gänzlich geerntet hat.

Im *Ergebnis* besteht somit – aufgrund von Konsumention und stillschweigender Subsidiarität des Anbaus – *Scheinkonkurrenz* zwischen (§ 15 StGB iVm) § 27 3. Fall SMG und § 44 Z 1 iVm § 6 Abs 2 SMG, wenn jemand seine zum Zweck der Suchtmittelgewinnung

angebauten *Pflanzen zur Gänze geerntet* (zu ernten versucht) hat. In diesem Fall darf der Täter nur mehr gerichtlich, nicht aber auch von der Verwaltungsbehörde verfolgt und bestraft werden.

Die Scheinkonkurrenz umfasst aber nur das vom Täter angebaute und geerntete (zu ernten versuchte) Cannabis. *Echte Konkurrenz* (genau genommen: teils echte, teils scheinbare Konkurrenz) zwischen Anbau und Erzeugung liegt daher dann vor, wenn der Täter sein angebauten Pflanzen nicht zur Gänze geerntet (zu ernten versucht) hat (*teilweise Ernte*). Ebenso, wenn der Täter vor Erntebeginn entdeckt wird (bloßer Anbau) und sich herausstellt, dass er schon zuvor Cannabispflanzen angebaut und in der Folge geerntet hat (Erzeugung und davon konsumierter/subsidiärer Anbau) (*Anbau nach Ernte*).

In diesen beiden Fällen ist eine *kumulative Verfolgung/Bestrafung einerseits durch das Gericht* (wegen Erzeugung von Suchtgift) *andererseits durch die Verwaltungsbehörde* (wegen Anbaus zum Zweck der Suchtmittelgewinnung) möglich, ja aufgrund des Kumulationsprinzips sogar geboten (§§ 22 Abs 2, 30 Abs 1 VStG). Allerdings darf dann die Verwaltungsbehörde den Täter nur in Bezug auf das noch nicht geerntete, das Gericht nur im Hinblick auf das geerntete Cannabis verfolgen und bestrafen⁷⁵; würde der Täter dagegen unter Missachtung der (teilweisen) Scheinkonkurrenz in Bezug auf *dasselbe* Suchtgift kumulativ verfolgt/bestraft werden, läge mE ein Verstoß gegen das verfassungsrechtliche *Ne-bis-in-idem*-Prinzip des Art 4 Abs 1 7. ZP EMRK (Doppelverfolgungs- und Bestrafungsverbot) vor.⁷⁶

b) Anbau/Erzeugung und Besitz

Wer Cannabispflanzen aufzieht, hat (zumindest während diesen Handlungen) auch Besitz, also die tatsächliche

⁶⁹ Für eine Annahme von Scheinkonkurrenz des Anbaus gegenüber der Erzeugung wohl *Kodek/Fabrizy*, SMG § 6 Anm 2: Der Verstoß gegen § 6 Abs 2 sei als Verwaltungsübertretung zu ahnden, „sofern die Tat nicht bereits als Versuch der Erzeugung von Suchtgift zu beurteilen ist“.

⁷⁰ VfSlg 7926/1976, 8295/1978, 14.696/1996, VwGH 25.5.1983, 81/10/0002 ua; s auch *Kienappel/Höpfel AT*⁸, E8 Rz 55b.

⁷¹ Hinweis: Die Klausel bezieht sich nicht bloß auf den Anbau, sie bezieht sich auf zahlreiche

andere Verbote und Verpflichtungen nach dem SMG.

⁷² Auch bei anderen Fällen des § 44 bleibt trotz dieser Klausel die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden unberührt: So zB wenn der Täter gem § 44 Z 4 dem Art 3 der Verordnung EWG/3677/90 zu widerhandelt oder gem § 44 Z 6 die Meldepflicht des Art 2 a Abs 2 der Verordnung EWG/3677/90 iVm Art 1 der Verordnung EWG 3769/92 verletzt oder gem § 44 Z 7 unzutreffende Angaben iSd Art 5 Abs 2 lit a der Verordnung EWG 3769/92 macht; all diese Taten fallen nicht unter gerichtliche Straftatbestände.

