

## § 28a Abs 5 SMG: Lebenslange Haft vs Legalisierung in der EU Exkurs zur deutschen Rechtslage

Lebenslange Haft sieht § 28 Abs 5 SMG in Österreich für „führende Tätigkeiten“ in einer Großbande in Bezug auf Suchtmittelhandel vor. Eine vergleichbare Strafdrohung ist in Deutschland nicht vorhanden.

**Deskriptoren:** lebenslange Haft, Großbande, Konsumcannabisgesetz, Bandenhandel.

**Normen:** § 28a V SMG; § 30a dBtMG; §§ 2, 34 dKCanG.

Von Jan Bockemühl

### 1. Einführung

Als mich *Philipp Wolm* anrief und fragte, ob ich auf dem 20. Österreichischen StrafverteidigerInnenstag als Referent zur Verfügung stehen würde, fühlte ich mich selbstredend geehrt. Das Thema, welches angefragt wurde, verwunderte mich in mehrfacher Hinsicht! Ich sollte einen „Exkurs zur deutschen Rechtslage“ darstellen, und zwar im Zusammenhang mit der in Österreich in § 28a Abs 5 SMG angedrohten lebenslangen Haft. Meine erste Reaktion war: *Was? Lebenslange Haft in einer Suchtmittelcausa?* Bis zu diesem Zeitpunkt war ich immer davon ausgegangen, dass Österreich im Vergleich mit Deutschland eine wesentlich liberalere (Straf-) Rechts-Politik hatte!

Lebenslange Freiheitsstrafe ist in Deutschland als *absolute Strafe* lediglich bei Mord (§ 211 dStGB)<sup>1</sup> und bei einigen Tatbeständen im Völkerstrafgesetzbuch (§§ 6, 7 Abs 1 Nr 1 und 2, 8 Abs 1 Nr 1 Abs 4 dVStGB) vorgesehen.<sup>2</sup> Eine absolute Strafdrohung ist dem deutschen Strafrecht im Zusammenhang mit Suchtmitteln grundsätzlich fremd. Hier gilt die Regelung des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches in § 38 Abs 2 dStGB, der als Höchstmaß fünfzehn Jahre Freiheitsstrafe vorsieht. In jedem Fall war mein Interesse bei diesem Thema geweckt, und ich habe zeitnah zugesagt.

### 2. Rechtslage in Österreich (SMG) und Deutschland (Betäubungsmittelgesetz)

Zunächst habe ich mir einen Überblick über die Rechtslage in Österreich verschafft. Meine Gedanken hierzu will ich kurz darstellen.<sup>3</sup>

Die zu betrachtende Vorschrift des § 28a Abs 5 SMG stellt systematisch eine Qualifikation des § 28a Abs 1 SMG dar, und zwar in den Fällen, in denen der Beschuldigte „in einer Verbindung einer größeren Zahl von Menschen zur Begehung solcher Straftaten führend tätig ist“. Die Regelung des § 28a SMG lautet wie folgt:

#### „Suchtgifthandel

##### § 28a.

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

(2) (...)

(3) (...)

(4) (...)

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

Die einschlägige Kommentarliteratur zu § 28a Abs 5 SMG ist angesichts der wenigen Rechtsprechung zu dem Thema<sup>4</sup> eher sehr dünn. Im von *Hubert Hinterhofer* herausgegebenen Standardkommentar zum Suchtmittelgesetz heißt es hierzu:<sup>5</sup> „Im Rahmen des § 28a Abs 5 (führende Tätigkeit in einer „Großbande“) spielt die Größe

<sup>1</sup> Anzumerken ist, dass „Mord“ in Deutschland in § 211 dStGB – anders als in Österreich – nicht jedwede vorsätzliche Tötung umfasst, sondern sich als Qualifikation des Grunddelikt des Totschlags in § 212 dStGB, der die vorsätzliche Tötung eines anderen Menschen regelt, darstellt. Hierbei wird auf die besondere sozial-ethische Verwerflichkeit der Art und Weise der Tötung abgestellt; vgl zur Systematik nur *Fischer, StGB*<sup>67</sup> (2024) Vor §§ 211–217 Rz 2.

