

ADDICTION BETWEEN THERAPY AND CRIMINALIZATION

DER UMGANG MIT SUCHT ZWISCHEN BEHANDLUNG UND KRIMINALISIERUNG

Alois Birklbauer & Kathrin Schmidhuber

Johannes-Kepler-Universität, Institut für Strafrechtswissenschaften, Austria

SUMMARY

The present paper delves into the question of whether and to what extent it is appropriate to leave addiction problems between the conflicting priorities of therapy and criminalization. After outlining the issue the criminal addictive behaviour including crimes associated with drug misuse and with obtaining drugs is described. Subsequently it is discussed if and how you could make allowances for addiction-related legal insanity in the criminal law sector. Following a few remarks on the principle of "voluntary therapy instead of penal sanction" as a way to alleviate the strict law on narcotic drugs misuse a summary and an outlook with criminal-political demands complete the issue.

Key words: addiction - criminalization - criminal liability - voluntary therapy instead of penal sanction

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Frage, ob und inwieweit es sachgerecht ist, Suchtprobleme im Spannungsfeld zwischen Kriminalisierung und Behandlung zu belassen. Nach einem Problemaufriss soll kurz das kriminalisierte Suchtverhalten einschließlich der Beschaffungs- und Begleitskriminalität dargestellt werden. Daran anschließend finden sich Überlegungen zur Berücksichtigung suchtbedingter Steuerungsunfähigkeit im Bereich des Strafrechts. Nach Ausführungen zum Grundsatz „Therapie statt Strafe“ als gleichsam Devise zur Entschärfung des strengen Suchtstrafrechts folgen eine Zusammenfassung und ein Ausblick mit kriminalpolitischen Forderungen.

Schlüsselwörter: Sucht - Kriminalisierung - Zurechnungsfähigkeit - Therapie statt Strafe

* * * * *

Introduction and presentation of the problem

Prior to dealing with the subject of addiction between therapy and criminalization the role of criminal law in society has to be clarified. Criminal law fulfils a regulative function and is applied as a last resort (ultima ratio), if other regulatory instruments of society have proved to be insufficient. The social agreement on values which is reflected in the legal norms serves as the basis of the application of criminal law in its regulative function. It always has to be considered that these rules do not form the consensus of values but that they are its result and entitle the state to react to offences against the law. The establishment of the agreement on values is achieved by other institutions than the criminal law.

To emphasize the validity of criminal law it is not only essential to permanently realize the content of a rule, but also to react to offences against this rule in the individual case. The delinquent is reproached for his culpable behaviour in the past (rule of guilt). This attribution of responsibility leads to some extent to the reconciliation with the legal community. Indirectly, the delinquent and all other members of the legal community should be prevented from committing further criminal offences (special and general preventive function of criminal law as reflex of the rule of guilt). In this sense criminal law reactions take effect in the future.

Focusing on the content of a legal norm you have to take the autonomy of human beings as part of a liberal society into consideration. The State is allowed to

curtail its citizens' liberty with criminal prohibitions and sanctions if and to the extent that it is indispensable. With contemplation of society as a whole it is occasionally required that human beings are protected against their own liberty. Forasmuch it constitutes a violation of law within the meaning of §§ 146 ff (fraud) of the Austrian Criminal Code (Strafgesetzbuch (StGB)) when you take advantage of somebody's credulity even if an average person wonders why anybody can be fooled by such nonsense. Instancing some people spend vast amounts of money for charming away a curse (ÖÖ Nachrichten 2011). A person who purchases certain drugs only for his own use is guilty of an offence (§§ 27 ff of the Austrian Narcotic Drugs Act) despite of the fact that he endangers nobody than himself, just as it constitutes a violation of law if anybody offers or enables (self-endangering) gambling (§ 168 of the Austrian Criminal Code). On the other side risky sports and leisure activities like parachuting are not criminal although they are just as thrill-seeking and self-endangering as the illegal activities above. With that said, the question arises to what extent the criminalization of certain self-endangering behaviours is compatible with the principles of a liberal society. The recourse to criminal law is sometimes legitimized with legally protected interests of the public such as the public health, which have to be protected (Flora 2010). That way a basic discussion about the role of criminal law for the protection of human liberty against itself is avoided.

Criminal addictive behaviour and crime associated with drug misuse and with obtaining drugs

The consumption of drugs is generally exempt from punishment and so is the participation in gambling. The customer protection should be obtained by the punishment of the providers. So the principle that addiction poses primarily a health issue and criminalization is not an appropriate way to handle it should be admitted indirectly. However, life is not all guns and roses and the distinction between unhealthy consumption and criminal supply – ultimately to finance one's addiction – is not clear. It is remarkable that for instance within the scope of criminal law the possession of drugs is prosecutable (§ 27 of the Austrian Narcotic Drugs Act) and legal consumption without possession is almost impossible (Schwaighofer).

