

Die bedingte Nachsicht gemäß § 44 Abs 2 StGB

Generell in Strafverfahren, insbesondere in Suchtmittelverfahren, sind die Nebenfolgen einer Verurteilung in Form von verwaltungsbehördlichen Eingriffen für betroffene Personen oft schwerwiegend. Betreffend die Lenk- und Gewerbeberechtigung sowie Reisepass/Personalausweis erfolgt daher ein lautstarker Appell zur vermehrten Beantragung des § 44 Abs 2 StGB.

I. GEWO, FSG, PASSG – WORIN SIEHT DER STRAFVERTEIDIGER EIN PROBLEM?

Im Rahmen dieses Beitrags wird hauptsächlich auf die Situation von unbescholtenen (also von nicht einschlägig vorbestraften) Ersttäterinnen und Ersttätern nach einer strafrechtlichen Verurteilung wegen § 28a SMG und/oder §§ 84 bis 87 StGB Bezug genommen.¹ Diese Straftatbestände kommen in der Praxis vergleichsweise häufig vor² und führen zur unangenehmen Situation, dass neben der strafrechtlichen Beratung, auch über einen allfälligen Entzug der Lenkberechtigung, des Reisepasses/Personalausweises und der Gewerbeberechtigung durch die Strafverteidigerin und den Strafverteidiger aufgeklärt werden muss. Brisant wird eine entsprechende Aufklärung insb dann, wenn die Lenkberechtigung, Reisepass/Personalausweis und/oder Gewerbeberechtigung für die Ausübung der beruflichen Tätigkeit unentbehrlich ist. Die Erfahrung in der Rechtsberatung zeigt, dass von den Personen nicht verstanden wird, in welchem Zusammenhang der Tatverdacht zB mit der Gewerbeberechtigung etwa als Karosseriebau-/Karosserielackiertechnikerin und Karosseriebau-/Karosserielackiertechniker steht oder warum der Reisepass abgegeben werden muss, wenn der Tatort in Wien gewesen ist und keine Grenze überschritten wurde.

Die Praxis zeigt weiters, dass diese Rechtsfolgen sehr oft härter in die Lebensumstände der verurteilten Person eingreifen als die ursprünglich verhängten Strafen. Im Rahmen der Verteidigung in Suchtmittelverfahren sind insb der Entzug der Lenkberechtigung, des Reisepasses/Personalausweises und/oder der Gewerbeberechtigung von zentraler Bedeutung. Selbst wenn diese Rechtsfolgen juristisch betrachtet Präventiv-Maßnahmen darstellen,³ werden diese bei einer verurteilten Person doch äußerst stark – und in Anbetracht der Auswirkungen auf das tägliche Leben und in deren Existenz – zu Recht als eine Doppelbestrafung für ein und dieselbe Tat wahrgenommen.⁴

Dieser Beitrag soll die Anwendbarkeit des § 44 Abs StGB aufgreifen und die Entziehungstatbestände des FSG, PassG und GewO sowie die Bindungswirkung einer entsprechenden bedingten Nachsicht eines Strafgerichts für Verwaltungsbehörden aufzeigen. Ebenso soll dieser Beitrag ein Appell zur vermehrten Antragstellung nach § 44 Abs 2 StGB im Strafverfahren sein, um künftig die Folge der Entziehung der Lenkberechtigung, des Reisepasses/Personalausweises und der Gewerbeberechtigung, wenn diese nach einer Abwägung als unverhältnismäßig erachtet wird, zu vermeiden.⁵

Die für diesen Beitrag relevanten gesetzlichen Entzugsbestimmungen werden nachstehend ausgeführt:

1. GewO

§ 87 iVm § 13 Abs 1 Z 1 GewO regelt, dass von der Gewerbeberechtigung ausgeschlossen (bzw diese zu entziehen) ist, wer eine nicht getilgte strafbare Handlung wegen betrügerischen Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen und Zuschlägen nach dem Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz, organisierter Schwarzarbeit, betrügerischer Krida, Schädigung fremder Gläubiger, Begünstigung eines Gläubigers oder grob fahrlässiger Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen⁶ oder wegen einer sonstigen strafbaren Handlung zu einer drei Monate übersteigenden Freiheitsstrafe oder zu einer Geldstrafe von mehr als 180 Tagessätzen⁷ verurteilt wird, begeht.⁸

