

# Grundlagen der Strafverteidigung in Suchtmittelsachen

Der Vortrag dient dazu, elementare Grundkenntnisse in der Verteidigung in Suchtmittelsachen zu vermitteln.

**Deskriptoren:** Suchtmittelgesetz, SMG, Diversion, Rein-  
substanz, Grenzmenge, Therapie statt Strafe.

**Normen:** §§ 27, 28, 28a, 35, 37, 39, 44 (2) SMG.

Von Arthur Machac

## 1. Einführung

Der Verteidiger im Suchtmittelrecht hat aus meiner Sicht die meisten Möglichkeiten, die Interessen seines Mandanten effektiv zu vertreten. Bspw kann durch Annahme einer Privilegierung iS des § 27 Abs 5 SMG bzw in den Fällen des § 27 Abs 3 SMG und § 27 Abs 4 Z 2 SMG eine Drittelung der Strafe erreicht werden von 3 Jahren auf 1 Jahr Strafdrohung, und man gelangt dann auch oft in den sicheren Hafen der Diversion gem § 35 Abs 2 SMG. Sinn dieses Vortrages ist es, den Verteidiger auf einige „Haken und Ösen“ des SMG hinzuweisen, über welche auch regelmäßig Gericht und Staatsanwaltschaft stolpern, und relevante Judikatur darzustellen, welche man kennen sollte.

Das SMG aus 2008 ist nunmehr 16 Jahre alt und wurde kaum geändert und ist aus meiner Sicht grundsätzlich – bis auf ein paar Kuriositäten – ein funktionierendes „gutes“ Gesetz, welches allerdings einen gewissen Reformbedarf im § 28a SMG aufweist; dazu später. Diese Punkte finden Sie unter dem Stichwort „Reformbedarf“.

## 2. Zu § 27 Abs 2 SMG

### 2.1. Achtung auf die Verjährung

Hier ist darauf hinzuweisen, dass in der Praxis für die Verteidigung die wichtigste Bestimmung der § 27 Absatz 2 SMG ist; dadurch senkt sich der Strafraum für den Eigengebrauch bzw die unentgeltliche Weitergabe auf 6 Monate. Bei einem einfachen Suchtmitteldelikt wegen § 27 Abs 2 SMG ist eine Verjährung gem § 57 Abs 3 5. Fall StGB nach einem Jahr gegeben. In der Praxis bedeutet dies für den Verteidiger, dass man, falls ein Dealer erwischt wird und die Nummer des Mandanten auftaucht und der letzte dokumentierte Kontakt mehr als 1 Jahr her ist, relativ schnell in die Verjährung kommt – insbesondere ist zu beachten, dass die Verjährungsfrist erst durch die *Einvernahme und nicht die Ladung* des Beschuldigten gem § 58 Abs 3 StGB gehemmt

ist. In kleinen Suchtmittelfällen wird normalerweise der Akt direkt bei der Polizei geführt und erst mit Abschlussbericht an die Staatsanwaltschaft geschickt.

### 2.2. RIS-Justiz RS0131952: Das uneigennütziges Überlassen zum persönlichen Gebrauch eines anderen

Klassenfahrt oder Einkaufsfahrtjudikatur – diese ist ebenfalls wichtig für den Verteidiger zu kennen – ist im Wesentlichen, wenn typischerweise jemand aus dem ländlichen Raum in die Stadt fährt, um dort Suchtmittel für alle zu besorgen, und diese ohne Preisaufschlag bzw sehr geringen weitergibt. Da er durch die Weitergabe zum Selbstkostenpreis nicht wirklich einen Vorteil zieht, kommt die Privilegierung des § 27 Abs 2 SMG zur Anwendung.

### 2.3. Urban legend: Konsum ist nicht strafbar (beim psychoaktiven Pilz stimmt das, bei psychotropen Stoffen und im NPSG ebenfalls)

In § 27 Abs 1 SMG findet sich der Begriff des Konsums nicht, und es ist sehr schwierig, Suchtgift zu konsumieren, ohne dieses zu besitzen. Der Besitz von psychoaktiven Pilzen ist nicht strafbar – siehe § 27 Abs 1 Z 3 SMG (OGH 15 Os 152/10g – Autor am Verfahren beteiligt), ebenso die Einfuhr oder Ausfuhr. Auch der Besitz und die Weitergabe von psychoaktiven Stoffen ohne Vorteil gem § 30 Abs 3 Z 1 SMG ist nicht strafbar (OGH 12 Os 78/18i – Autor am Verfahren beteiligt).