Concerning gambling, nothing but the professional participation constitutes an offence (§ 168 Abs 2 of the Austrian Criminal Code) as the tip of the problem. Professionalism means that a person gambles recurrently to obtain continual receipts (see § 70 of the Austrian Criminal Code). According to this definition pathological gamblers normally attend a game on a professional basis since they take part recurrently and intend to increase their income continually thereby. In summary it can be stated, therefore, that addiction problems are an object of criminalization in defiance of the principle that they are health issues.

Aside from that, addiction problems bring along crimes associated with drug misuse and with obtaining drugs. A lot of money goes on addictive behaviour and one's own financial resources are often limited. Due to that, crimes like counterfeiting of a doctor's prescription to get access to drugs (falsification of documents according to § 223 of the Austrian Criminal Code resp. fraud with a falsified document in line with §§ 146, 147 Abs 1 of the Austrian Criminal Code) or robbery (§ 142 of the Austrian Criminal Code) are common offences to obtain drugs. Pathological gambling is often associated with crimes like fraud (§ 146 of the Austrian Criminal Code), fraudulent conversion (§ 133 of the Austrian Criminal Code) or interception (§ 153 of the Austrian Criminal Code). Ultimately, numerous traffic accidents under the influence of alcohol which result in the injury or even death of a human being (§§ 80, 81 resp. 88 of the Austrian Criminal Code) have to be classed as crimes associated with drug misuse although the sense of right and wrong in society is yet lacking for this classification.

Consideration of addiction-related legal insanity in criminal law

A mainstay of the Austrian criminal law is the principle of guilt. According to § 4 of the Austrian Criminal Code is punishable only who contravenes culpably. Basis for such guilt is the criminal liability

(also referred to as legal responsibility; § 11 of the Austrian Criminal Code). It is to be understood as ability of a human being to realize the injustice of his offence (ability to reason) and to act in accordance to this realisation (accountability). An exclusion of criminal liability is possible but rigorously regulated. It is mandatory that the offender suffers from mental alienation, mental deficiency, profound disturbance of consciousness or another serious mental disorder which is equivalent to these conditions. The Austrian criminal law does not know any direct consequences to the status of limited criminal liability. Thus you can refer to criminal liability as a go / no-go type of decision.

The term "criminal liability" is a legal and no medical category. Hence it is part of the juridical subsumption to sort out the effects of an addiction on the criminal liability of the defendant. Against this backdrop, an expert report can render assistance to ascertain the presence of a human being's criminal liability. Even so, having the expert reports on hand, the discretion is left to the court in the end so that the expert reports serve as auxiliary means.

Getting to the bottom of the potential effects of an addiction which accounts for the commission of a crime on the criminal liability it is required to know the typical criteria of addiction and their relevance to behaviour control. According to ICD-10 typical criteria of substance dependence are:

- A strong desire or sense of compulsion to take the substance;
- Difficulties in controlling substance-taking behaviour in terms of its onset, termination, or levels of use;
- A physiological withdrawal state when substance use has ceased or have been reduced, as evidenced by: the characteristic withdrawal syndrome for the substance; or use of the same (or closely related) substance with the intention of relieving or avoiding withdrawal symptoms;
- Evidence of tolerance, such that increased doses of the psychoactive substance are required in order to achieve effects originally produced by lower doses (clear examples of this are found in alcohol- and opiate-dependent individuals who may take daily doses sufficient to incapacitate or kill nontolerant users);
- Progressive neglect of alternative pleasures or interests because of psychoactive substance use, increased amount of time necessary to obtain or take the substance or to recover from its effects;
- Persisting with substance use despite clear evidence of overtly harmful consequences, such as harm to the liver through excessive drinking, depressive mood states consequent to periods of heavy substance use, or drug-related impairment of cognitive functioning; efforts should be made to determine that the user was actually, or could be expected to be, aware of the nature and extent of the harm“(WHO 2013).

The court rarely accepts an exclusion of criminal liability due to an addiction (OGH 2013). This applies specifically to crimes associated with drug misuse. It is accounted for by the fact that crimes associated with addictive behaviour are mostly carefully arranged and controlled. From a juridical point of view, people committing such crimes are criminally liable in most cases according to § 11 of the Austrian Criminal Code.