<sup>2</sup> *Fischer, Strafgesetzbuch*<sup>67</sup> (2024) § 38 Rz 5.

<sup>3</sup> Die Darstellung der Rechtslage und der Rspr zu § 28a Abs 5 SMG findet sich profunder, als ich es jemals darstellen könnte, bei *Birklbauer*, in diesem Heft.

<sup>4</sup> Vgl hierzu die Nachweise bei *Birklbauer*, in diesem Heft.

<sup>5</sup> *Hinterhofer* (Hrsg), *Suchtmittelgesetz*<sup>2</sup> (2018) § 28a Rz 114.

der Verbindung und die Stellung des Täters innerhalb der Verbindung eine bedeutende Rolle für die Strafzumessung. So wird etwa das Oberhaupt eines großen internationalen Rauschgift rings eine strengere, am oberen Segment des Sanktionsrahmens orientierte Strafe zu erwarten haben (*L/M/Z SMG*, 2. Aufl, § 28a Rz 41).“ Auch die Literatur zur Strafverteidigung beschäftigt sich in dem von *Roland Kier* und *Norbert Wess* herausgegebenen „Handbuch Strafverteidigung“<sup>6</sup> mit dem Suchtmittelrecht. *Wolm* schreibt zum Thema des § 28a Abs 5 SMG:<sup>7</sup> „Nach § 28a Abs 5 SMG macht sich strafbar, wer eine Straftat nach § 28a Abs 1 SMG begeht und in einer Verbindung einer größeren Zahl von Menschen zur Begehung solcher Taten führend tätig ist. Dabei ist in einer solchen Verbindung nicht nur derjenige führend tätig, der ihr Oberhaupt ist, sondern auch eine Person, die in einer solchen Verbindung einen nicht unwesentlichen Einfluss ausübt, indem ihr in einzelnen Teilbereichen der Verbindung eine eigene Anordnungsbefugnis zukommt.“

Worum geht es in den Fällen des § 28a Abs 5 SMG wirklich? Es geht um den Suchtmittelhandel in einer führenden Position in einer Großbande.<sup>8</sup> Es sind dies Fälle der Erzeugung, Einfuhr, Ausfuhr, des Anbietens, Überlassens oder Verschaffens einer die Grenzmenge iS von § 28b SMG übersteigenden Menge an Suchtgift, und zwar mittels einer führenden Tätigkeit in einer „Großbande“. Eine tatbestandlich vergleichbare Vorschrift findet sich in Deutschland auch. Im *Betäubungsmittelgesetz* (dBtMG) ist der „Bandenhandel“ in § 30a BtMG geregelt:

„§ 30a *Betäubungsmittelgesetz*

(1) Mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren wird bestraft, wer Betäubungsmittel in nicht geringer Menge unerlaubt anbaut, herstellt, mit ihnen handelt, sie ein- oder ausführt (§ 29 Abs 1 Satz 1 Nr 1) und dabei als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.

(2) (...)

(3) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren.“

Die Vorschrift regelt die Qualifikation der *bandenmäßigen Begehung* für die Tatbestände des Anbaus, der

Herstellung, des Handeltreibens und der Ein- und Ausfuhr von Betäubungsmittel in „nicht geringer Menge“. Zum Begriff der „Bande“ bzw der „bandenmäßigen Tatbegehung“ hat der Bundesgerichtshof inzwischen wie folgt bestimmt:<sup>9</sup> „eine bandenmäßige Tatbegehung setzt den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die den Willen zur Bindung für die Zukunft und für eine gewisse Dauer haben.“

Die sog nicht geringe Menge ist in Deutschland nicht gesetzlich geregelt. Die *Grenzmengen* sind durch die Rechtsprechung „festgesetzt“ worden. Einige Beispiele seien hier genannt:<sup>10</sup>