Auch wenn nach §§ 26, 27 GewO eine bedingte Nachsicht der Entziehung der Gewerbeberechtigung vorgesehen ist, wird diese Möglichkeit vom VwGH in Verurteilungen nach dem SMG sehr restriktiv ausgelegt.⁹ Die erstinstanzliche gewerbebehördliche Prognoseentscheidung nach § 87 Abs 1 Z 1 GewO, ob die Befürchtung besteht, dass der Gewerbetreibende eine gleiche oder ähnliche Straftat wieder begehen werde, beschränkt sich in der Praxis regelmäßig mit einem schlichten Verweis auf die (rechtskräftig) erfolgte strafgerichtliche Verurteilung, ohne sich inhaltlich mit dem Sachverhalt auseinanderzusetzen.

2. PassG

Dies gestaltet sich auch im PassG nicht anders. So ist die Ausstellung, Verlängerung und Änderung des Reisepasses/Personalausweises bzw diese zu entziehen, wenn die Annahme gerechtfertigt ist, der Passwerber werde entgegen



SUSANNA GÄBLER
Die Autorin ist Juristin im Verwaltungsdienst.



SIMON HÄUSSLER
Der Autor ist Rechtsanwalt in Wien.

2023/93

¹ Zu den einzelnen Rechtsfolgen einer strafrechtlichen Verurteilung s weiter unten unter Punkt 1.; umfassende Aufzählung *Birkbauer/Hofer*, Nebenfolgen einer strafgerichtlichen Verurteilung – Rechtslage zum 1. 1. 2021, JSt 2021, 117 ff.

² Zumindest in der Praxis des Autors, zB Studentinnen-WG betreibt Cannabis Plantage, Wirtshausschlagerei etc.

³ VwGH 27. 4. 2015, Ra 2015/11/0011; VwGH 27. 2. 2003, 2003/18/0006; VwGH 29. 5. 1990, 89/04/0171.

⁴ IdS *Birkbauer/Hofer*, Nebenfolgen einer strafgerichtlichen Verurteilung – Rechtslage zum 1. 1. 2021, JSt 2021, 116.

⁵ Mit Hauptaugenmerk auf unbescholtene bzw nicht einschlägig vorbestrafte Ersttäterinnen und Ersttäter.

⁶ Siehe § 13 Abs 1 Z 1 lit a GewO.

⁷ Siehe § 13 Abs 1 Z 1 lit b GewO.

⁸ Außerdem ist gem § 13 Abs 1 GewO die Ausübung eines Gastgewerbes bei einer Verurteilung wegen §§ 28–31 a SMG ausgeschlossen.

⁹ VwGH 28. 9. 2011, 2010/04/0134; VwGH 11. 11. 1998, 98/04/0174.

die bestehenden Vorschriften Suchtgift in einer großen Menge erzeugen, einführen, ausführen oder in Verkehr setzen.¹⁰ Dabei muss auf die gemeinschaftsrechtliche Freizügigkeit von EU-Bürgern Rücksicht genommen werden, welche nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit, unter bestimmten Voraussetzungen, beschränkt werden darf.¹¹ Die Passbehörde hat – unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – zu prüfen, ob von der Passbesitzerin und dem Passbesitzer eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr ausgeht, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt und dies auch für die Zukunft gerechtfertigt ist.