As mentioned previously, the Austrian criminal law system does not know a legal category like limited criminal liability. Even so, it is possible to make allowances for a diminished criminal liability in the course of sentencing (see § 32 ff of the Austrian Criminal Code) since the court is aimed at finding the sentence related to the seriousness of the crime. Admittedly, the court's scope in matters of sentencing is a wide one, which can lead in individual cases to the result that the convict can hardly object to the lack of attention in respect to circumstances limiting his guilt (The general rules 2012). Observations suggest the assumption that addictive behaviour is seldom considered in mitigation *de facto*. This is basically accounted for by the fact that the Austrian Criminal Code lists extenuating and aggravating circumstances just exemplarily. It is legally permissible that behaviours coming close to these circumstances enumerated in §§ 33, 34 of the Austrian Criminal Code have an extenuating or aggravating effect on the sentence. However, frequently given extenuating causes like the circumstances that the delinquent has had a decent moral conduct so far (§ 34 Abs 1 Z 2 of the Austrian Criminal Code), that he committed the crime unreflectingly (§ 34 Abs 1 Z 7 of the Austrian Criminal Code), that he got carried away in a commonly comprehensible affect (§ 34 Abs 1 Z 8 of the Austrian Criminal Code) or that he committed the crime more because of an exceptional opportunity than in a preconceived criminal intent (§ 34 Abs 1 Z 9 of the Austrian Criminal Code) are often compensated for aggravating causes such as self-imposed addiction or high risk of reoffending because of the addiction (Schwaighofer 2012). Taken as a whole, it can be found that there exist ways to take account of the addiction related limited behavioural control, but that the possibilities of the convict to combat the undervalued consideration of extenuating causes are limited. But exactly the fact that the lack of energy to actively counteract the addiction is classed as aggravating tempts convicts to suppress their addiction.

The principle of “voluntary therapy instead of penal sanction” to alleviate the strict law on narcotic drugs misuse

In the sector of controlled substances law the principle “voluntary therapy instead of penal sanction” is developed broadly and multifariously. The medical treatment should be given priority over the aspect of punishment and so this principle was shaped into the subcategories of “therapy instead of criminal procedure”

(§§ 11 ff of the Narcotic Drugs Act), “therapy instead of punishment” (§§ 35 ff of the Narcotic Drugs Act) and “therapy instead of execution of sentence” (§§ 39 f of the Narcotic Drugs Act). Beyond the bounds of controlled substances law the universally applicable Austrian criminal law offers numerous approaches to take the principle “therapy instead of penal sanction” into account. There are various possibilities starting with abatement of action in the context of diversion (§§ 191, 198 ff of the Austrian Criminal Code), probation (§§ 43, 43a of the Austrian Criminal Code) in combination with legal instructions according to §§ 50 ff of the Austrian Criminal Code, adjournment of execution of sentence (§ 6 of Prison Act) with subsequent mitigation of punishment (§ 31a of the Austrian Criminal Code) as a consequence of a successful treatment through to release on temporary licence (§ 46 of the Austrian Criminal Code).

Referrals by justice pose some problems from the therapeutic view as the legal compulsion of the court order cannot comply with the freedom of therapy. According to several empirical studies it is well established that even an enforced contact with therapeutic institutions can be conducive to start a treatment which leads to success in the end. Overly vague or too specific court orders in regard to therapy cause difficulties. Justice often demands miracles of therapy but that is of course a pie in the sky. Legal practitioners often criticize the selected form of treatment despite the fact that most court orders have left it to the therapists' or institutions' discretion to choose the proper type and intensity of treatment. Another conflict issue between law and medicine in this regard is the definition of therapeutic success: From the therapist's point of view it is realistic and reasonable to aim at harm reduction, whereas this is insufficient from the legal perspective which expects that the treatment prevents reoffending, particularly with regard to the legal prerequisites of impunity in the future. Reoffending is seen as failure of therapy. Drafting realistic therapeutic targets and expectations beforehand can save all sides from frustration.

Summary and outlook

The law offers several possibilities to take the limited accountability in connection with criminal culpability in the sector of controlled substances criminality into consideration. Nevertheless, it partly lacks the necessary awareness of legal practitioners. Against this background it needs an intensified dialogue to create awareness and a lot of persuading. The cause of this grievance is unquestionably overloading of justice as well as reluctance to enter into an interdisciplinary dialogue. Therefore, the stage has to be set for continuous education in this field.

Criminal liability is a legal term and expert reports can be helpful for its evaluation, but the final decision rests solely with the court. Questioning the criminal

liability of an offender – which is frequently the case with addiction related crimes - the court often abandons an expert's opinion due to the fact that in Austria diminished criminal liability is of no legal significance and its exclusion mostly is not indicated. Insofar it often lacks the necessary expertise to consider addiction appropriately in the process of sentencing. The legal practitioners' awareness has to be raised in this respect, too, so that they understand the problem of criminal liability in combination with an addiction independent of any expert reports.

Associated with gambling, addicts frequently commit serious acquisitive crimes professionally and/or causing damages of more than 50 000 €. Because of the high ranges of sentences related to these offences the existing instruments are insufficient to proceed with the principle of "therapy instead of penal sanction". According to § 198 Abs 2 Z 1 of the Austrian Code of Criminal Procedure the jurisdiction of the court of lay assessors renders diversion a priori impossible. Besides, it is rare that a prognosis in respect of the preventive effect admits probation in these cases of serious criminality. An idea would be to start thinking about an extension of the possibility to postpone the execution of a prison sentence until a therapy is completed successfully so that an unconditioned sentenced can be commuted into a conditioned one. Considering that it needs lobbying among legislative institutions, for instance towards the providing of protection against gambling not only by the punishment of the illegal gambling industry but also by the expansion of therapeutic options ordered by justice.

