

KARL HEINZ AUER

Keine Strafe ohne Schuld¹

Schuld als Angelpunkt des Strafrechts. Ein rechtsanthropologischer Zugang

No Punishment Without Guilt

Guilt as the Key Element of Penal Law. A Legal Anthropological Approach

ABSTRACT: In literature and the humanities, guilt has the same major importance as in penal law. Due to the anthropocentric legal system, however, guilt is the linchpin par excellence within the framework of penal law. The article confirms this emphasis on guilt through an examination of the constitutional determinants of penal law, the development of the concept of guilt, and also a change in its perspective which has shifted to an emphasis on the purpose of punishment rather than on the reasons for it. Penal law is intended to ensure legal peace and map out a path for reconciliation within society.

Schlagworte: Wege der Verantwortung, anthropozentrische Rechtsordnung, Strafrechtswesen, Schuldprinzip und Schuldbegriff, Grund und Zweck der Strafe, Strafrecht im Dienst des Rechtsfriedens

Keywords: Ways of responsibility, anthropocentric legal system, penal law, principle and concept of guilt, reason and purpose of punishment, penal law as part of legal peace

I. Schuld und Sühne

oder: Wege der Verantwortung in Literatur und Bezugswissenschaften

Als das Philosophicum Lech, eine renommierte interdisziplinäre philosophische Institution, ihr Jahressymposium 2014 dem Thema „Schuld und Sühne“ widmete, lautete der Untertitel: „Nach dem Ende der Verantwortung“ und deutete damit Änderungen an, die sich im Umgang mit Schuld und der Frage, wie mit ihr umzugehen ist, im Laufe der Zeit vollzogen haben. Während die Formulierung „Verbrechen und Strafe“ auf die Normen und Gesetze einer Gesellschaft verweist, für deren Übertretung ein System von Sanktionen vorgesehen ist, geht es bei „Schuld und Sühne“ um mehr und anderes als nur um ein gesellschaftlich nicht akzeptiertes Verhalten. Ökonomische Schuld meint das Recht, etwas zurückzufordern. Etwas ganz anderes ist gemeint, wenn man nicht *etwas schuldig ist*, sondern *an jemand schuldig wird*, indem man sein Leben oder seine Lebenschancen

1 Vortrag bei der Jahrestagung „Schuld und Vergebung“ der Gefängnisseelsorgerinnen und Gefängnisseelsorger Bayerns, Österreichs und der Schweiz vom 21. bis 25. Juni 2021 im Bildungshaus St. Michael, Matriel am Brenner

beeinträchtigt. In der Verantwortung – in dem Begriff steckt *Antwort* – finden wir den Schlüssel, um die Frage zu beantworten, inwiefern der Mensch Urheber seiner Handlungen ist, für die er einstehen muss.² Das Verhältnis von Schuld und Verantwortung ist der zentrale Fokus. Nicht nur im Recht, auch in der Literatur, in der Philosophie, in Ethik und Theologie, in der Psychologie und Tiefenpsychologie, auch in der Medizin. Namentlich in der Hirnforschung nimmt diese Thematik eine wichtige Stellung ein.

Schuld und Sühne, Verbrechen und Strafe, Untat und Übel werden in der Dichtung in einem weiteren Raum thematisiert, als dies die Rechtswissenschaft tut. Einige Beispiele mögen das verdeutlichen.

Schon vor zweieinhalb Jahrtausenden widmet sich *Sophokles* (496–406 v. Chr.) diesen Fragen. In seiner „Antigone“ behandelt er das Verhältnis von Strafe und Verbrechen im Spannungsfeld von staatlichem Verbot und göttlichem Gebot. In „König Ödipus“ geht es um die Verwirklichung von schwerem Unrecht trotz schuldlosen Verhaltens. In diesen Tragödien wird vieles angesprochen, was heute noch Aktualität hat: Konflikte zwischen Mann und Frau, zwischen Alter und Jugend, Individuum und Gesellschaft, zwischen Lebenden und Toten und zwischen Menschen und Göttern; ebenso nach wie vor aktuell sind Straftatbestände, die ohne Schuld verwirklicht werden.³ Und *Ödipus* hat sogar in die Begrifflichkeit der Freud'schen Tiefenpsychologie Eingang gefunden.

In der deutschen Literatur widmet sich *Heinrich von Kleist* (1777–1811) dem „Weg eines Menschen aus einer heillosen Welt des Unrechts in eine geheilte Welt des Rechts“.⁴ Die Novelle „Michael Kohlhaas“ steht für das zwiespältige Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit schlechthin. *Kleist* bezeichnet *Kohlhaas*, einen Rosshändler des 16. Jahrhunderts, als einen der rechtschaffensten und entsetzlichsten Menschen seiner Zeit zugleich. Gegen das Unrecht, das ihm von der Obrigkeit angetan wird, kämpft *Kohlhaas* mit allen Mitteln an, bis hin zu Mord und Brandschatzung. Aber selbst *Martin Luther*, an den er sich um Hilfe wendet, wirft ihm nur vor, ein Rebell zu sein und „nicht das Schwert der Gerechtigkeit, sondern das Schwert des Raubes und der Mordlust“ zu führen. Er wird hingerichtet. Aber *Kleist* lässt seine Novelle nicht damit enden, sondern mit Elementen, die der Versöhnung und der Gerechtigkeit zuzuordnen sind.⁵ Dass *Kleists* „Kohlhaas“ heute noch gelesen wird, ist wohl dem Bewusstsein zu verdanken, dass nicht alles, was *Recht* ist, auch *rechters* ist und dass die Frage der Schuld sachgerecht und persongerecht gelöst werden muss.

In einer ganz anderen Art und in einem ganz anderen Kontext nimmt sich *Friedrich Dürrenmatt* (1921–1990) der Thematik von Schuld, Gerechtigkeit und Vergeltung an. In der tragischen Komödie „Der Besuch der alten Dame“ nimmt Claire, die alte milliardenschwere Dame, tödliche Rache am Liebesverrat ihres Geliebten aus Jugendentagen. Gerechtigkeit wird hier ad absurdum geführt, es gibt sie hier nur aus der radikal subjek-

2 Vgl. Konrad Paul Liessmann, Schuld und Sühne. In: Schuld und Sühne. Nach dem Ende der Verantwortung. Hg. von Konrad Paul Liessmann, Wien 2015, 7 f.

3 Vgl. Eberhard Schmidhäuser, Verbrechen und Strafe. Ein Streifzug durch die Weltliteratur von Sophokles bis Dürrenmatt. München 1996, 98.