Diese Zukunftsprognose unterliegt auch keiner zeitlichen Einschränkung; auch hier stehen die betroffenen Personen vor enormen Planungsproblemen für ihr weiteres Leben, da nicht sicher ist, wann die Passbehörde überzeugt werden kann, dass keine Gefahr mehr iSd PassG von der jeweiligen Person ausgeht. So sah die alte Fassung des § 14 Abs 3 PassG ua auch vor, dass bei Verurteilungen ua nach § 28a SMG bis zum Ablauf von drei Jahren nach der Tat jedenfalls von einem Versagungsgrund auszugehen ist, wobei Haftzeiten und Zeiten einer Unterbringung nach den §§ 21 bis 23 StGB außer Betracht zu bleiben haben.¹² Da durch diese Regelung kein Platz für eine EU-richtlinienkonforme Einzelfallprüfung gegeben war, musste diese Bestimmung ersatzlos gestrichen werden.¹³

In der Praxis begnügt sich eine Vielzahl von erstinstanzlichen Passentziehungsbescheiden im Rahmen der Gefahrenprognose auf den bloßen Verweis auf die (rechtskräftig) erfolgte strafgerichtliche Verurteilung der Passbesitzerin und des Passbesitzers.¹⁴

Dabei bleibt eine Interessenabwägung aus und wird übersehen, dass der Entzug des Reisepasses, der Gewerbeberechtigung usw der Beginn einer unaufhaltsamen Abwärtsspirale bedeuten kann, wenn die betroffene Person ihre berufliche Tätigkeit nicht mehr ausüben kann. Dies widerspricht deutlich dem Resozialisierungsgedanken und kann Personen in eine erneute Straffälligkeit treiben.

3. FSG

Im Führerscheingesetz gilt eine Person als verkehrsunzuverlässig ua dann, wenn sie gem § 7 Abs 3 Z 11 FSG eine strafbare Handlung gem § 28a oder § 31 a Abs 2 bis 4 SMG begangen hat. Gem § 7 Abs 4 FSG hat die Führerscheinbehörde eine Wertung der Verwerflichkeit, der Gefährlichkeit der Verhältnisse, unter denen die Tat begangen wurden, die seither verstrichene Zeit und das Verhalten während dieser Zeit vorzunehmen.¹⁵

In der Praxis wird auch hier erstinstanzlich oft mit dem Verweis auf eine Verurteilung nach dem SMG auf eine die Verkehrszuverlässigkeit nach § 7 FSG ausschließende Sinnesart der verurteilten Person geschlossen. Die Führerscheinbehörde bestimmt dann mittels der Entziehungszeit der Lenkberechtigung jene Zeitspanne, welcher der Dauer des Wohl-

verhaltens entsprechen soll, in der eine entsprechende Änderung der (primär) negativen Sinnesart angenommen werden kann. § 25 Abs 3 FSG setzt bei einer Entziehung wegen mangelnder Verkehrszuverlässigkeit iSd § 7 FSG eine Entziehungsdauer von mindestens drei Monaten fest.

Der VwGH spezifiziert in seiner Rsp zu § 7 Abs 3 Z 11 FSG, dass zB zwischen dem Anbau von Cannabispflanzen zum Eigenkonsum und dem In-Verkehr-Bringen des gewonnenen Suchtmitteldelikt, deren Dauer, zeitliche Verteilung sowie die Gewerbsmäßigkeit sprechen laut VwGH gegen eine Verkehrszuverlässigkeit der verurteilten Person.¹⁷

Trotz gesetzlicher Vorgabe, eine Wertung vorzunehmen, wird in der Praxis auch hier oft auf eine Verurteilung nach dem SMG verwiesen und nur aufgrund dessen auf eine die Verkehrszuverlässigkeit nach § 7 FSG ausschließende Sinnesart des Verurteilten geschlossen. Einige Personen sind beruflich auf die Lenkberechtigung angewiesen, weshalb Personen Gefahr laufen, ihr Kraftfahrzeug weiterhin ohne Lenkberechtigung zu lenken, damit sie nicht auch noch ihren Beruf verlieren.

II. RECHTSFOLGEN/NEBENSTRAFEN

In § 44 StGB ist die „Bedingte Nachsicht bei Zusammenreffen mehrerer Strafen“ normiert; in Abs 2 ist sehr allgemein geregelt, dass Nebenstrafen und Rechtsfolgen der Verurteilung unabhängig von der Hauptstrafe bedingt nachgehen werden können.