Demands for intensified criminalization of suppliers of addictive substances or behaviours like alcohol or gambling are often replied with – more or less with good reason – the liberal understanding of the Austrian legal system. In contrast to the varying risk potential of

illegal substances it lacks objective differentiation. Serious discussing of the drug problem of our society and the associated necessity of criminalization because of the potential risks of substance abuse requires objectification of the discussion, both in view of risks generated by the abuse of substances and dangerous behaviour.

Acknowledgements: None.

Conflict of interest : None to declare.

References

1. *Flora: Die Grenzmengenberechnung im Lichte des neuen SMG*, AnwBl 2000, 12(16); *Schwaighofer, Strafrechtliche Überlegungen zur Einrichtung von Drogenkonsumräumen*. JSt 2010; 105:107.
2. *OGH 14 Os 129/05k; Schwaighofer, Glücksspielsucht und strafrechtliche Schuld*, ÖJZ 2013, 164 (166).
3. *OÖ. Nachrichten from 17/01/2011*, http://www.nachrichten.at/nachrichten/chronik/Wahrsager-in-wegen-Fluch-Betruges-in-Salzburg-verurteilt;art58,533967_
4. *Schwaighofer in WK² § 27 SMG Rz 20 adduces as only instances for legal consumption of drugs the breathing of a joint's fumes („shot“) and the injection of drugs by another person*.
5. *Schwaighofer, ÖJZ 2013, 164 (168); OGH 15 Os 6/95; 14 Os 74/97*.
6. *The general rules of sentencing in Austria can be looked up in Jesionek/Birkbauer, Strafrecht Allgemeiner Teil II⁶, Manz, Vienna/Linz 2012, 26-52 or Maleczky, Strafrecht Allgemeiner Teil II¹⁵, facultas.wuv, Vienna 2012; 31-75*.
7. *WHO: Dependence Syndrom*, http://www.who.int/substance_abuse/terminology/definition/en/ [12.12.2013].

DER UMGANG MIT SUCHT ZWISCHEN BEHANDLUNG UND KRIMINALISIERUNG

* * * * *

Einleitung und Problemstellung

Um das Thema Sucht zwischen Kriminalisierung und therapeutischer Behandlung diskutieren zu können, ist vorweg die Rolle des Strafrechts in der Gesellschaft darzustellen. Das Strafrecht hat eine Ordnungsfunktion und ist als letztes Mittel (*ultima ratio*) zulässig, wenn zur Herstellung der Ordnung mit anderen gesellschaftlichen Regelungsinstrumenten nicht das Auslangen gefunden werden kann. Basis für den Einsatz des Strafrechts im Rahmen dieser Ordnungsfunktion ist der gesellschaftliche Wertekonsens, der in ausformulierten Strafnormen seinen Niederschlag gefunden hat. Dabei ist stets zu bedenken, dass diese Strafnormen nicht den Wertekonsens bilden, sondern dessen Ergebnis sind und dem Staat lediglich Möglichkeiten einräumen, auf Normverstöße zu reagieren. Die Schaffung des Wertekonsenses erfolgt durch andere Institutionen als solchen des Strafrechts.

Um die Geltung der Strafnorm zu unterstreichen, ist es nicht nur erforderlich, sich deren Inhalt stets zu vergegenwärtigen, sondern auf Normverstöße muss im Einzelfall auch reagiert werden. Dem Täter wird sein – in der Vergangenheit gesetztes – schuldhaftes Verhalten vorgeworfen (Schuldgrundsatz). Durch diese Verantwortungszuschreibung erfolgt gewissermaßen auch die Aussöhnung mit der Rechtsgemeinschaft. Mittelbar sollen überdies er und alle anderen Mitglieder der Rechtsgemeinschaft von der Begehung weiterer Straftaten abgehalten werden (spezial- und generalpräventive Funktion des Strafrechts als gleichsamer Reflex des Schuldgrundsatzes). Insofern wollen strafrechtliche Reaktionen auch für die Zukunft wirken.