4 Vgl. aaO 19.

5 Vgl. aaO 29, 41.

tiven Sicht der alten Dame, die mit ihrem Geld die Bewohner von Gullen korrumpiert, damit sie den Mord an ihrem einstmaligen Geliebten ausführen. Mit der Darstellung der ungeheuren Bestechlichkeit der Menschen übt *Dürrenmatt* deutlich Kritik an einer Gesellschaft, in der man mit Geld alles kaufen kann, Kritik an einer Gesellschaft, in der es keinen Zusammenhang zwischen Recht und Gerechtigkeit gibt.

Als letztes literarisches Beispiel zu Schuld und Verantwortung möchte ich das Theaterstück „Terror“ von *Ferdinand von Schirach* erwähnen, das wegen seiner Verfilmung und Ausstrahlung im Fernsehen einem größeren Publikum bekannt geworden ist. Die enge Beziehung zwischen Literatur und Recht ist dadurch gegeben, dass es eine Gerichtsverhandlung zum Inhalt hat. Der islamistische Terroranschlag von 9/11 und später die Aufhebung jenes Teils des deutschen Luftsicherheitsgesetzes, das den Staat ermächtigt hat, ein von Terroristen entführtes Zivilflugzeug abzuschießen, um größeren Schaden zu vermeiden, sind die Impulse für dieses Stück. Ein Bundeswehr-Pilot ist angeklagt, ein vollbesetztes Passagierflugzeug entgegen dem Befehl seiner Vorgesetzten vorsätzlich abgeschossen zu haben, weil es von einem Terroristen entführt worden war, der es über einem Fußballstadion mit 70.000 Zuschauern zum Absturz bringen wollte. Die Staatsanwaltschaft erhebt Anklage wegen 164-fachen Mordes, die Verteidigung begehrt Freispruch. Alles dreht sich um die Frage, ob der Pilot schuldhaft gehandelt hat und welche strafrechtlichen Konsequenzen er tragen muss. Das Stück endet mit dem Coup des Schriftstellers, dass nicht das Gericht, sondern das Publikum das Urteil fällt. Dass *Schirach* mit diesem Stück äußerst kontroverse Stellungnahmen ausgelöst hat, ist leicht nachzuvollziehen.

Nicht nur die Literatur, auch die Philosophie beschäftigt sich seit jeher mit dem Phänomen der Schuld. Hat die griechische Antike Schuld noch als verhängnisvolles Schicksal erfahren, dem man nicht enttrinnen kann, entspringt sie bei *Aristoteles* (384–322 v. Chr.) aus dem freien, vernünftigen Willen des Menschen, der um seine Verantwortung vor sich und seiner Mit- und Überwelt weiß. In der Neuzeit geht *Immanuel Kant* (1724–1804) davon aus, dass der Mensch nur in Freiheit, Selbstbestimmung und autonomer Selbstverwaltung sittlich vernünftig handeln kann. Der Mensch wird schuldig, wenn er den kategorischen Imperativ missachtet, demgemäß er nur nach derjenigen Maxime handeln soll, die er zugleich als ein Gesetz für alle will. *Martin Heidegger* (1889–1976) wiederum geht davon aus, dass der Mensch aufgrund der Endlichkeit seiner Existenz an anderen unvermeidlich schuldig wird und sieht das Gewissen als Beleg für diese Schuldenerfahrung.⁶

In der Theologie spielt Schuld ebenso eine zentrale Rolle. Die ethisch-religiöse Dimension der Schuld wird in ihrer metaphysisch-theologischen Begründung aufgezeigt.⁷ Schon auf den ersten Seiten der Bibel ist vom Sündenfall die Rede. Er wird als Ursünde und als Grund für die Unheilsgeschichte gesehen. Zu diesem biblischen Anfang der Schuld gehört auch die Flucht vor der Verantwortung. Auf die als Anklage empfundene

6 Vgl. Raimund Luschin, Schuld. In Neues Lexikon der christlichen Moral. Hg. von Hans Rotter und Günter Virt. Innsbruck-Wien 1990, 667.

7 Vgl. aaO 670.

Frage Gottes „Adam, wo bist du?“ (Gen 3,9) folgt die Abschiebung der Verantwortung auf die Frau. Diese wiederum gibt der Schlange die Schuld. Ein ähnliches Muster sehen wir bald danach beim Brudermord an Abel durch Kain (Gen 4,1–16). Auf die wiederum als Anklage empfundene Frage Gottes „Kain, wo ist dein Bruder Abel?“ folgt die aufmüpfige Verdrängung: „Ich weiß es nicht. Bin ich denn der Hüter meines Bruders?“ (Gen 4,9) Der Gerichtspsychiater Reinhard Haller sieht als Motiv für diesen Mord eine tiefe Gekränktheit. Die Kränkung als Urmotiv des Urverbrechens.⁸ In beiden biblischen Beispielen folgt die Strafe auf dem Fuß. Beim Sündenfall durch plastisch geschilderte Erschwernisse für alle Beteiligten, beim Brudermord durch Verbannung. Neue und ganz andere Töne klingen im Neuen Testament an: „Wer von euch ohne Schuld ist, werfe als Erster einen Stein auf sie“, sagt Jesus zu den Verfolgern der ertappten Ehebrecherin. (Joh 8,7) Oder „Richtet nicht, damit ihr nicht gerichtet werdet“ in der Bergpredigt. (Mt 7,1) Am bekanntesten aber wohl die Vater-unser-Bitte: „Vergib uns unsere Schuld, wie auch wir vergeben unseren Schuldigern.“ (Mt 6,12) So zeigt sich schon in der biblischen Tradition ein bemerkenswerter Entwicklungsprozess im Umgang mit Schuld. Vom Sündenbock, auf den die Schuld geladen und der in die Wüste gejagt wird (Lev 16,8–21), bis hin zu einem Schuldverständnis, das nicht nur Täter, sondern auch Ankläger im Blick hat. Einen festen Platz hat die Schuld aber auch im liturgischen Bußritus: „durch meine Schuld, durch meine Schuld, durch meine übergroße Schuld“.