Hier wurde uns ein bereits rechtskräftiges Urteil übergeben, wo uns aus anderen Verfahren bekannt war, dass dieser Richter nicht wirklich „sattelfest“ im Suchtmittelrecht ist – hier haben wir das Urteil geprüft und festgestellt, dass unter anderem der Mandant verurteilt wurde, psychoaktive Stoffe, welche Bromazepam, Alprazolam und Oxazepam beinhaltet haben, besessen zu haben, wobei dies noch dazu fälschlich unter § 27 Abs 1 SMG subsummiert wurde. Die Währungsbeschwerde wurde von der Generalprokuratur aufgegriffen, das Urteil vom OGH teilweise auch wegen anderer Rechtsfehler aufgehoben, und im zweiten Rechtsgang konnte eine wesentliche Herabsetzung der Strafe erreicht werden.

Es lohnt sich daher immer, in rechtskräftige Urteile hineinblicken, und, falls ein „*eindeutiger Treffer*“ = *materielle Nichtigkeit iS des § 281 Abs 1 Z 9a, 10, 11 StPO* vorliegt, eine Währungsbeschwerde einzubringen. Dies

sollte dann aber ein „Ein-Seiter“ sein, was in diesem Fall auch so war. Insbesondere gekürzte Urteilsausfertigungen, die in der Praxis von Rechtspraktikanten oder Richteramtswärtern verfasst werden, „bergen oft reiche Ernte“. Insb finden sich in diesen Urteilen Begriffe wie Cannabiskraut, Speed oder Ecstasy ohne Bezeichnung eines Stoffes aus der Suchtgiftverordnung oder überhaupt nur Suchtgift (OGH 11 Os 156/17a – Autor am Verfahren beteiligt). Dies reicht dem OGH nicht, denn dieser will es genau wissen! Statt vieler instruktiv OGH 15 Os 150/11i, RIS-Justiz RS0114428: „Strafrechtlich relevantes Verhalten nach dem Suchtmittelgesetz bezieht sich nur auf konkrete, in der Suchtgiftverordnung oder der Psychotropenverordnung erfasste Wirkstoffe, weshalb Feststellungen zur Beschaffenheit, also zur Wirkstoffart und -menge bzw dem Reinsubstanzgehalt tatverfänger Substanzen unabdingbar sind. (T1)“  
Zu Vervollständigung: Gem § 4 NPSG ist der Konsum von Neuen Psychoaktiven Stoffen und die vorteillose Weitergabe ebenfalls nicht strafbar. Der Mandant, der HHC-Cannabiskraut raucht und herschenkt, macht sich nicht strafbar!

#### 2.4. OGH 12 Os 133/22h: Der potentielle Goldesel für den Verteidiger oder die Gretchenfrage nach der Privilegierung

Hier hatte der Mandant bereits Vorstrafen wegen § 27 Abs 1 SMG. Aus dem Akt ergab sich aber, dass der Mandant selbst ein Suchtproblem hatte. Hier hat der Kollege eine Währungsbeschwerde eingebracht, bei welcher relativiert wurde, ob dem Mandanten eine Privilegierung gem § 27 Abs 2 SMG zukommt oder nicht. Diese Entscheidung erweist sich als potentieller Goldschatz für jeden Verteidiger, weil die Privilegierung sehr oft einfach übergangen und nicht näher erörtert wird, ob eine Privilegierung vorliegt oder nicht. Oft wird in den Strafanträgen der Staatsanwaltschaft einfach keine Privilegierung angenommen und diese unreflektiert vom Gericht übernommen. Es sollten daher immer – wenn beim Mandanten Vorstrafen vorliegen – die alten Urteile angesehen werden.

#### 2.5. OGH 13 Os 84/21h: Diversion trotz einschlägiger Vorstrafen

Hier wird betont, dass eine Verurteilung gem § 27 Abs 1 oder 2 SMG zwingend zu einer diversionellen Erledigung führen muss. Das Gericht hat genau zu begründen, warum keine Diversion durchgeführt wird. Es ist auch möglich, dass der Mandant beispielsweise wegen Diebstahls oder Körperverletzung verurteilt wird und wegen des Suchtmitteldelikts eine Diversion erhält. Dies ist allerdings bei den Richtern unbeliebt, da dies mit einem zusätzlichen administrativen Aufwand verbunden ist.

#### 2.6. Reinsubstanzgehalt von Suchtgiften

Hier ist die aktuellste und wichtigste Publikation, an welcher sich auch die Justiz orientiert *Rauch/Greibl/Seliga*, Reinsubstanzgehalte von Suchtgiften, RZ 2024, 36. Beachte: binnen 7 Jahren hat sich der Reinsubstanzgehalt von Kokain mehr als verdreifacht: Nach *Birkbauer/Machac*, Suchtmittelrecht für die Praxis (2017) 36 Kokain 20-25 %, Grenzmenge 60-75 g, jetzt laut RZ 2024, 36 78,38 %; Grenzmenge 20 Gramm. In § 28 SMG ist insbesondere der Vorsatz relevant, das Suchtgift in den Verkehr zu setzen. Beachte, dass es diesen erweiterten Vorsatz in § 28a SMG nicht gibt.