Beschäftigt man sich mit dem Inhalt von Strafnormen, so ist in diesem Zusammenhang die Autonomie des Menschen als Bestandteil einer liberalen Gesellschaft zu bedenken. Der „Staat“ darf vor diesem Hintergrund die Freiheit, auch durch strafrechtliche Verbote und Sanktionen, nur dort und insoweit einschränken, als es unbedingt notwendig ist. Mit Blick auf das gesellschaftliche Ganze ist es mitunter erforderlich, Menschen vor ihrer Freiheit zu schützen. Insofern begründet es auch einen strafbaren Betrug (§§ 146 ff StGB), wenn die Leichtgläubigkeit von Menschen ausgenutzt wird, selbst wenn sich ein Durchschnittsmensch fragt, wie jemand bloß einem solchen „Unsinn“ aufgesessen sein kann. Als Bsp seien Fälle genannt, in denen Menschen viel Geld zahlen, damit ein „auf ihrer Aura liegender Fluch weggezaubert wird“ (ÖÖ Nachrichten 2011). Auch das Überlassen bestimmter Suchtmittel zum eigenen Gebrauch kann trotz Selbstgefährdung eine Strafbarkeit begründen (§§ 27 ff

SMG), ebenso das Anbieten und Ermöglichen von (letztlich selbstgefährdendem) Glücksspiel (§ 168 StGB). Auf der anderen Seite sind riskante Freizeitsportarten, bei denen es in vergleichbarer Weise um den „Kick“ geht, wie zB Base-Jumpen nicht kriminalisiert. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, inwieweit die bisweilige Kriminalisierung bestimmter selbstgefährdender Verhaltensweisen mit den Grundsätzen einer liberalen Gesellschaft vereinbar ist. Zum Teil werden dann Allgemeinrechtsgüter wie die „Volks-gesundheit“, die es zu schützen gilt (Flora 2010), herangezogen, um den Einsatz des Strafrechts zu legitimieren und letztlich grundsätzlichen Diskussionen über die Rolle des Strafrechts zum Schutz der Freiheit des Menschen vor sich selbst zu entgehen.

Kriminalisiertes Suchtverhalten und Beschaffungs- bzw Begleitkriminalität

Der Konsum von suchtmittelhaltigen Substanzen ist grundsätzlich ebenso straffrei wie die Teilnahme am Glücksspiel. Der Schutz der Konsumenten soll über die Strafbarkeit der „Anbieter“ erreicht werden, wodurch mittelbar auch der Grundsatz anerkannt werden soll, dass Suchtverhalten überwiegend ein Gesundheitsproblem und Kriminalisierung kein geeigneter Lösungsweg ist, dieses Gesundheitsproblem in den Griff zu bekommen. Freilich ist dagegen kritisch einzuwenden, dass es nicht nur „schwarz und weiß“ gibt, sondern die Trennlinie zwischen gesundheitsproblematischem Konsum und kriminellem Anbieten – letztlich zur Suchtfinanzierung – fließend ist. So ist zB im Bereich des Suchtmittelrechts bemerkenswert, dass der Besitz von Suchtmitteln strafbar ist (§ 27 SMG), und ein Konsum ohne vorherigen Besitz kaum möglich ist (Schwaighofer). Auch beim Glücksspiel ist zwar bloß die gewerbsmäßige Teilnahme am Glücksspiel strafbar (§ 168 Abs 2 StGB) als gleichsame Spitze des Problems. Dabei bedeutet Gewerbsmäßigkeit, dass sich jemand durch die wiederkehrende Teilnahme am Spiel eine fortlaufende Einnahmequelle verschaffen will (vgl § 70 StGB). Pathologische Spieler werden sich, dieser Definition folgend, wohl regelmäßig an einem Spiel „gewerbsmäßig“ beteiligen, weil sie erstens wiederkehrend teilnehmen und dadurch fortlaufend ihre Einnahmen aufbessern wollen. Insofern kann zusammenfassend festgehalten werden, dass Suchtprobleme trotz des Grundsatzes, dass sie in den Gesundheitsbereich gehören, zu einem erheblichen Teil kriminalisiert sind.

Darüber hinaus bringen Suchtprobleme Beschaffungs- und Begleitkriminalität mit sich. Suchtverhalten kostet und die vorhandenen eigenen Ressourcen zur

Bestreitung dieser Kosten sind vielfach knapp. Insofern sind „Rezeptfälschungen“, um an suchtmittelhaltige Arzneimittel zu gelangen (Urkundenfälschung nach § 223 StGB bzw Betrug mit einer gefälschten Urkunde nach §§ 146, 147 Abs 1 StGB) oder auch Raub (§ 142 StGB) häufige Beschaffungsdelikte. Mit einer Spielsucht gehen vielfach Delikte wie Betrug (§ 146 StGB), Veruntreuung (§ 133 StGB) oder Unterschlagung (§ 134 StGB) einher. Letztlich sind auch zahlreiche Verkehrsunfälle unter Alkoholeinfluss, die zur Verletzung oder gar Tötung eines Menschen führen (§§ 80, 81 bzw 88 StGB) als „Begleitkriminalität“ anzusehen, wobei für eine solche Einstufung das entsprechende Rechtsbewusstsein in der Bevölkerung freilich noch fehlt.