Psychologie und Tiefenpsychologie sprechen vom Sündenbockmechanismus im Zusammenhang von Mobbing und der Frustrations-Aggressions-Theorie und im Kontext der Projektion. Wegen des personalen, dialogischen und responsorischen Charakters der Schuld kann in der empirisch ausgerichteten Psychologie aber nicht eigentlich von Schuld gesprochen werden, wohl aber gibt es bewusstes und unbewusstes Schuldbewusstsein. Krankhaftes Schuldgefühl wird mit den Methoden der Tiefenpsychologie aufzulösen versucht, um den Menschen zu befähigen, sich seiner wirklichen Schuld verantwortungsbewusst zu stellen. *Sigmund Freud* (1856–1939) verortet die Frage der Schuld im Instanzenmodell mit den intrapsychischen Instanzen Es, Ich und Über-Ich. Er deutet Schuldbewusstsein und Schuldgefühl als angstbesetzte Spannung zwischen dem sich minderwertig und schuldig fühlenden Ich zum strengen und strafenden Über-Ich. Anders als *Freud* geht *C. G. Jung* (1875–1961) von einer existentiellen Schuld erfahrung aus. Ziel der Auseinandersetzung mit dieser Schuld erfahrung ist eine verantwortete Lebensgestaltung aus der eigenen Personmitte durch Selbst-Findung.⁹ Dieses Verhältnis von Willensfreiheit und Schuldfähigkeit wird dann zu einem zentralen Thema im Strafrecht.

In der Medizin im engeren Sinn spielt Schuld hingegen kaum eine Rolle. Zwar gibt es den Bereich des Medizinstrafrechts, man denke an Fragen der Euthanasie, des Schwangerschaftsabbruchs, der Organtransplantation u. ä. m., der kranke Mensch wird aber auch dann medizinisch behandelt, wenn er an seiner Krankheit selbst schuld ist, z. B. durch einen ungesunden, sorglosen oder gefährlichen Lebenswandel. Man denke an Drogen aller Art, an Extremsport, an promiskues Sexualverhalten oder auch an

8 Vgl. Reinhard Haller, Die Macht der Kränkung. Wals 2017, 9.

9 Vgl. Luschin (Fn 6) 668 f.

den Umgang mit ansteckenden Krankheiten. Schuldhaftes Verhalten in diesem Bereich wird nicht durch medizinische, sondern durch rechtliche Sanktionen geahndet, wie das StGB, das SMG oder auch die Pandemie-Verordnungen zeigen. In der Hirnforschung haben sich aber Erkenntnisse ergeben, die für Medizin und Recht folgenreich sind. Mehr oder weniger unbestritten ist das sogenannte Hirntodkriterium im Kontext der Transplantationsmedizin. Schwieriger wird es aber bei der Frage der strafrechtlichen Schuld im Kontext unseres Themas, wenn die empirische Hirnforschung die Entscheidung über die Fähigkeit des konkreten Täters beeinflusst, ob er im Tatzeitpunkt anders hätte handeln können, als er es getan hat.¹⁰

II. Anthropozentrik der Rechtsordnung

oder: Warum der Mensch im Recht im Mittelpunkt stehen muss

Die Frage nach der Stellung des Menschen im Recht ist von grundlegender Bedeutung. Keine Rechtsordnung kommt darum herum, von einem bestimmten Menschenbild auszugehen, und keine Rechtswissenschaft kann es sich ersparen, Vergewisserung über das vorausgesetzte Menschenbild zu suchen.¹¹ Der Gesetzgeber, vor allem der Strafgesetzgeber, muss „sein Gesetz so gestalten, als wäre der Mensch so eigennützig, dass er rücksichtslos seinem Interesse folgen würde, wären ihm nicht Rechtsschranken gesetzt, und so klug, dass er jede Lücke dieser Schranken sofort erkennen würde, sein Gesetz muss ... auch für ein Volk von Teufeln passen, sofern sie nur Verstand haben.“¹² Die Fokussierung auf diesen realtypischen Aspekt darf aber nicht übersehen, dass es auch normative und idealtypische Aspekte gibt, die die rechtlichen Normen als Befolgungsmaßstab oder eben einen Idealtypus des Menschen zum Inhalt haben.

Das normative Menschenbild geht von einem Menschen aus, „dessen Verhalten dem einer sinnvoll normativ geordneten menschlichen Gemeinschaft entspricht“. Die gesellschaftlichen und rechtlichen Normen sind Befolgungsmaßstab für den nach dem normativen Menschenbild gedachten Menschen. Die Gefahr dieser Perspektive liegt in einer Reduktion des Menschen auf ein Normensystem. *Das idealtypische Menschenbild* hat einen Idealtypus des Menschen zum Inhalt, ein Bild, wie der Mensch sein soll, nicht, wie er ist. Ein Ideal, das der Mensch erreichen kann und soll, wenn er sich darum bemüht. Als Idealität für das Recht darf aber nicht eine Vollkommenheitsforderung maßgeblich sein, sondern die bescheidenere Zielsetzung der Gesellschaft. Die Gefahr einer ideologisch-weltanschaulichen Vereinnahmung ist nicht von der Hand zu weisen. Im Gegensatz zur Sicht des Menschen, wie er sein soll, fokussiert *das realtypische Menschenbild* den Menschen, wie er – angeblich – ist. So ist er halt, der Mensch oder dieser Mensch oder

10 Vgl. Gerhard Roth, Schuld und Verantwortung aus der Sicht der Hirnforschung. In: Schuld und Sühne. Nach dem Ende der Verantwortung. Hg. von Konrad Paul Liessmann, Wien 2015, 263.

11 Vgl. Theo Mayer-Maly, Rechtsphilosophie. Wien 2001, 37.

12 Gustav Radbruch, Der Mensch im Recht. In: Gustav Radbruch *Gesamtausgabe*. Band 2: Rechtsphilosophie II. Hg von Arthur Kaufmann. Heidelberg 1993, 467.

diese bestimmte Gruppe von Menschen. Hier besteht die Gefahr, dass ein Allgemeintypus konstruiert wird, der der Realität ebenso wenig gerecht wird wie Stereotype.

Vor allem aber ist es der Mensch als soziales und personales Wesen, das nicht aus den Augen verloren werden darf. Die großen Menschenrechtskodifikationen belegen das ebenso wie die Generalklausel in unserem § 16 ABGB. Diese normiert als grundlegende Prämisse, dass jeder Mensch als Person zu betrachten ist, weil er „angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte“ hat. „Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren“¹³, steht an der Spitze der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948, und Art 1 der Europäischen Grundrechtscharta normiert: „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie ist zu achten und zu schützen.“¹⁴ Zentrale Fundamentalnorm ist jeweils die gleiche Personenhaftigkeit und Würde jedes Menschen. AEMR und GRC explizieren das ebenso wie die Kommentare und die facheinschlägige Literatur dazu. Dieses Bild vom Menschen liegt unserer Rechtsordnung zugrunde und bildet sozusagen deren Grammatik – eingebettet in das Spannungsverhältnis zwischen Individualität und Sozialität¹⁵, Menschenrechten und Menschenpflichten¹⁶. Radbruch fordert darüber hinaus, auch die intellektuelle, wirtschaftliche und soziale Machtlage des Rechtssubjekts mit zu bedenken.¹⁷ Arthur Kaufmann (1923–2001) bringt es salopp auf den Punkt, wenn er sagt: „Die Idee des Rechts ist die Idee des personalen Menschen oder sie ist gar nichts.“¹⁸ Nicht zuletzt durch das Aufeinandertreffen unterschiedlicher Kulturen und Werthaltungen ist es von grundlegender Bedeutung, sich bewusst zu machen, dass unsere Rechtsordnung, gerade auch im Straf- und Schadenersatzrecht, einen Menschen voraussetzt, der zwischen Schuld und Unschuld unterscheiden kann und mit freiem Willen ausgestattet ist.