Der Begriff der Nebenstrafe ist vom Begriff der Rechtsfolge zu unterscheiden.¹⁸ Für die Nebenstrafe gilt, dass diese neben einer Hauptstrafe zu verhängen ist. Im StGB als Kernstrafrecht sind jedoch Nebenstrafen nicht mehr vorgesehen. Verfall und erweiterter Verfall¹⁹ gelten nicht mehr als Nebenstrafen, da sie nunmehr als schuldunabhängige Unrechtsfolgen

¹⁰ Siehe § 14 Abs 1 Z 3 lit f, § 19 Abs 2 iVm § 15 Abs 1 PassG.

¹¹ Siehe Art 27 Abs 1, 2 der EU-RL 2004/38/EG v 29. 4. 2004.

¹² § 14 Abs 3 PassG aF gültig von 30. 3. 2009 bis 1. 8. 2021, zuletzt geändert durch BGBl I 2009/6.

¹³ Siehe 100/ME 27. GP – Ministerialentwurf – Erläuterungen zur Passgesetz-Novelle 2021, die ebenso anführen, dass aus dem Wohlverhalten während der Haft, der Anhaltung im elektronisch überwachten Hausarrest oder der Unterbringung nach den §§ 21 bis 23 StGB kein Rückschluss auf ein künftiges Verhalten gezogen werden kann; der Entscheidung des VwGH 25. 11. 2010, 2007/18/0002, ist etwa zu entnehmen, dass selbst zwei bis drei Jahre Wohlverhalten die Bedenken des § 14 Abs 1 Z 3 lit f PassG grundsätzlich noch nicht beseitigen könnten.

¹⁴ Der VwGH „unterstützt“ diese Prognosefindung indirekt, indem er in Entscheidungen zB ausführt, dass Erfahrungs(tat)sache sei, dass der inländische Drogenmarkt und Drogenhandel in den meisten Fällen mit Suchtgiftimporten aus dem Ausland verknüpft ist, es keine zwingende Voraussetzung sei, dass der Passbesitzer ein Reisedokument schon einmal für den verpönten Zweck benutzt hat, oder bei Suchtgiftdelikten, insb auch beim Handel bzw der Weitergabe von Suchtgift in großen Mengen, die Wiederholungsgefahr gerade zum Wesen des deliktischen Verhaltens gehört, welche die Annahme rechtfertigen, der Passbesitzer könnte sein Reisedokument dazu benötigen sowie die Verwendung eines Reisepasses einen (weiteren) Handel mit Suchtgift jedenfalls erleichtern würde; s etwa nur VwGH 27. 1. 2004, 2003/18/0284; 21. 9. 1999, 99/18/0267.

¹⁵ IdS VwGH 5. 7. 2021, Ra 2020/11/0116.

¹⁶ VwGH 21. 8. 2014, Ro 2014/11/0060; 24. 2. 2005, 2003/11/0266.

¹⁷ Siehe etwa VwGH 4. 10. 2000, 2000/11/0129; 8. 8. 2002, 2002/11/0136.

¹⁸ Siehe zur Begriffserklärung treffend *Birkbauer/Hofer*, Nebenfolgen einer strafgerichtlichen Verurteilung – Rechtslage zum 1. 1. 2021, JSt 2021, 116f.

¹⁹ Siehe §§ 20, 20b StGB.

konzipiert sind.²⁰ Die Rechtsfolge hingegen tritt nach Ansicht der Lehre ex lege ein, muss also nicht explizit ausgesprochen werden.²¹ Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, dass eine Nebenstrafe in Wahrheit keine bedingte Nachsicht benötigt, da diese entweder ausgesprochen wird oder eben nicht.