Berücksichtigung suchtbedingter Steuerungsunfähigkeit im Strafrecht

Ein tragendes Prinzip unseres Strafrechts ist der Schuldgrundsatz. Nach § 4 StGB ist nur strafbar, wer schuldhaft handelt. Voraussetzung für eine solche Schuld ist die Schuldfähigkeit (auch Zurechnungsfähigkeit genannt; § 11 StGB). Dabei geht es um die Fähigkeit eines Menschen, das Unrecht einer Tat einzusehen (Einsichts- oder Diskretionsfähigkeit) und nach dieser Einsicht zu handeln (Steuerungs- oder Dispositionsfähigkeit). Der Ausschluss der Schuldfähigkeit ist an enge Kriterien geknüpft. Erforderlich sind eine Geisteskrankheit, eine geistige Behinderung, eine tiefgreifende Bewusstseinsstörung oder eine „andere schwere, einen dieser Zustände gleichwertige seelische Störung“. Das österreichische Strafrecht kennt keine unmittelbaren Konsequenzen, die an das Kriterium der „begrenzten Schuldfähigkeit“ geknüpft sind. Die Schuldfähigkeit kann somit gleichsam als ein System des Entweder-Oder bezeichnet werden.

Bei der „Schuldfähigkeit“ handelt es sich um einen juristischen und keinen medizinischen Begriff. Die Auswirkung von Sucht auf die Schuldfähigkeit ist daher Teil der juristischen Subsumtion. Expertisen von Sachverständigen können vor diesem Hintergrund zwar eine Hilfestellung bieten, um die Schuldfähigkeit eines Menschen festzustellen. Aber auch bei Vorliegen solcher Expertisen ist zu bedenken, dass die Entscheidung letztlich das Gericht trifft und Sachverständigen-gutachten auf ihre „Hilfsfunktion“ zu begrenzen sind.

Um eine mögliche Auswirkung einer Sucht, die hinter der Verwirklichung eines strafrechtlichen Tatbestandes steht, bei der Zurechnungsfähigkeit in den Blick zu rücken, ist es zunächst erforderlich, sich typische Suchtkriterien und deren verhaltenssteuernde Wirkung vor Augen zu führen. Typische Suchtmerkmale sind (WHO 2013):

- Die betreffende Person ist von der Sucht gedanklich stark oder völlig eingenommen; das Verlangen beherrscht die Lebensführung, sodass die Person mehr und mehr die Kontrolle über ihr Handeln verliert.
- Die Dosis muss ständig erhöht werden, um den gewünschten Effekt zu erreichen.

- Die betreffende Person hat bereits (mitunter mehrfach) versucht, das Suchtverhalten einzuschränken, zu kontrollieren oder aufzugeben.
- Das Umfeld wird mehr und mehr getäuscht, um die Sucht zu verschleiern.
- Soziale Kontakte, Familie und Beruf werden aufs Spiel gesetzt; es kommt zum sozialen Rückzug und zur Vernachlässigung anderer Interessen.

Ein Ausschluss der Schuldfähigkeit bei einem Suchtverhalten wird von der Rspr letztlich nur sehr selten angenommen (OGH 2013). Dies gilt insbes auch im Hinblick auf die Begleitkriminalität. Der Grund liegt darin, dass vor allem Begleitstraftaten meist sorgfältig geplant und auch gut gesteuert sind. Darum verhalten sich - zumindest aus Sicht von Juristen - Menschen, die solche Delikte begehen, im Regelfall schuldfähig in von § 11 StGB.

Es wurde bereits erwähnt, dass das österreichische Strafrechtssystem zwar keine eigene Kategorie der „begrenzten Schuldfähigkeit“ kennt. Es ist aber möglich, im Rahmen der Bemessung einer konkreten Strafe (vgl §§ 32 ff StGB) auch auf Aspekte der verminderten Schuldfähigkeit Rücksicht zu nehmen, geht es doch um das Finden der „schuldangemessenen Strafe“. Freilich ist hier der Spielraum für das Gericht besonders groß, was im Einzelfall auch dazu führen kann, dass sich ein Betroffener nur schwer gegen eine zu geringe Berücksichtigung solcher schuldbegrenzender Faktoren wehren kann (Die allgemeinen Regeln 2012). Beobachtungen legen die Annahme nahe, dass es in der Praxis selten zu einer strafmildernden Bewertung des Suchtverhaltens kommt. Dies erklärt sich im Wesentlichen daraus, dass die Erschwerungs- und Milderungsgründe im StGB nur exemplarisch aufgezählt sind. Somit ist es zulässig, Verhaltensweisen, die den in §§ 33, 34 StGB genannten Erschwerungs- und Milderungsgründen nahekommen, eine strafmildernde oder straferschwerende Bedeutung beizumessen. So werden häufig allenfalls vorhandene Milderungsgründe, wie zB der Umstand, dass der Straftäter bisher einen ordentlichen Lebenswandel geführt hat (§ 34 Abs 1 Z 2 StGB), die Tat nur aus Unbesonnenheit begangen hat (§ 34 Abs 1 Z 7 StGB), sich in einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung zur Tat hat hinreißen lassen (§ 34 Abs 1 Z 8 StGB) oder die Tat mehr durch eine besonders verlockende Gelegenheit verleitet als mit vorgefasster Absicht begangen hat (§ 34 Abs 1 Z 9 StGB) häufig durch Erschwerungsgründe wie „selbstverschuldete Herbeiführung der Sucht“ oder „suchtbedingte erhöhte Rückfallgefahr“ kompensiert (Schwaighofer 2012). Insgesamt lässt sich daher festhalten, dass zwar die Möglichkeit für die Rechtsanwender besteht, die mit einer Sucht einhergehende eingeschränkte Verhaltenssteuerung zu berücksichtigen, die Möglichkeiten für die Betroffenen, eine zu geringe Berücksichtigung zu bekämpfen, aber beschränkt sind. Gerade der Umstand, dass die fehlende Energie, aktiv einem Suchtverhalten entgegenzusteuern, als erschwerend gewertet wird, verleitet Betroffene dazu, diesen Umstand gänzlich zu verschweigen.