III. Verfassung und Strafrecht

oder: Wie das Strafrechtswesen verfassungsrechtlich determiniert wird

Dass gegen einen Täter eine Strafe verhängt werden kann, setzt voraus, dass er strafrechtliches Unrecht verwirklicht. Es muss sich um verschuldetes Unrecht handeln, das dem Täter persönlich zum Vorwurf gemacht werden kann. Der Vorwurf stützt sich darauf, dass der Täter pflichtwidrig gehandelt hat, obwohl er rechtskonform handeln hätte können. Nur so ist die Strafe, die die Rechtsgemeinschaft gegen den Täter erhebt, gerechtfertigt.¹⁹ Im Hinblick auf Überlegungen, die diese Entscheidungsfreiheit in Frage stellen,

13 Art 1 erster Satz AEMR.

14 Art 1 GRC.

15 Vgl. BVerfGE 4,7 (Investitionshilfe-Urteil vom 20.07.1954).

16 Allgemeine Erklärung der Menschenpflichten. Online in http://www.global-ethic-now.de/gen-deu/oc_weltethos-und-politik/oc-pdf/menschenpflichten.pdf (Stand: 03.06.2021).

17 Vgl. Radbruch (Fn 12) 472.

18 Arthur Kaufmann, Problemgeschichte der Rechtsphilosophie. In: Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart. Hg. von Arthur Kaufman / Winfried Hassemer. Heidelberg 1994, 177.

19 Vgl. Peter Lewisch, Verfassung und Strafrecht. Verfassungsrechtliche Schranken der Strafgesetzgebung. Wien 1993, 231.

kann die Rechtfertigung der Strafe auch aus einem sozialetisch begründeten Schuldverständnis abgeleitet werden.²⁰ Weil der Staat durch die strafrechtliche Kompetenz, die er innehat, in grundlegende Rechte des Menschen eingreift, sind die verfassungsrechtlichen Determinanten für das Strafrechtswesen genau zu beachten. Diese sind das Anklageprinzip, das strafrechtliche Legalitätsprinzip „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“, das Prinzip der Rechtsklarheit, der Gleichheitsgrundsatz, der Grundsatz des „*fair trial*“, das Proportionalitätsgebot, die Unschuldsvermutung und das aus verfassungsrechtlichen Normen abgeleitete Schuldprinzip „*nulla poena sine culpa*“, das die zu verhängende Strafe unabdingbar an das Vorliegen schuldhaften Verhaltens bindet.

Die Verfassung normiert (Art 90 Abs 2 B-VG), dass im Strafverfahren der Anklageprozess gilt. Dem entsprechend normiert § 4 Abs 2 StPO, dass die Einleitung und Durchführung eines Hauptverfahrens eine rechtswirksame Anklage voraussetzen. Die verfolgende und die richterliche Perspektive sind voneinander getrennt, und die Wahrnehmung der beiden Aspekte durch unterschiedliche Personen sind wesentlicher Bestandteil zur Sicherung eines objektiven Strafurteils. Der Richter ist – im Gegensatz zum früheren Inquisitionsprozess – von der Funktion als Ankläger entlastet. Der Verdacht, den das Gericht zu untersuchen und über den es dann zu entscheiden hat, wird nicht von ihm selbst, sondern von einem Ankläger formuliert und vertreten. So kann sich der Beschuldigte gegen diesen Verdacht wehren, ohne das Gericht zu kritisieren und das Gericht ihn freisprechen, ohne sich bloßzustellen.²¹ Das Akkusationsprinzip dient damit der Sicherung der Objektivität des Richters und der Erleichterung der Verteidigung, die die Anklage frei kritisieren kann, ohne befürchten zu müssen, dadurch den Richter zu verärgern.²² Als Prozesssubjekt ist der Beschuldigte mit eigenen Verfahrensrechten ausgestattet. So hat er Anspruch auf rechtliches Gehör, auf Akteneinsicht, er hat Beweis-antragsrecht sowie eine Rechtsmittelbefugnis.²³

In dem Grundsatz „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“, dessen Ursprung auf die Magna Charta Libertatum aus dem Jahre 1215 zurückgeführt wird, findet das strafrechtliche Legalitätsprinzip seinen konkreten Ausdruck. Schon der erste Satz im StGB normiert, dass eine Strafe oder vorbeugende Maßnahme nur wegen einer Tat verhängt werden darf, die unter eine ausdrückliche gesetzliche Strafdrohung fällt und schon zur Zeit ihrer Begehung mit Strafe bedroht war. Der Gesetzgeber hat diese Bestimmung dem StGB programmatisch und normativ vorangestellt, um es dem Rechtsunterworfenen zu ermöglichen, sich an den zur Zeit der Tatbegehung bestehenden ausdrücklichen Straftatbeständen zu orientieren. Er soll sich auf die in ihnen vorgenommene Abgrenzung von strafbarem und nicht strafbarem Verhalten verlassen können. Auch das Analogieverbot und das Gebot der Gesetzesbestimmtheit stehen im Dienst der Rechtsklarheit und der verlässlichen Abgrenzung von erlaubtem gegenüber strafbarem Verhalten.

20 Vgl. Toshio Yoshida, Der Schuld begriff aus dem Blickwinkel der deutschsprachigen und japanischen Strafrechtswissenschaft. Wien 2019, 80.