#### 2.7. Reformbedarf

Wer für sich selbst anbaut, hat auch keinen Vorsatz, das Suchtgift in den Verkehr zu setzen. Hier besteht aus meiner Sicht Reformbedarf: der § 28a SMG sollte lauten „erzeugt, einführt, ausführt, um es in den Verkehr zu setzen“.

#### 3. Zu § 28a SMG

Hier ist relevant, dass der Besitz nicht mehr angeführt ist, sondern nur die Erzeugung, Einfuhr, Ausfuhr, Anbieten, Überlassen oder Verschaffen.

##### 3.1. Versuchte Erzeugung: RIS-Justiz RS0124029 – Achtung, wer hat wann, wie, was versucht zu ernten?

Es kommt in der Praxis vor, dass, um die 25-fache Grenzmenge zu erreichen, von der Staatsanwaltschaft die geerntete Menge 4.200 g Cannabiskraut (14-fache Grenzmenge) von Cannabiskraut, einfache Grenzmenge 300 g, und die noch zu erntende Menge von beispielsweise 3.600 g (12-fache Grenzmenge) zusammengezählt wird, um den Tatbestand des § 28a Abs 4 Z 3 SMG zu erreichen, sohin hier die 26-fache Grenzmenge.

Bei der versuchten Erzeugung ist allerdings zu beachten, dass hier eine unmittelbar zuvor gesetzte, auf die Ernte abzielende Handlung gesetzt werden muss. Der Täter muss gerade mit der Schere zu den Cannabisblüten hingehen, als er von der Polizei verhaftet wird. Legt hingegen der Täter die Schere zur Plantage hin, um sie in den nächsten Tagen abzuschneiden, liegt keine ausführungsnah Handlung vor.

##### 3.2. OGH 13 Os 139/21x: Messmethoden (Autor am Verfahren beteiligt)

Hier wurde entschieden, dass das gaschromatographische Verfahren, die Verbrennung des Suchtgiftes, unzulässig ist und hingegen ein hochdruckflüssigkeits-

chromatographisches Untersuchungsverfahren durchzuführen ist. Diesbezüglich ist relevant, dass bei der Anklageschrift stets sowohl der THCA, als auch der Delta-9-THC-Gehalt anzugeben ist – siehe hier insb OGH 11 Os 120/22i. Hier wird ausgeführt, dass die Rechtsansicht, welche darauf abstellt, es sei nur relevant, wann der Konsument das Cannabiskraut raucht und das THCA in Delta-9-THC umwandelt, verfehlt ist.

### 3.3. OGH 15 Os 85/22x: Überprüfen sie die Anklageschrift

In diesem Fall wurden 10,5 kg Cannabiskraut schlechter Qualität, 4,6 % THCA und 0,4 % Delta-9-THC-Gehalt, vom Angeklagten erzeugt, und hier wurde nicht die 15-fache Grenzmenge überschritten, der Angeklagte wurde aber wegen der Überschreitung der 15-fachen Grenzmenge verurteilt! Die Auswirkungen für den Mandanten sind hier, dass sich hier die Strafe halbiert von 1-10 Jahren gem § 28a Abs 2 Z 3 SMG auf § 28a Abs 1 SMG bis 5 Jahre Strafdrohung.

### 3.4. OGH 12 Os 52/23y: Klarstellungen zum JGG im Verhältnis zum SMG

Beim Verbrechen des Suchtgifthandels handelt es sich um ein Delikt gegen Leib und Leben iS des § 19 Abs 4 Z 1 JGG, bei welchem der § 19 Abs 1 JGG nicht zum Tragen kommt – RIS-Justiz RS0131430. Auch wird klar definiert, dass bei altersüberschreitendem Suchtgifthandel im jungen Erwachsenenalter die 25-fache Grenzmenge (wieder) überschritten werden muss.

Verkauft der Jugendliche von 14–18 die 25-fache Grenzmenge, dann halbiert sich der Strafraum von 1–15 Jahren auf 0–7,5 Jahre. Verkauft er nach dem 18. Lebensjahr *noch einmal die 25-fache Grenzmenge*, ist der Strafraum von 1–15 Jahren anzunehmen.

## 4. Die Sonderregelung des § 42 SMG

Die beschränkte Auskunft gilt *nur für* § 27 SMG (oder § 30 SMG) und wenn diese mit Suchtmittelmissbrauch im Zusammenhang steht – mutet einigermaßen kurios an.