- Amphetamin 10 g Amphetaminbase
- Cannabisprodukte 7,5 g THC<sup>11</sup>
- Heroin 1,5 g Heroinhydrochlorid
- Kokain 5 g Kokainhydrochlorid
- MDA/MDE/MDMA 30 g MDA-, MDE-, MDMA-Base

Der Strafraum des § 30a Abs 1 dBtMG geht für Fälle des bewaffneten Handel treibens von fünf bis fünfzehn Jahre Freiheitsstrafe. Der Straftatbestand des § 30a dBtMG wurde durch das *Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität* (dOrgKG) vom 15.7.1992 in das Betäubungsmittelgesetz eingefügt. Hintergrund war die Sorge des Gesetzgebers, dass „international organisierte Drogensyndikate, die nicht nur mittels Kurieren Drogen in die Bundesrepublik Deutschland einschleusen, sondern Absatzorganisationen aufbauen und Maßnahmen für das Waschen und den Rückfluss der Gelder aus Rauschgift handel treffen“, Deutschland mit illegalen Drogen überschwemmen und mit illegalen Erlösen das deutsche Wirtschafts- und Finanzsystem unterwandern könnten.<sup>12</sup> Dem sollte der neu eingeführte verschärfte Verbrechenstatbestand entgegenwirken. In der Gesetzesbegründung heißt es wie folgt:<sup>13</sup> „Straftaten der bandenmäßigen Betäubungsmittelkriminalität sind besonders gefährlich, sozialschädlich und strafwürdig. Die Strafschärfung im vorgeschlagenen Sinn ermöglicht nicht nur die Verhängung schuldangemessener Strafen im Einzelfall, sie verhindert auch die Wiederholung solcher Straftaten, indem Bandenmitglieder für lange Zeit aus dem Verkehr gezogen werden.“

6 *Kier/Wess*, Handbuch Strafverteidigung<sup>2</sup> (2022).

7 *Wolm* in *Kier/Wess*, Handbuch Strafverteidigung<sup>2</sup> (2022) Rz 31.60.

8 So auch *Hinterhofer* (Hrsg), Suchtmittelgesetz<sup>2</sup> (2018) § 28a Rz 114.

9 BGHSt 46, 321.

10 Eine Darstellung der weiteren Grenzmengen findet sich bei *Patzak/Volkmer/Fabricius*, Betäubungsmittelgesetz<sup>10</sup> (2022) § 29a dBtMG Rz 56 ff.

11 Seit dem 1.4.2024 fallen Cannabisprodukte nicht mehr unter das Betäubungsmittelgesetz; vgl hierzu unter 3.

12 Vgl hierzu *Patzak/Volkmer/Fabricius*, Betäubungsmittelgesetz<sup>10</sup> (2022) § 30a dBtMG Rz 2.

13 BT-Drs 12/989, 30.

Es sollten aber auch andere Gruppierungen erfasst werden, die nicht dem Bild der üblichen Bandenkriminalität entsprechen. Diese Gruppierungen fallen aber regelmäßig unter den „minderschweren Fall“ des § 30a Abs 3 dBtMG, der einen reduzierten Strafraum von sechs Monaten bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe vorsieht.<sup>14</sup>

### 3. Konsumcannabisgesetz

Seit dem 1.4.2024 hat sich die Rechtslage betreffend Cannabis in der Bundesrepublik Deutschland geändert. Das *Gesetz zum kontrollierten Umgang mit Cannabis und zur Änderung weiterer Vorschriften* (Cannabisgesetz – dCanG) ist in Kraft getreten. Insgesamt 18 Gesetze wurden durch das dCanG eingeführt oder geändert. Unter anderem wurde durch Art 3 dCanG das Betäubungsmittelgesetz, in dessen Anlagen Cannabisprodukte als Drogen im Sinne des dBtMG aufgeführt waren, abgeändert. Sämtliche Stoffe betreffend Cannabis wurden in den Anlagen I – III zum Betäubungsmittelgesetz gestrichen. Damit war *Cannabis kein Betäubungsmittel* im Sinne des dBtMG mehr. Das zentrale neue Gesetz bezüglich Cannabis ist nunmehr das Gesetz zum Umgang mit Konsumcannabis (Konsumcannabisgesetz – dKCanG). Entgegen anders lautender Schlagzeilen ist allerdings mit der Einführung des Konsumcannabisgesetz *keine wirkliche Legalisierung von Cannabis* einhergegangen! § 2 Abs 1 dKCanG stellt klar, dass der *Umgang mit Cannabis* nach wie vor *verboten* ist:

#### „§ 2. Umgang mit Cannabis

(1) Es ist verboten,

1. Cannabis zu besitzen,
2. Cannabis anzubauen,
3. Cannabis herzustellen,
4. mit Cannabis Handel zu treiben,
5. Cannabis einzuführen oder auszuführen,
6. Cannabis durchzuführen,
7. Cannabis abzugeben oder weiterzugeben,
8. Cannabis zum unmittelbaren Verbrauch zu überlassen,
9. Cannabis zu verabreichen,
10. Cannabis sonst in den Verkehr zu bringen,
11. sich Cannabis zu verschaffen oder
12. Cannabis zu erwerben oder entgegenzunehmen.

(2)-(6) (...)

Insb ist nach § 2 Abs 1 Nr 1 dKCanG (auch) der Besitz von Cannabis grundsätzlich verboten! Das sog Handel-

treiben<sup>15</sup> mit Cannabis ist ebenfalls nach § 2 Abs 1 Nr 4 dKCanG verboten.

So, nunmehr aber zu dem interessanten Part der neuen Rechtslage. Das dKCanG erlaubt in § 3 den Besitz einer *bestimmten Menge an Cannabis zum Eigenkonsum!*

#### „§ 3 Erlaubter Besitz von Cannabis

(1) Personen, die das 18. Lebensjahr vollendet haben, ist der Besitz von bis zu 25 Gramm Cannabis, bei Blüten, blüthenahen Blättern oder sonstigem Pflanzenmaterial der Cannabispflanze bezogen auf das Gewicht nach dem Trocknen, zum Eigenkonsum erlaubt.

(2) Personen, die das 18. Lebensjahr vollendet haben, ist abweichend von Absatz 1 im Geltungsbereich dieses Gesetzes an ihrem Wohnsitz oder an ihrem gewöhnlichen Aufenthalt der Besitz von Cannabis wie folgt erlaubt:

1. von bis zu 50 Gramm Cannabis, bei Blüten, blüthenahen Blättern oder sonstigem Pflanzenmaterial der Cannabispflanze bezogen auf das Gewicht nach dem Trocknen, und

2. von bis zu drei lebenden Cannabispflanzen.

In den Fällen des erlaubten Besitzes von Cannabis nach Satz 1 Nummer 1 und Absatz 1 darf die insgesamt besessene Menge 50 Gramm Cannabis, bei Blüten, blüthenahen Blättern oder sonstigem Pflanzenmaterial der Cannabispflanze, bezogen auf das Gewicht nach dem Trocknen, nicht übersteigen.

(3) (...)

Zum *Eigenkonsum* ist gem § 3 Abs 1 dKCanG jeder Person über 18 Jahre der *Besitz von 25 g Cannabis* erlaubt. Am *Wohnsitz* oder an ihrem gewöhnlichen Aufenthalt erhöht sich die Menge des erlaubten *Besitzes zum Eigenkonsum auf 50 g Cannabis* (§ 3 Abs 2 Nr 1 dKCanG). In der Wohnung bzw am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts ist es jeder Person über 18 Jahren zudem erlaubt, *bis zu drei lebende Cannabispflanzen* (zur Erzeugung des Eigenkonsums) zu besitzen (§ 3 Abs 2 Nr 2d KCanG).