21 Vgl. Christian Bertel, Grundriss des österreichischen Strafprozessrechts. Wien 1990, Rz 21.

22 Vgl. Winfried Platzgummer, Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens, Wien-New York 1992, 11.

23 Vgl. §§ 6, 55 StPO.

Der Gesetzgeber darf im Strafrecht nicht in Generalklauseln flüchten. Diese würden die Garantiefunktion des klar formulierten Gesetzes unterlaufen.²⁴ Das strafrechtliche Legalitätsprinzip beinhaltet durch die Bindung an die konkreten Gesetze somit auch ein Rückwirkungsverbot, vor allem *in malam partem*, und es bringt zum Ausdruck, dass das Strafrecht ex ante eine verhaltenssteuernde Funktion hat.²⁵ Dass diesem System eine gewisse Anfälligkeit für Strafbarkeitslücken und Strafwürdigkeitslücken – man denke z. B. an Cyberkriminalität – inhärent ist, ist Folge des freiheitlich-rechtsstaatlichen Charakters des Strafrechts. Festzuhalten ist: Nur das Gesetz und nicht der Strafrichter bestimmt, was strafbar ist.²⁶

Dass der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz (Art 7 B-VG) im Strafrecht eine grundlegende Bedeutung hat, muss wohl nicht eigens erläutert werden. Er bringt zum Ausdruck, dass die Gesetze auf alle Bürger in gleicher Weise und ohne Bedachtnahme auf Geschlecht, Stand, Religion etc anzuwenden sind. Der Grundsatz beinhaltet ein umfassendes Willkürverbot. Gleiches ist gleich, Ungleiches ungleich zu behandeln. Differenzierungen dürfen nur vorgenommen werden, wenn sie sachlich gerechtfertigt sind.²⁷

Konkreter fassbar für das Strafrechtswesen sind der Grundsatz des fairen Verfahrens, das Proportionalitätsgebot und der Grundsatz der Unschuldsvermutung, die allesamt zusammengehören. Das Recht auf ein faires Verfahren wird verfassungsrechtlich in Art 6 EMRK garantiert. Jedermann hat Anspruch darauf, dass über eine gegen ihn erhobene strafrechtliche Anklage ein Gericht in billiger Weise abhandelt. Der Kern dieses Grundrechts ist das Recht auf ein faires Verfahren, das vom Grundsatz geleitet ist, dem Angeklagten im Verhältnis zur Anklagebehörde im Strafverfahren ausreichende, angemessene und gleiche Gelegenheit zur Stellungnahme in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu geben und ihn nicht gegenüber dem Staatsanwalt zu benachteiligen.²⁸ Im Proportionalitätsgebot ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen Straftat und Sanktion verankert. Die Thematik zieht sich durch die gesamte Strafrechtsgeschichte. Diese Geschichte, vor allem die Folter und die Todesstrafe betreffend, gehört ohne Zweifel zur dunklen Seite der Justiz. Heute ist das Konzept einer zum Delikt proportionalen Strafe sowohl für die Ausgestaltung des Strafrechts als auch für seine Schranken von fundamentaler Bedeutung. Der VfGH leitet das Verhältnismäßigkeitsgebot einerseits aus dem Gleichheitssatz, andererseits aus Art 3 EMRK ab, der extreme Formen staatlicher Zwangsausübung sowie Folter und jede unmenschliche oder erniedrigende Strafe oder Behandlung ächtet.

Dass es mit dem Grundsatz der Unschuldsvermutung zumindest in Gesellschaft und Medien schlecht bestellt ist, weiß jeder, der Print- und/oder audiovisuelle Medien konsumiert. Da werden immer wieder Sachverhalte in einer Art und Weise dargestellt,

24 Vgl. Lewisch (Fn 19) 64 f.

25 Vgl. aaO 53, 55.

26 Vgl. Richard Holzhammer / Marianne Roth, Einführung in die Rechtswissenschaft. Wien-New York 1986, 257.

27 Vgl. Ludwig Adamovich / Bernd-Christian Funk, Verfassungsrechtslehre unter Berücksichtigung von Staatslehre und Politikwissenschaft. 1985, 380.

28 Vgl. Theo Öhlinger, Verfassungsrecht. Wien 1995, 332.

dass an der Schuld kein Zweifel mehr bestehen kann. Bevorzugte Objekte sind Verantwortungsträger in Politik und Gesellschaft, Personen in Leitungsfunktionen, aber auch solche, die sich aus der Perspektive der berichtenden bzw. urteilenden Medien politisch „falsch“ geäußert haben. Die Berichte enden alle mit dem einen Satz: „Es gilt freilich die Unschuldsvermutung.“ Was geradezu pervers anmutet, ist nicht etwa Folge rechtsethischer Fairness, sondern lediglich Resultat rechtlicher Überlegungen, um sich vor unangenehmen Folgen zu schützen. Meinungsfreiheit und Pressefreiheit²⁹ sind für die freiheitlich demokratische Demokratie zweifellos von fundamentaler Bedeutung. Wenn sie aber instrumentalisiert werden und eine mediale Jagdgesellschaft zum Halali bläst, um anderen Grundrechtsträgern deren Anrecht auf die Unschuldsvermutung auszuhöhlen, ist eine rote Linie überschritten. Hier besteht meines Erachtens Handlungsbedarf. Wenn neben die drei Säulen staatlicher Gewalt – Legislative, Exekutive und Judikative – noch eine vierte Gewalt hinzukommt, die der (auch öffentlich rechtlichen) Medien, und die drei verfassungsrechtlichen Säulen in einer Art und Weise beeinflusst, die deren Unabhängigkeit gefährdet, besteht eine Gefahr für den Rechtsstaat im Allgemeinen und für das Strafrecht im Besonderen. Die Unschuldsvermutung im Kontext des Strafrechtswesens ist in der Tat von fundamentaler Bedeutung. Sie ist Teil des fairen Verfahrens. Art 6 Abs 2 EMRK lautet: „Bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld wird vermutet, dass der wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte unschuldig ist.“ Noch prägnanter § 8 StPO: „Jede Person gilt bis zu ihrer rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig.“ Daraus folgt, dass nicht der Beschuldigte seine Unschuld beweisen muss, sondern das Gericht seine Schuld. Und dass das erkennende Organ nicht von der Überzeugung ausgehen darf, der Angeklagte habe die ihm zur Last gelegte Tat begangen. Art 6 Abs 2 EMRK verbietet es dem Gesetzgeber daher, Regelungen zu erlassen, die im Strafverfahren die Umkehr der Beweislast vorsehen.³⁰ Der Schuldnachweis ist mit der verurteilenden Entscheidung der zweiten Instanz erbracht, auch wenn in der Folge noch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes angerufen werden sollten.³¹

IV. Schuldprinzip und Schuldbegriff

oder: Alles dreht sich um die Schuld

Die deutschsprachigen Länder bekennen sich klar zum Schuldstrafrecht. In keinem steht das Schuldprinzip zwar direkt in der Verfassung, aber alle leiten es direkt oder indirekt aus verfassungsrechtlichen Normen ab. In Deutschland ergibt sich das Schuldprinzip als verfassungsrechtlicher Grundsatz aus dem Bekenntnis der Unantastbarkeit der Menschenwürde (Art 1 Abs 1 GG), aus dem Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art 2 Abs 1 GG) und aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art 20 Abs 3 GG). In der Schweiz kommt ihm in der Gesamtschau der Schweizer Rechtsordnung

²⁹ Vgl. Art 13 StGG und Art 10 EMRK.