⁷³ *Burgstaller*, Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht, JBl 1978, 393 und 459 (462); *Ratz* in WK² Vorbem zu §§ 28–31 Rz 68 mwN.

⁷⁴ *Burgstaller*, JBl 1978, 401; *Ratz* in WK² Vorbem zu §§ 28–31 Rz 44 unter Verweis auf SS 50/71 = EvBl 1980/96.

⁷⁵ Für den theoretischen Fall, dass eine *versuchte teilweise Ernte* vorliegt, dürfte konsequenterweise das Gericht nur jene Menge Cannabis berücksichtigen, die der Täter *ernten wollte* (also von seinem Vorsatz umfasst war), die Verwaltungsbehörde aber nur

jene Menge die er (noch) nicht ernten wollte.

⁷⁶ Art 4 Abs 1 7. ZP EMRK normiert ua die Grundsätze der Scheinkonkurrenz; nur soweit echte Konkurrenz (zwischen einem gerichtlichen und einem verwaltungsrechtlichen Delikt) vorliegt, ist eine kumulative Verfolgung durch Gericht und Verwaltungsbehörde verfassungskonform (ids VfSlg 14.696). Zur uneinheitlichen Rsp des EGMR s *Ackermann/Ebensperger*, Der EMRK-Grundsatz „ne bis in idem“ – Identität der Tat oder Identität der Strafnorm, AJP 1999, 823.

Herrschaft⁷⁷, daran; ebenso, wenn er Suchtgift erzeugt oder erzeugtes Suchtgift weiter behält. Allerdings ist der Täter mE neben der Erzeugung oder dem Anbau nicht auch wegen Besitzes (§ 27 Abs 1 2. Fall) von Suchtgift zu bestrafen, da mit Anbau (soweit von den Pflanzen bereits Blüten/THC gebildet wurde) und Erzeugung immer eine Innehabung von Suchtgift (THC, Cannabis) verbunden ist (Konsumtion des Besitzes als typische Begleittat des Anbaus/der Erzeugung).

Wenn der Täter aber die Pflanzen nur am Stamm (oberhalb der Wurzeln) abschneidet (*Beendigung des Anbaus*) und sie behält, ohne die Blüten oder das Harz von den (Rest-)Pflanzen abzutrennen (*keine Erzeugung, aber Besitz*), zB weil er die Pflanzen erst einige Zeit trocknen oder im Ganzen weiterverkaufen will, kommt es (unter sinnmäßer Heranziehung der in III.4.a zur Scheinkonkurrenz getroffenen Überlegungen) zur *Konsumtion des Anbaus* als straflose Vortat durch den (nachfolgenden) Besitz. Der Täter kann also zusätzlich zur gerichtlichen Verfolgung/Bestrafung wegen Besitzes von Suchtgift nicht auch noch wegen Anbaus desselben Suchtgifts von der Verwaltungsbehörde verfolgt/bestraft werden.

5. Beteiligung

a) Unmittelbarer (Mit-)Täter des § 6 Abs 2 ist jeder, der eine entsprechende Tathandlung iSv „Anbauen“ (also Aussäen, Aufzuchtshandlungen – s I.3) setzt. Die Teilnahme am Anbau richtet sich, da der Anbau dem Verwaltungsstrafrecht unterliegt, nach § 7 VStG: Demnach ist *Anstifter*, wer vorsätzlich einen anderen zur Begehung einer Verwaltungsstrafat veranlasst (also zB jemanden überredet, Hanf zur Suchtmittelgewinnung anzubauen), und *Beihilfer*, wer vorsätzlich einem anderen die

Begehung einer Verwaltungsstrafat erleichtert (also zB sein Grundstück oder sein Gewächshaus für den Anbau zur Verfügung stellt). Jeder Teilnehmer haftet nach der auf diese Übertretung gesetzten Strafe, auch wenn der unmittelbare Täter selbst nicht strafbar ist (§ 7 VStG letzter Satz).