### 4.1. Praktisches Beispiel

A. nimmt mit B. gemeinsam Suchtmittel ein, wobei B. minderjährig und A. um mehr als zwei Jahre älter ist als B. Er wird daher vom Erstgericht zu einer Strafe von 6 Monaten verurteilt gem § 27 Abs 4 Z 1 SMG, und die Verurteilung unterliegt der beschränkten Auskunft, da diese ja gemeinsam Suchtgift missbraucht haben. Wenn C. hingegen, welcher für sich selbst rund 300 g Cannabis-Blüten angebaut, geerntet und geraucht hat, 6 Monate gem § 28a Abs 1 1 Fall SMG bekommt, unterliegt dies nicht mehr der beschränkten Auskunft.

### 4.2. Reformvorschlag: § 42 Abs 1 SMG sollte auf alle Strafen nach dem SMG bis zu 6 Monaten anwendbar sein.

Da Suchtmittelvorstrafen im Berufsleben lange nachwirken können – unter dem Motto „Einen Giftler stelle ich mir nicht ein“ –, empfiehlt es sich hier, nach Ablauf der Probezeit ein Gnadengesuch auf beschränkte Auskunft bei der Gnadenabteilung einzubringen.

### 4.3. OGH 11 Os 4/24h: Bedingte Nachsicht des Führerscheinverlusts gem § 44 Abs 2 StGB nicht mehr möglich

Eine bedingte Nachsicht des Verlustes des Führerscheines gem § 44 Abs 2 StGB ist nicht mehr möglich, da es sich hier nicht um eine Rechtsfrage handelt, welche nicht unmittelbar aus dem Gesetz eintritt. Es handelt sich letztendlich um die Entscheidung der Führerscheinbehörde, und es ist nicht zulässig, dass das Gericht dies entscheidet. Hingegen kann der Amtsverlust bedingt nachgesehen werden. Auch bei einer Verurteilung nach dem neuen Verbotsgesetz kann der Amtsverlust bedingt nachgesehen werden!<sup>1</sup> Beachte: *grundsätzlich können nur Bundesgesetze nachgesehen werden.*<sup>2</sup> Auch die bedingte Nachsicht eines Entzugs der Gewerbeberechtigung ist zulässig.<sup>3</sup> Im Passgesetz steht zwar drinnen gem § 14: den Pass gebraucht, „um zu“, dies ist aber egal, weil die Wahrscheinlichkeit reicht, dass der Pass den Suchtgifthandel erleichtert.<sup>4</sup>

1 Hajszan, Die Verbotsgesetz-Novelle 2023 – flankierende Änderungen, ÖJZ 2024, 347.

2 Salzburger Swap-Urteil, OGH 13 Os 145/18z bezüglich Landesbeamten-Pensionsgesetz.

3 Gem OGH 17 Os 10/16y.

4 RA 2019/22/049, VwGH 25.04.2019.

### 5. Aufschiebung des Strafvollzuges gem § 39 Abs 1 SMG – Wissenswerteres

Ein Aufschiebung gem § 28a Abs 2, 4 oder 5 SMG ist nicht möglich. Der Antrag muss vor der Übernahme in den Strafvollzug gestellt werden.<sup>5</sup> Achtung, ein nicht fristgerechter Antrag ist aus meiner Sicht nicht *lege artis* und kann eine Haftung des Verteidigers darstellen.

Aus praktischer Sicht empfiehlt es sich, den Antrag gem § 39 SMG bereits in der Gegenäußerung gem § 222 Abs 3 StPO zu stellen und eine Therapieplatzzusage beizulegen. Die Strafe darf drei Jahre nicht überschreiten.<sup>6</sup> Bei einer Verurteilung gem § 28 Abs 2 SMG muss die Privilegierung gem § 28 Abs 3 SMG ausgesprochen wer-

den.<sup>7</sup> Die besondere Gefährlichkeit des Täters gem § 39 Abs 2 SMG spielt in der Praxis kaum eine Rolle. Nach Verkündung des Urteiles sollte der Verteidiger *vor* der Rechtsmittelerklärung den Antrag stellen, der wie folgt lautet: „Für den Fall der Rechtskraft beantrage ich den Aufschiebung des Strafvollzuges gem § 39 Abs 1 SMG.“ Danach kann man, wenn das Urteil „passt“, einen Rechtsmittelverzicht abgeben.

*Anmerkung:* Aus der Sicht des Praktikers lassen sie sich „Therapieshopping“ gut bezahlen.

#### Korrespondenz:

Mag. Arthur Machac, Rechtsanwalt in Wien,  
machac@machac-kanzlei.at

5 RIS-Justiz RL0000168.

6 OGH 11 Os 98/19z.

7 OGH 12 Os 21/17f.