³⁰ Vgl. VfSlg 11.195/1986.

³¹ Vgl. VfSlg 8483/1979.

Verfassungsrang zu. In Österreich gibt es keine direkte verfassungsrechtliche Ableitung des Schuldprinzips, dessen herausragende Bedeutung ergibt sich aber aus einer „Gesamt Betrachtung der verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen“, vor allem aus dem Gleichheitsprinzip (Art 7 B-VG), der Unschuldsvermutung (Art 6 Abs 2 EMRK) und der Menschenwürde (Art 1 GRC).³²

1. Zur Entwicklung des Schuldbegriffs

Die Wurzeln des Schuldstrafrechts liegen einerseits im Römischen Recht, andererseits im Christentum. Beide stellen auf den Willen des Menschen ab, der die Grundlage und Begrenzung der Verantwortung für eine Straftat darstellt.³³ Ob die Schuld infolge der Prämisse der individuellen Willensfreiheit zu begründen ist oder als Ergebnis einer sozial-ethisch objektivierten Sichtweise, ob man Schuld also individualethisch oder sozial-ethisch begründet, individuell oder generell, darüber verlaufen die Ansätze in der Strafrechtsjurisprudenz durchaus und nach wievor kontroversiell. Unabhängig von einem „Streit der Schulen“ sind aber drei Funktionen des Schuldprinzips zu beachten: einmal die positive *strafbegründende* Funktion, dann die negative *vor Strafe schützende* Funktion und drittens die *strafbegrenzende* Funktion.³⁴ Sie alle ergeben sich aus den zuvor dargelegten verfassungsrechtlichen Determinanten.

Über viele Jahrhunderte war eine theokratische Rechtsauffassung maßgeblich, die ihre Aufgabe in der „Aufrechterhaltung der Würde und Autorität des auf göttlicher Stiftung beruhenden Staates“ erblickte. Strafe war reine Vergeltung und Versöhnung des Verbrechens mit Gott und Entsöhnung des Volkes. In der neuzeitlichen Naturrechtslehre wird der Grund des Rechts nicht mehr in Gott, sondern im Menschen gesucht. Deswegen wurde *Hugo Grotius'* (1583–1645) Werk „*De iure belli ac pacis*“ (1525) von der katholischen Kirche auf den Index der verbotenen Bücher gesetzt. Das gleiche Schicksal ereilte noch weitere Schriften und Denker dieser Zeit. Die Ideen von *Grotius* wurden von *Samuel Pufendorf* (1632–1694), *Christian Thomasius* (1655–1728) und *Christian Wolff* (1679–1754) systematisiert und zum Vernunftrecht weiterentwickelt.³⁵ Die Aufklärung ersetzt die frühere religiöse Begründung des Strafrechts durch eine säkulare. Die Lehre vom Gesellschaftsvertrag dient dazu, den legitimen Umfang staatlichen Handelns zu ermitteln und zu begrenzen.³⁶ Im Hinblick auf die Schuldfrage hat die sogenannte Imputationslehre großen Einfluss, also die Zuordnung der Tat zum Individuum aus dessen freier Entscheidung. Die Kriterien des Verstandes und des freien Willens entscheiden über die Verantwortlichkeit des Täters. Im 19. Jahrhundert werden Schuld und Rechtswidrigkeit unterschieden. Schuldfähigkeit wird als Voraussetzung der Schuld gesehen

32 Vgl. Yoshida 3–5 (Fn 20) und Lewisch (Fn 19) 258.

33 Vgl. Yoshida (Fn 20) 41.

34 Vgl. aaO 4.

35 Vgl. Thomas Vormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte. Berlin-Heidelberg 2016, 23 f.

36 Vgl. aaO 50.

und diese wiederum „psychologisch“ im Kontext von Vorsatz und Fahrlässigkeit. Mit dem Gedanken der Vorwerfbarkeit der Tat entwickelt sich sodann ein normativer Schuldbegriff, der rechtshistorisch eine Ethisierung des Strafrechts markiert, nachdem im 19. Jahrhundert die Trennung von Recht und Ethik weitgehend begehalten worden war.³⁷ Das Verbrechen wird nun in drei Ebenen aufgegliedert, in die tatbestandsmäßige, die rechtswidrige und die schuldhafte.

„Der österreichische gesetzliche Schuldbegriff war durch die Imputationslehre schon immer normativ.“³⁸ Diesen dogmatischen Ansatz hat schon die *Constitutio Criminalis Theresiana* von 1768 praktisch angewendet. Da heißt es z. B.: „Eine Uebelthat ist bemeldtermassen eine freywillige Unternehmung des Verbotenen, oder freywillige Unterlassung des Gebotenen.“ (Art 3 § 1) Oder: „Eines Verbrechens können sich ... schuldig machen, welche den Gebrauch ihrer Vernunft, und freyen Willen haben.“ (Art 3 § 5, 1. Satz) Das Verbrechen resultiert aus der „Bosheit des Thäters“ (Art 3 § 16). Dieser naturrechtliche Schuldbegriff hat in Österreich in der Fassung des Josephinischen Strafgesetzes von 1787 wörtlich bis 1975 gegolten.³⁹ Im österreichischen Strafgesetz 1852 (StG) wurden Vorsatz und Schuld gleichgesetzt, das Unrechtsbewusstsein bedurfte keines Nachweises. Entschuldigungsgründe waren solche, „die den bösen Vorsatz ausschließen“. Das StG 1852 kannte also sowohl einen allgemeinen Entschuldigungsgrund als auch einen normativen Schuldbegriff. Auch das, was wir heute Zumutbarkeit nennen, war zu dieser Zeit schon Thema. Die *Constitutio Criminalis Theresiana* (1768) kannte auch den „objektiven Maßstab für die Unwiderstehlichkeit des Zwanges“. Dieser Ansatz wurde im 19. Jahrhundert von *Julius Glaser* (1831–1885) weiterentwickelt. Mit der „Zumutbarkeit beim entschuldigenden Notstand“ nimmt er bereits fast alles vorweg, was dazu später im 20. Jahrhundert in Deutschland und Österreich herausgearbeitet worden ist.⁴⁰