b) Unmittelbarer (Mit-)Täter bei der Suchtgifterzeugung, ist jeder, der eine entsprechende Erzeugungshandlung setzt. Bestimmungstäter gem § 12 2. Fall StGB ist, wer einen anderen zur Erzeugung bestimmt; Beitragstäter (§ 12 3. Fall StGB) ist, wer sonst zur Ausführung beiträgt. So ist zB ein Beitrag zur Erzeugung von Suchtgift durch den Verkauf (Verschaffung, Überlassung) von Hanfsamen möglich.⁷⁸ Dafür muss der Verkäufer aber über die Haupttat ausreichend informiert bzw diese in ihren wesentlichen Merkmalen individuell bestimmt sein.⁷⁹

IV. Zusammenfassung und Ergebnisse

- Besitz und Erwerb von Hanfsaatgut ist in Österreich nicht strafbar.
- Verboten ist aber der Anbau von Cannabispflanzen zum Zweck der Suchtmittelgewinnung (§ 6 Abs 2 SMG). Diese Bestimmung stellt gem § 44 Z 1 SMG einen Tatbestand des Verwaltungsstrafrechts dar.
- Erlaubt ist der Hanfanbau zu sonstigen, insb gewerblichen Zwecken. Ein solcher Anbau wird für bestimmte THC-arme Hanfsorten unter gewissen Voraussetzungen von der EG gefördert.
- Die Strafbarkeit nach § 44 Z 1 iVm § 6 Abs 2 SMG setzt mit der Aussaat ein und endet idR mit Beginn der Ernte. § 6 Abs 2 SMG kann als Verwaltungsdelikt im Versuch nicht begangen werden.
- Mit Beginn der Ernte der zwecks Suchtmittelgewinnung angebauten

Cannabispflanzen macht man sich gerichtlich strafbar gem § 27 Abs 1 SMG (Erzeugung von Suchtgift). Die Erzeugung umfasst als Oberbegriff sowohl die Gewinnung als auch die Herstellung von Suchtgift, nicht aber den Anbau.

– Da das „Erzeugen“ von Suchtgift einen Begehungstatbestand darstellt und der Anbau als Vorstufe der Erzeugung gem § 44 Z 1 iVm § 6 Abs 2 SMG strafbar ist, bleibt für einen Versuch der Erzeugung von Suchtgift (zeitlich) wenig Raum.

– Die Rechtsprechung des OGH, wonach der (bloße) Anbau von Cannabispflanzen (bereits) eine Erzeugung des iSd des § 27 Abs 1 SMG darstellt und somit gerichtlich strafbar ist, steht im Widerspruch zum SMG und den für Österreich relevanten internationalen Übereinkommen, die alle zwischen Anbau und Erzeugung unterscheiden, und ist daher abzulehnen.

– Wenn jemand seine zum Zweck der Suchtmittelgewinnung angebauten Pflanzen erntet (zu ernten versucht), wird der Anbau von der Erzeugung als straflose Vortat konsumiert (Scheinkonkurrenz): In diesem Fall ist der Täter nur gerichtlich wegen (versuchter) Erzeugung von Suchtgift, nicht aber kumulativ von der Verwaltungsbehörde wegen Anbaus zum Zweck der Suchtmittelgewinnung zu verfolgen/bestrafen.

*Univ.-Ass. Dr. Stefan Ebensperger
lehrt am Institut für Strafrecht und
sonstige Kriminalwissenschaften
der Universität Innsbruck.*

⁷⁷ Foregger/Litzka/Matzka, SMG § II.1 mwN, § 27 Anm IV.I mwN.

⁷⁸ S dazu 12 Os 88/99 (nv): Der Betreiber eines Hanf-Shops verkauft zwei Jugendlichen 30 „Hochzuchtsamen“ in Kenntnis der geplanten und später auch ausgeführten Tat (Anbau und Ernte von Marihuana

mit Hilfe der gekauften Samen) und gab ihnen außerdem noch Ratschläge zur optimalen Aufzucht (Strafbarkeit gem §§ 12 3. Fall StGB, 27 Abs 1 3. Fall SMG).

⁷⁹ So ist es zB keine Beitragstätterschaft, wenn jemand einem Dieb das Einbruchswerkzeug verschafft,

mag es auch in dem Bewusstsein geschehen, dass dieser damit irgendwann einmal einen Einbruch begehen wird (JBl 1977, 46; s auch Kienapfel/Höpfel AT⁸ ES Rz 19 und Fuchs, AT⁴ 281 mwN).