Die Strafvorschriften betreffend das grundsätzliche Verbot des Umgangs mit Cannabis bzw bei Überschreitung der zulässigen Besitzmenge nach § 3 dKCanG sind ua in § 34 dKCanG geregelt. Hierbei imponiert im Vergleich mit den Vorschriften des dBtMG die deutlich geringere Strafhöhe! In Abs 1 werden als Grundtatbestand all die Tatbestände erfasst, die einen „einfachen“ Verstoß gegen den verbotenen Umgang mit Cannabis betreffen.

14 Patzak/Volkmer/Fabricius, Betäubungsmittelgesetz<sup>10</sup> (2022) § 30a dBtMG Rz 3.

15 Unter *Handeltreiben* ist jede eigennützige, auf Umsatz gerichtete Tätigkeit zu verstehen, auch wenn diese sich nur als gelegentlich,

einmalig oder ausschließlich vermittelnd darstellt; vgl hierzu Patzak/Volkmer/Fabricius, Betäubungsmittelgesetz<sup>10</sup> 2022, § 29d BtMG Rz 225. Es umfasst in der Regel sämtliche Tätigkeiten vom Erwerb, Besitz und den Verkauf.

So ist der Besitz von mehr als 30 g Cannabis außerhalb der Wohnung strafbewehrt (§ 34 Abs 1 Nr 1a dKCanG). Auffallend ist hier die Diskrepanz zwischen der „legalen“ Menge von 25 g und der strafbewehrten Menge von 30 g. Der Besitz zwischen 25 und 30 g ist gem § 36 dKCanG als sog Ordnungswidrigkeit bußgeldbewehrt. Analog zu dieser Regelung ist das Überschreiten der erlaubten Besitzmenge zum Zwecke des Konsums in der eigenen Wohnung ab 60 g mit Strafe bedroht (§ 34 Abs 1 Nr 1b dKCanG).

„§ 34 *Strafvorschriften*

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer

1. entgegen § 2 Absatz 1 Nummer 1

a) mehr als 30 Gramm Cannabis, bei Blüten, blütennahen Blättern oder sonstigem Pflanzenmaterial der Cannabispflanze bezogen auf das Gewicht nach dem Trocknen, an einem Ort besitzt, der nicht sein Wohnsitz oder sein gewöhnlicher Aufenthalt ist,

b) insgesamt mehr als 60 Gramm Cannabis, bei Blüten, blütennahen Blättern oder sonstigem Pflanzenmaterial der Cannabispflanze, bezogen auf das Gewicht nach dem Trocknen, besitzt oder

c) mehr als drei lebende Cannabispflanzen besitzt,

2. entgegen § 2 Absatz 1 Nummer 2

a) mehr als drei Cannabispflanzen gleichzeitig anbaut oder

b) Cannabispflanzen nicht zum Eigenkonsum anbaut,

3.-16. (...)

(2) (...)

(3) (...)

(4) Mit Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer

1. (...),

2. (...),

3. eine in Absatz 1 Nummer 2 bis 5 oder Nummer 13 genannte Handlung begeht, die sich auf eine nicht geringe Menge bezieht, und dabei als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, oder

4 (...).

(5) (...)

Die *bandenmäßige Begehung des Handeltreibens mit Cannabis* ist nunmehr in § 34 Abs 4 Nr 3 dKCanG unter Strafe gestellt. Das Gesetz droht in diesen Fällen, die § 28a Abs 5 SMG vergleichbar sind, Freiheitsstrafe „nicht unter zwei Jahren“ an. Als *Höchststrafe* ergibt sich damit nach den allgemeinen Regeln in § 38 Abs 2 dStGB eine Freiheitsstrafe von 15 Jahren. Das dKCanG sieht insofern auch einen minderschweren Fall vor; in solchen Fällen beträgt der Strafrahmen drei Monate bis 5 Jahre Freiheitsstrafe.

**Korrespondenz:**

Prof. Dr. Jan Bockemühl, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht in Regensburg, [info@kanzlei-bockemuehl.de](mailto:info@kanzlei-bockemuehl.de)