Therapie statt Strafe als tragender Grundsatz zur Entschärfung des Suchtstrafrechts

Im Bereich des Suchtmittelstrafrechts ist der Grundsatz „Therapie statt Strafe“ umfassend und facettenreich ausgestaltet. Er soll den Behandlungsaspekt gegenüber dem Strafaspekt in den Vordergrund rücken und existiert in den Formen Therapie statt Strafverfahren (§§ 11 ff SMG), Therapie statt Strafe (§§ 35 ff SMG) sowie Therapie statt Strafvollzug (§§ 39 f SMG). Außerhalb des Suchtmittelgesetzes bietet das allgemeine Strafrecht zahlreiche Ansätze für eine vergleichbare Berücksichtigung des Grundsatzes Therapie statt Strafe. Dies kann geschehen durch die Möglichkeiten der Verfahrenseinstellung im Rahmen der Diversionsbestimmungen (§§ 191, 198 ff StPO), die bedingte Strafnachsicht (§§ 43, 43a StGB) in Kombination mit Weisungen (§§ 50 ff StGB), den Aufschub des Strafvollzugs (§ 6 StVG) mit anschließender Strafmilderung (§ 31a StGB) als Folge einer erfolgreichen Therapie oder auch durch eine bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug (§ 46 StGB).

Therapiezuweisungen durch die Justiz sind freilich aus therapeutischer Sicht nicht unproblematisch. Der „Zwangskontext“ steht in einem Spannungsverhältnis zur Therapiefreiheit. Wir wissen jedoch aus empirischen Studien, dass selbst der durch Zwang hergestellte Kontakt mit therapeutischen Einrichtungen hilfreich sein kann, mit einer Therapie zu beginnen, die letztlich auch erfolgreich abgeschlossen wird. Schwierigkeiten können jedoch zu unbestimmte bzw zu bestimmte Therapieweisungen bereiten. Von der Justiz erwartete „Wunder“ können durch Therapien häufig nicht bewirkt werden. Kritik der Rechtsanwender wird dann mitunter an der gewählten Therapiemethode geübt, wobei es letztlich doch meist die Justiz den Therapeuten bzw Einrichtungen überlassen hat, Art und Intensität der Therapie zu wählen. Auch die – aus therapeutischer Sicht sinnvolle und realistische – Risikominimierung (harm reduction) wird im Hinblick auf die vom Gesetz verlangten Prognosevoraussetzungen einer künftigen Straffreiheit aus juristischer Sicht als zu wenig erlebt, weil erwartet wird, dass es durch die Therapie zu keinem Rückfall mehr kommt. Der Rückfall wird als fehlender Erfolg und damit als Scheitern der Therapie gesehen. Werden vorweg realistische Therapieziele und –erwartungen formuliert, könnten diese alle Seiten vor ungerechtfertigter Frustration schützen.

Zusammenfassung und Ausblick

Das Gesetz bietet schon derzeit zahlreiche Möglichkeiten, die beschränkte Steuerungsfähigkeit, die einen Zusammenhang zur strafrechtlichen Schuld aufweist, bei Suchtkriminalität zu berücksichtigen. Es fehlt jedoch teilweise noch am dafür erforderlichen Bewusstsein der Rechtsanwender. Vor diesem Hintergrund bedarf es eines verstärkten Dialogs, um Bewusstsein zu schaffen und Überzeugungsarbeit zu leisten. Freilich liegen die Grenzen für den aufgezeigten Missstand auch

in einer Überlastung der Justiz, die sich in einer begrenzten Bereitschaft zum interdisziplinären Dialog ausdrücken kann. Es sind somit die erforderlichen Voraussetzungen für Fortbildungsmaßnahmen in diese Richtung zu schaffen.