In § 27 StGB sind der Amtsverlust und „andere Rechtsfolgen“ bei einer Verurteilung geregelt. § 27 Abs 2 StGB enthält die Regelung, wenn eine strafgerichtliche Verurteilung nach einem Bundesgesetz eine andere als die im Abs 1 genannte Rechtsfolge nach sich zieht, diese nach fünf Jahren endet, sofern nichts anderes bestimmt ist. Der Abs 2 zeigt daher auf, dass von der Existenz „anderer Rechtsfolgen“, neben jener des Amtsverlusts, ausgegangen wird.

Nach mehreren Novellen ist mittlerweile gem § 44 Abs 2 StGB die bedingte Nachsicht von Nebenstrafen und Rechtsfolgen sogar dann möglich, wenn die Hauptstrafe nicht bedingt nachgesehen wurde;²² die Möglichkeit, die bedingte Nachsicht einer Nebenstrafe und Rechtsfolgen auszusprechen, besteht daher unabhängig zur Hauptstrafe.

Den Erläut zu § 44 StGB ist zu entnehmen, dass „Der Entwurf des § 44 StGB keine andere Nebenstrafe als den Verfall kenne, es jedoch denkbar sei, dass in Nebengesetzen bestimmte, den besonderen Verhältnissen des in Frage stehenden Lebensgebietes angepasste Nebenstrafen bestehen bleiben oder neu vorgesehen werden“.²³ Ebenso wird in diesen Erläuterungen weiterführend ausgeführt wie folgt: „Vorsichtshalber sorgt der Entwurf aber auch für den Fall vor, daß einzelne Nebengesetze in einem besonderen Sachzusammenhang bestimmte Rechtsfolgen festsetzen. [...] Dem Grundgedanken jener neu aufgenommenen Bestimmung widerspräche es, die bedingte Nachsicht nur für in Strafgesetzen vorgesehene Rechtsfolgen zu ermöglichen. Auch das geltende Recht kennt keine solche Beschränkung. Daher wird sie im Gegensatz zu den früheren Entwürfen fallen gelassen.“²⁴

Als Rechtsfolgen iSd § 44 Abs 2 StGB zählen neben dem Amtsverlust²⁵ außerstrafrechtlich etwa der Ausschluss vom Wahlrecht zur Nationalratswahl,²⁶ Ausschluss von der Ausübung eines Gewerbes,²⁷ das Erlöschen des Vertragsverhältnisses zwischen Vertragsärztin und Vertragsarzt mit dem Träger der Krankenversicherung²⁸, der Entzug der Lenkberechtigung²⁹ oder der Entzug des Reisepasses/Personal ausweises³⁰ etc.³¹

Aus den obigen Ausführungen geht damit aber hervor, dass § 44 Abs 2 StGB auch für die Entzugs- bzw. Versagungstatbestände der GewO, des FSG und PassG aufgrund von strafrechtlichen Verurteilungen angewendet werden kann. Hätte der Gesetzgeber die bedingte Nachsicht für Rechtsfolgen vermeiden wollen, so hätte er dies gesetzlich verankert. Das Vorliegen einer planwidrigen Lücke unter Berücksichtigung der bisherigen Ausführungen ist daher ausgeschlossen.

III. ANWENDBARKEIT DES § 44 ABS 2 STGB

Zusammenfassend stellt sich folgende Frage: „Ist § 44 Abs 2 StGB auf verwaltungsbehördliche Verfahren anwendbar?“

Über die Rechtsfolgen nach der GewO, dem FSG und PassG an sich zu entscheiden, würde wohl mangels gesetzlicher Ermächtigung³² einen unzulässigen Einschnitt in die Kompetenz der an sich zuständigen Behörden bedeuten. Allerdings würde die bedingte Nachsicht nicht die Entscheidung, ob zB der Führerschein entzogen werden soll, ersetzen. Es soll lediglich anhand der Strafzumessungsgründe, dem Einschnitt in die persönlichen Lebensverhältnisse sowie des persönlichen Eindrucks, wie grundsätzlich bei der Evaluierung einer bedingten Strafnachsicht nach § 43 Abs 1 StGB, abgewogen werden, ob bspw der Entzug des Führerscheins bedingt nachgesehen werden kann.³³