2. Zum Schuldbegriff der Gegenwart

Das österreichische Strafgesetzbuch 1975 hält das Bekenntnis zum Schuldstrafrecht für so wichtig, dass es unter der Überschrift „Keine Strafe ohne Schuld“ in § 4 StGB festhält: „Strafbar ist nur, wer schuldhaft handelt.“ Die Regierungsvorlage erläutert dazu, dass Schuld nicht nur die grundlegende Voraussetzung jeder Strafe ist, sondern auch Grundlage für ihre Bemessung. Das wird auch im Gesetzestext selbst in § 32 Abs 1 StGB normiert. Schuld ist das Wesensmerkmal der Strafe.⁴¹ Strittig ist die Frage der Zurechnung der Schuld, entweder aus dem Kriterium des freien Willens des Täters wie in der Imputationslehre (Indeterminismus) oder aus dem Kriterium allgemeiner sozialer Verhaltenserwartung oder einer Mischung daraus. 1971 war es ein Anliegen der Bundesre-

37 Vgl. aaO 135 f.

38 Yoshida (Fn 20) 78.

39 Vgl. aaO 76 f.

40 Vgl. aaO 78.

41 Vgl. Lewisch (Fn 19) 235.

gierung⁴², die Regelungen des StGB unabhängig von weltanschaulichen Standpunkten und Bekenntnissen zu gestalten und die Wahlfreiheit des Einzelnen nicht in die Grundlagen des Schuldbegriffs einzubeziehen. Das schlägt sich im StGB 1975 nieder, vor allem in § 10 (Entschuldigender Notstand, Unzumutbarkeit) und § 32 Abs 2 StGB (Bemessung der Strafe). In beiden Normen wird der Wertungsakt der Schuld nicht auf der Basis der autonomen Selbstverantwortlichkeit des Täters vollzogen, sondern im Rahmen der sozialen Verantwortlichkeit.⁴³ Dieser sozialetische Schuldbegriff wird von jenen als unzulänglich klassifiziert, die die gesetzlich vorgeschriebene Strafe als repressive, vergeltende Strafe konzipiert sehen und Schuld als Substrat für den persönlichen Tadel. Als Argument gegen den sozialetisch reduzierten Schuldbegriff und für die Wahlfreiheit des Individuums wird ins Treffen geführt, dass jeder Mensch im Lauf seines Lebens Chance und Zeit hat, seine Rechtsgesinnung und seine Widerstandskräfte zu bilden und zu entwickeln.⁴⁴ Auch der Blick auf das Bild vom Menschen als personales und soziales Wesen vermag die Schuldfrage zu erhellen. Dieses Menschenbild sieht ihn „auf freie, verantwortliche sittliche Selbstbestimmung angelegt“ und grundsätzlich als „befähigt, sein Verhalten nach den Normen des rechtlichen Sollens einzurichten und das rechtlich Verbotene zu vermeiden“.⁴⁵ Von daher ist es kaum möglich, die Verantwortung des Täters ausschließlich aus der Modellfigur eines mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen abzuleiten. Wenn in § 32 Abs 2 StGB einerseits sozialetisch die Modellfigur als Maßstab für die Bewertung der Schuld normiert ist, ist andererseits in der Formulierung „Schuld des Täters“ in Abs 1 leg. cit. individualetisch die Ausrichtung auf den einzelnen Täter vorgegeben. Derart steht der Schuldbegriff nicht im kontradiktorischen Spannungsverhältnis eines „entweder – oder“, sondern in einem komplementären „sowohl – als auch“.⁴⁶

3. Schuld zwischen individuellem Können und sozialem Sollen

Obwohl im aktuellen positiven Strafrecht der agnostische Ansatz – ohne Bekenntnis zur Willensfreiheit – umgesetzt ist⁴⁷, stehen einander im Hinblick auf das Wesen des Schuldvorwurfs, wie zuvor dargelegt, divergierende Interpretationen gegenüber. Die traditionelle Lehre definiert die Schuld in der tatbestandsgemäßen und rechtswidrigen Handlung als tadelnswerten Mangel an Rechtsgesinnung. Sie setzt die Freiheit des Täters voraus, sich für oder gegen die Tat zu entscheiden. Hat der Täter diese Freiheit aber nicht, fehlt ihm also diese Entscheidungsmöglichkeit, sich für wertkonformes oder

42 Die österreichische Bundesregierung „Kreisky II“ wurde nach der NR-Wahl vom 10.10.1971 als Alleinregierung der SPÖ zusammengestellt.

43 Vgl. Yoshida (Fn 20) 80, 84 f.

44 Vgl. aaO 85 f.

45 Vgl. BGHSt 2, 194.

46 Vgl. Yoshida (Fn 20) 85 f. unter Bezugnahme auf Winfried Platzgummer, Peter Lewisch, Helmut Fuchs und Heinz Zipf.

47 Vgl. aaO 80.

wertwidriges Verhalten zu entscheiden, fällt die Sachgrundlage weg, gegen den Täter einen Tadel auszusprechen.⁴⁸ Dieses Problem wird umgangen, wenn man die Frage der Willens- und Handlungsfreiheit ausklammert und sich auf das Modell des sozialen Vergleichsmaßstabs beschränkt, also auf die Modellfigur des mit den rechtlichen Werten verbundenen Menschen. Wie aber lässt sich dieser Ansatz mit dem personalen Menschen und seiner Würde, wie er uns verfassungsrechtlich und in der AEMR, in der GRC und in der Generalklausel des § 16 ABGB vorgegeben ist, vereinbaren? „Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren“. „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie ist zu achten und zu schützen.“ Jeder Mensch ist als Person zu achten, weil er „angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte“ hat.⁴⁹ Was programmatisch und normativ für den Menschen im Recht allgemein gilt, kann im Kontext des Strafrechts und des Schuldprinzips nicht ausgeklammert werden.