Die Schuldfähigkeit (Zurechnungsfähigkeit) ist ein juristischer Begriff, für dessen Beurteilung Gutachten von Sachverständigen zwar hilfreich sein können, dessen Beurteilung letztlich aber allein dem Gericht obliegt. Wenn allerdings – wie bei Suchtproblemen meist üblich – kein Ausschluss der Zurechnungsfähigkeit im Raum steht, sondern allenfalls eine Beschränkung der Zurechnungsfähigkeit, der im österreichischen Strafrecht keine eigenständige Bedeutung zukommt, werden von den Richtern meist keine Gutachten eingeholt. Insofern fehlt mitunter auch für die Berücksichtigung von Sucht im Rahmen der Strafzumessung die erforderliche Expertise, um das Suchtproblem angemessen berücksichtigen zu können. Somit muss auch vor diesem Hintergrund das Bewusstsein der Rechtsanwender dafür sensibilisiert werden, um das Problem – unabhängig von einem allfälligen Sachverständigengutachten – zu erkennen.

Da mit Spielsucht häufig schwere Vermögensstraftaten mit einem Schaden von mehr als 50.000 Euro bzw einer gewerbsmäßigen Begehung einhergehen, reichen auf Grund der für solche Delikte im Gesetz vorgesehenen hohen Strafen (im Regelfall Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren) die vorhandenen Instrumente für ein Vorgehen nach dem Grundsatz „Therapie statt Strafe“ nicht aus. Die damit verbundene schöffengerichtliche Zuständigkeit macht ein diversionelles Vorgehen von vornherein unmöglich (vgl § 198 Abs 2 Z 1 StPO), die präventive Prognose lässt auch nur begrenzt eine bedingte Strafnachsicht zu. Eine Erweiterung der Möglichkeit, den Vollzug einer unbedingten Freiheitsstrafe – ähnlich wie im Suchtmittelbereich (§ 39 SMG) - aufzuschieben, um bei erfolgreicher Therapie eine unbedingte in eine bedingte Strafe umzuwandeln, wäre daher anzudenken. Dazu ist ein „Lobbying“ bei den gesetzgeberischen Institutionen erforderlich, zB auch in die Richtung, dass „Spieler-schutz“ nicht nur durch verstärkte Strafbarkeit des Anbietens von illegalem Glücksspiel erreicht werden kann, sondern auch durch Erweiterung der vom Justizbereich angeordneten Therapiemöglichkeiten.

Forderungen nach verstärkter Kriminalisierung des Anbietens von Suchtmitteln wie Alkohol, Glücksspiel usw wird meist – mehr oder minder zu Recht – ein liberales Rechtsverständnis entgegengehalten. Im Vergleich mit dem vorhandenen Risikopotential von Suchtmitteln fehlt es hier jedoch bisweilen an einer sachlichen Differenzierung. Soll das Suchtproblem in unserer Gesellschaft aus der Notwendigkeit, Sucht wegen des damit verbundenen Gefahrenpotentials allenfalls zu kriminalisieren, ernsthaft diskutiert werden, bedarf es einer Versachlichung der Diskussion, sowohl im Hinblick auf die mit den jeweiligen Substanzen als auch mit bestimmten Verhaltensweisen verbundene Gefährdung.

Literatur

1. Die allgemeinen Regeln zur Strafzumessung können etwa in Jesionek/Birklbauer, *Strafrecht Allgemeiner Teil II*⁶, Manz, Wien/Linz 2012, 26-52 oder Maleczky, *Strafrecht Allgemeiner Teil II*⁵, facultas.wuv, Wien 2012, 31-75 nachgelesen werden.
2. Flora: Die Grenzmengenberechnung im Lichte des neuen SMG, *AnwBl* 2000, 12(16); Schwaighofer, *Strafrechtliche Überlegungen zur Einrichtung von Drogenkonsumräumen*. *JSt* 2010; 105:107.
3. OGH 14 Os 129/05k; Schwaighofer, *Glücksspielsucht und strafrechtliche Schuld*, *ÖJZ* 2013, 164 (166).
4. OÖ. Nachrichten vom 17/01/2011, http://www.nachrichten.at/nachrichten/chronik/Wahrsager-in-wegen-Fluch-Betruges-in-Salzburg-verurteilt;art58,533967_.
5. Schwaighofer in *WK*² § 27 SMG Rz 20 sieht als Beispiele für straffreien Drogenkonsum das Einatmen des Rauches eines Joints („shot“) und das Injizieren des Suchtgiftes durch einen anderen.
6. Schwaighofer, *ÖJZ* 2013, 164 (168); OGH 15 Os 6/95; 14 Os 74/97.
7. WHO: Dependence Syndrom, http://www.who.int/substance_abuse/terminology/definition1/en/ [12.12.2013].

Correspondence:

Univ. Prof. Dr. Alois Birklbauer
Johannes-Kepler-Universität, Institut für Strafrechtswissenschaften
Altenberger Str. 69, A-4040 Linz, Austria
E-mail: Alois.Birklbauer@jku.at