Jerabek/Ropper fassen dies gekonnt zusammen, wenn sie ausführen, dass der mit der Rechtsfolge verbundenen Zielsetzung wahrscheinlich schon durch bloße Androhung Genüge getan wird und genau dies ein maßgebliches Kriterium der bedingten Nachsicht ist.³⁴ Richtigerweise kann daraus abgeleitet werden, dass eben „nur“ diese Entscheidung folglich dem (straf-)richterlichen Ermessen unterliegt.³⁵

Das oft im kollegialen oder interdisziplinären Austausch ins Treffen geführte Argument gegen eine zulässige bedingte Nachsicht durch das Strafgericht des Entzugs der Lenkberechtigung und/oder des Reisepasses/Personalausweises, dass sich nämlich § 44 Abs 2 StGB nur auf unmittelbar kraft Gesetzes eintretende Rechtsfolgen bezieht, hat der OGH bereits im Jahr 2016 entkräftet. Unter dem Rechtssatz RIS-Justiz RS0091618 geführten Entscheidung des OGH v 3. 10. 2016 zu 17 Os 10/16y führt dieser zweifelslos aus, dass „[...] es sich beim Ausschluss von der Ausübung eines Gewerbes nach § 13 Abs 1 GewO 1994 entgegen der Ansicht des Erstgerichts um eine Rechtsfolge handelt, die nach § 44 Abs 2 StGB bedingt nachgesehen werden kann“.³⁶ Für eine unterschiedliche Behandlung zwischen dem Entziehungsgrund der GewO, FSG und PassG bleibt somit kein Platz mehr, handelt es sich in der (verwaltungsrechtlichen) Gesamtschau doch um strukturähnliche Entziehungsbestimmungen. Dass es sich bei der oben zitierten Entscheidung des OGH auch nicht um eine Einzelentscheidung handelt, zeigt die Entscheidung des OGH 2. 10. 2019, 13 Os 145/

²⁰ Siehe dazu *Jerabek/Ropper* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 44 Rz 4; aA *Birkbauer/Hofer* zählen die Konfiskation nach § 19 a StGB zu den Nebenstrafen des StGB *Birkbauer/Hofer*, Nebenfolgen einer strafgerichtlichen Verurteilung – Rechtslage zum 1. 1. 2021, JSt 2021, 116; zweifelnd *Tipold* in *Leukauf/Steininger*, StGB⁴ § 44 Rz 5.

²¹ *Jerabek/Ropper* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 44 Rz 5.

²² Siehe dazu ErläutRV 33 BlgNR 20. GP 39.

²³ ErläutRV 30 BlgNR 13. GP 145.

²⁴ ErläutRV 30 BlgNR 13. GP 146.

²⁵ Siehe § 27 StGB.

²⁶ Siehe § 22 Abs 1 NRWO.

²⁷ Siehe § 13 Abs 1 GewO.

²⁸ Siehe § 343 Abs 2 Z 4 ASVG.

²⁹ Siehe § 3 Abs 1 Z 2, § 7 Abs 3 Z 9–12 iVm § 24 Abs 1 FSG.

³⁰ Siehe § 14 Abs 1 Z 3 lit a, f iVm § 15 Abs 1, § 19 Abs 2 PassG.

³¹ Siehe zu all dem *Birkbauer*, SbgK § 44 Rz 30; *Jerabek/Ropper* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 44 Rz 5; umfassend *Birkbauer/Hofer*, Nebenfolgen einer strafgerichtlichen Verurteilung – Rechtslage zum 1. 1. 2021, JSt 2021, 117 ff.

³² ZB § 366 ff StPO; § 27 StGB.

³³ IdS RIS-Justiz RS0119774.

³⁴ *Jerabek/Ropper* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 44 Rz 5.

³⁵ IdS *Jerabek/Ropper* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 44 Rz 5.

³⁶ OGH 3. 10. 2016, 17 Os 10/16y mwN.

18z, in welcher ausgeführt wird, dass nach § 44 Abs 2 StGB in Strafgesetzen wie auch in anderen Gesetzen des Bundes vorgesehene Folgen einer strafgerichtlichen Verurteilung bedingt nachgesehen werden können.³⁷

Meistens liegt während des strafrechtlichen Verfahrens, zB nach dem SMG, noch keine Entscheidung darüber vor, ob ein Führerschein/Reisepass für eine gewisse Dauer und/oder die Gewerbeberechtigung entzogen werden soll.

Wenn also die Rechtsfolge des Entzugs der Lenkberechtigung, des Reisepasses oder der Gewerbeberechtigung in einem konkreten Einzelfall droht, so sollte die bedingte Nachsicht jedenfalls zeitgleich mit dem Urteil des Strafgerichts ausgesprochen werden, wodurch weder in die Kompetenz der an sich zuständigen Behörden noch die Grenze der Gewaltenteilung verschwimmen würde. Dass es einen konkreten Sachzusammenhang benötigt, ist in jedem Falle einleuchtend. **Dafür hat (zumindest) die Strafverteidigerin und der Strafverteidiger zu sorgen, indem entsprechende Anträge (auf bedingte Nachsicht) gestellt werden und notfalls mittels konkreter Fragestellung auf die jeweiligen außerstrafrechtlichen Bestimmungen im Strafverfahren eingegangen wird.**³⁸

Das Strafgericht sollte allein aufgrund des persönlichen Eindrucks und der Lebensverhältnisse am besten dazu in der Lage sein, die Entscheidung über die bedingte Nachsicht der Rechtsfolgen zu treffen. Dass sich die Verwaltungsbehörden mit einem bloßen Verweis auf das Urteil des Strafgerichts begnügen, spricht ebenfalls dafür, dass es dem Strafgericht freistehen sollte, über die bedingte Nachsicht einer Rechtsfolge zu entscheiden. So könnten auch iS einer wirtschaftlichen bzw steuerschonenden Betrachtungsweise allfällige erstbehördliche Ermittlungsschritte sowie Beschwerdeverfahren vor den Landesverwaltungsgerichten merklich reduziert werden.

Hinzu kommt die besonders praktische Bedeutung, dass der Widerruf einer bedingten Nachsicht einer Rechtsfolge in Ermangelung einer materiellrechtlichen Regelung nicht möglich ist, sodass der bedingten Nachsicht des § 44 Abs 2 StGB de facto die Wirkung einer endgültigen Nachsicht zukommt.³⁹

Dieser Punkt beinhaltet in der Praxis doch gewisse „Sprengkraft“. Leitet nämlich die zuständige Verwaltungsbehörde nach einer rechtskräftigen strafrechtlichen Verurteilung zB nach § 28a SMG samt bedingter Nachsicht der Entziehung der Lenkberechtigung (unabhängig davon) ein Lenkberechtigungs-Entzugsverfahren ein, so wäre dies aufgrund der grundsätzlichen Bindungswirkung strafrechtlicher Urteile einzustellen; was in der Praxis⁴⁰ auch so gehandhabt wird.⁴¹

IV. CONCLUSIO: VERMEHRT ANTRÄGE NACH § 44 ABS 2 STGB!

Häufig geht der Verlust des Führerscheins, des Reisepasses oder der Gewerbeberechtigung mit einer Verurteilung,⁴²

insb nach dem SMG, einher. Wenn davon jedoch die Existenz der betroffenen Person bzw der Familie abhängt,⁴³ ist hier auf den Einzelfall und die Verhältnismäßigkeit vermehrt Bedacht zu nehmen.

Der im Strafverfahren gewonnene persönliche Eindruck durch die mündliche Hauptverhandlung könnte auch dazu verwendet werden, sich eben eine Entscheidungsbasis zu erarbeiten, um eine angeklagte Person vor den einschneidenden Folgen eines Verwaltungs(entzugs-)verfahren zu verschonen. Gerade bei Ersttäterinnen und Ersttätern sollen ja auch zB der bloße bedingte Ausspruch einer Freiheits- bzw Geldstrafe von weiterem delinquenten Verhalten abhalten, ohne die bisherigen Lebensumstände ungebührlich zu erschweren. Aus Sicht der Strafverteidigung ist es daher inakzeptabel sowie widersprüchlich, wenn diese gesetzlich eingeräumte „Warnfunktion“ iS einer zweiten Chance bei einem nachfolgenden Verwaltungsverfahren außer Acht bleibt.⁴⁴ Teilweise müssen deshalb – im Anschluss an das Strafverfahren – mehrere (zeit- und kostenintensive) Verwaltungsverfahren – meistens bis zum jeweiligen Landesverwaltungsgericht, fallweise sogar bis zu den Höchstgerichten des öffentlichen Rechts – geführt werden.

All das wäre mit einer entsprechenden Antragstellung durch die Strafverteidigerin und den Strafverteidiger im Strafverfahren und entsprechender Entscheidungsfindung des Strafgerichts über eine bedingte Nachsicht nach § 44 Abs 2 StGB zu verhindern. Es versteht sich von selbst, dass nicht jedes (Suchtmittel-)Strafverfahren für die Anwendung der bedingten Nachsicht von Rechtsfolgen in Frage kommt. Gerade aber in Fällen, in denen die kriminelle Energie sowie der Schuldgehalt im deliktsspezifischen unteren Bereich zu liegen kommt, sollte – wenn nicht sogar verpflichtend – vermehrt darauf Bedacht genommen werden.

³⁷ OGH 2. 10. 2019, 13 Os 145/18z mwN, fallbezogen verneinend für das Landesbeamten-Pensionsgesetz; RIS-Justiz RS0091652 bejahend für Dienstordnung und Lohnordnung der ÖBB; RIS-Justiz RS0091646 wegen zu „geringer“ Strafhöhe von bedingt nachgesehenen fünf Monaten nicht schlagend, aber im Umkehrschluss für Ruhegenuss nach dem PensionsG bejahend.

³⁸ In diesem Zusammenhang ist für die Praxis von Bedeutung, dass Rechtsgespräche selbst auch mit einem Antrag in der Hauptverhandlung eingefordert und insofern mit § 281 Abs 1 Z 4 StPO somit abgesichert werden können; dazu in einem äußerst gelungenen Aufsatz *Lendl*, Der OGH und die Hauptverhandlung, ÖJZ 2021/95, 731 mwN.

³⁹ RIS-Justiz RS0119775; *Jerabek/Ropper* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 44 Rz 6 mwN; kritisch *Birkbauer*, SbgK § 44 Rz 42.

⁴⁰ Zumindest in der Wahrnehmung der Autoren.

⁴¹ Bzw kann die bedingte Nachsicht eben nicht widerrufen werden; höchstgerichtliche Entscheidungen dazu liegen soweit ersichtlich nicht vor; Bindungswirkung von Strafurteilen und Verwaltungsverfahren behandelnd *VwGH* 1. 6. 2017, Ro 2014/08/0076; 28. 2. 1975, 0737/73; 9. 12. 2020, Ra 2020/08/0157; s aber auch 6. 10. 2020, Ra 2020/09/0051; 4. 4. 2019, Ro 2018/01/0014; s dazu bereits Ausführungen eingangs unter Punkt 1.

⁴² Auch nach einer diversionellen Erledigung, da diese eine Verantwortungsübernahme verlangt.

⁴³ Arbeiterin und Arbeiter auf Montage; BerufskraftfahrerIn und Berufskraftfahrer; An- und Abfahrt zur Arbeitsstätte, im ländlichen Bereich ist die öffentliche Verbindung nicht immer ausreichend gegeben; aber auch der nicht mögliche Besuch von Familienmitgliedern, insb im Krankheitsfall, im Ausland; Pflegebedürftigkeit von Familienmitgliedern (zB Pflege, Heimbesuche) etc.

⁴⁴ Bzw erst in einem weiteren (Verwaltungsgerichts-)Verfahren mühsam zu „erkämpfen“ ist.