Die Schuldfrage steht im Spannungsverhältnis von individuellem Können und sozialem Sollen.⁵⁰ Schuld als objektivierte sozialetische Schuld ist ein sozialetisches Werturteil über die Persönlichkeit und Motivation des Täters. Vorausgesetzt wird einerseits die Annahme, dass die Entscheidungsfreiheit des Menschen in der Tatsituation praktisch unerweislich sei und dass die Ergebnisse der neueren Hirnforschung einen Schuldbegriff abseits eines individualmoralischen Vorwurfs nahelegten.⁵¹ Die Perspektive der Hirnforschung der letzten zwanzig Jahre führt in der Tat zu Überlegungen, die in der Strafrechtsdogmatik keinen Stein auf dem anderen belassen würden. Zumindest dann, wenn man davon ausginge, dass das Individuum gänzlich auf der Basis im Hirn vorgelegter physischer Vorgänge handelt und damit absolut determiniert wäre. Der gegenüber der Hirnforschung erhobene Determinismus-Vorwurf geht aber ins Leere, wenn man berücksichtigt, dass diese Disziplin letztlich nicht zu klären in der Lage ist, ob bzw. inwieweit menschliches Fühlen, Denken und Handeln streng deterministisch abläuft.⁵² Dass die Hirnforschung schon von ihrem naturwissenschaftlichen Wesen her mit dem rechtsphilosophischen und rechtsdogmatischen Ansatz der Willensfreiheit nicht viel anfangen kann, ist nicht verwunderlich. Sie nimmt für sich aber auch nicht in Anspruch, was ihr verwehrt ist: über Schuld oder Unschuld zu entscheiden. Kein psychologischer oder psychiatrischer Sachverständiger kann mit empirischen Mitteln die Fähigkeit des konkreten Täters nachweisen, ob er im Tatzeitpunkt anders zu handeln in der Lage war, als er es getan hat. Sehr wohl zeigen sich aber gerade im Gewaltbereich kognitive und psychische Defizite, bei Intensivtätern z. B. in Form einer vorgelagerten Abfolge problematischer Verhaltensweisen: von Regulationsstörungen im Säuglingsalter und Wutausbrüchen im frühen Kindesalter über Störungen des Sozialverhaltens im Schulalter und minderschwere Regelverstöße im Jugendalter bis hin zu gewalttätigem Verhalten und Schwerkriminalität im Heranwachsenden- und Erwachsenenalter. Den jeweiligen

48 Vgl. Lewisch (Fn 19) 237.

49 Art 1 AEMR, Art 1 GRC, § 16 ABGB.

50 Vgl. Lewisch (Fn 19) unter Bezugnahme auf Dias 239.

51 Vgl. Yoshida (Fn 20) 120 f.

52 Vgl. Roth (Fn 10) 272.

Defiziten lassen sich hirnorganische Fehlfunktionen zuordnen, die ihrerseits aus genetischen Prädispositionen und frühen traumatischen Erfahrungen resultieren.⁵³ Der psychiatrische Sachverständige überprüft in der gängigen Praxis lediglich die psychopathologischen Voraussetzungen für eine aufgehobene oder verminderte Schuldfähigkeit. Die Entscheidung über die Schuldfrage selbst trifft aber das Gericht.⁵⁴ Und es muss entscheiden auf der Basis des positiven Rechts und der dem Recht inhärenten Werte.

4. Der Weg zum Urteil

Das strafrechtliche Legalitätsprinzip „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“ und das Schuldprinzip „*nulla poena sine culpa*“ sind die wesentlichen Schritte auf dem Weg zu einem Urteil. In der strafrechtlichen Praxis ergeben sich daraus Fallprüfungsschemata, die je nach Art des Delikts variieren.⁵⁵ So ergibt sich für das vorsätzliche Begehungsdelikt folgendes Fallprüfungsschema: Vorgelagert ist der Sachverhalt, also das tatsächliche Geschehen, das auf seine strafrechtliche Relevanz zu untersuchen ist. Ebenso vorgelagert ist die Prüfung der Frage, ob der Handlungsbegriff erfüllt ist. Hier geht es darum, ob überhaupt ein vom Willen beherrschtes menschliches Verhalten vorliegt.⁵⁶ Dann beginnt die eigentliche Prüfung. Auf der ersten Ebene geht es um die Tatbestandsmäßigkeit. Entspricht der Sachverhalt objektiv dem gesetzlichen Tatbild und den subjektiven Tatbestandsmerkmalen?⁵⁷ Wird die Tatbestandsmäßigkeit bejaht, geht es in der zweiten Ebene um die Prüfung der Rechtswidrigkeit. Tatbestandsmäßigkeit inzidiert in der Regel Rechtswidrigkeit. Rechtfertigungsgründe schließen das Unrecht der Tat aber aus.⁵⁸ Nur wenn die Rechtswidrigkeit bejaht wird, wird die Fallprüfung auf der dritten Ebene, der Schuldprüfungsebene, fortgesetzt. Geprüft wird einerseits, ob die Fähigkeit gegeben ist, das Unrecht der Tat zum Tatzeitpunkt einzusehen und danach zu handeln, andererseits, ob keine Schuldunfähigkeit vorliegt wegen mangelnder Reife (Unmündige, Jugendliche) oder wegen seelischer Störungen.⁵⁹ Im Hinblick auf den Vorsatz wird geprüft, ob der Täter einen Sachverhalt verwirklichen will, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht. Wenn dies bejaht wird, wenn auch das Bewusstsein vorliegt, dass die Tat gegen die Rechtsordnung verstößt, und wenn keine Entschuldigungsgründe vorliegen (wie z. B. der entschuldigende Notstand in § 10 StGB), kann bzw. muss die Schuldebene bejaht werden. In der vierten und letzten Ebene des Fallprüfungsschemas ist noch zu prüfen, ob Strafaufhebungs- oder Strafausschließungsgründe (z. B. wegen mangelnder Strafwürdigkeit der Tat) vorliegen. Nur wenn die drei Ebenen von Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld bejaht werden und keine Strafaufhebungs- und Straf-

53 Vgl. aaO 263 f.

54 Vgl. aaO 262 f.

55 Die Darstellung folgt Kienapfel, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Wien 1991, Z1 ff, Anhänge 1 ff.

56 Vgl. aaO Z 7, 1.

57 Vgl. aaO Z 8, 15 ff.

58 Vgl. aaO Z 5, 1 ff.

59 Vgl. aaO Z 14, 1 ff.

ausschließungsgründe vorliegen, kommt es zu einer Strafe wegen eines Vorsatzdelikts. Fehlt auch nur eine dieser Voraussetzungen, ist ein Schuldspruch nicht möglich.

V. Zahlen – Fakten – Daten

oder: Was uns die Kriminalstatistik lehrt

Der Blick auf die Kriminalstatistik macht klar, was Sache ist. Sie zeigt nicht nur konkrete Schwerpunkte in der Praxis des Strafrechtsgeschehens auf, sondern auch Entwicklungen und Veränderungen. 2019 waren es in Österreich 47.980 Delikte, die den Verurteilungen zugrunde lagen. 31 % bezogen sich dabei auf strafbare Handlungen gegen fremdes Vermögen, je 18 % bezogen sich auf strafbare Handlungen gegen Leib und Leben und gegen das Suchtmittelgesetz. 9 % waren strafbare Handlungen gegen die Freiheit, je 5 % betrafen die Rechtspflege sowie Urkunden und Beweiszichen. Je 3 % bezogen sich auf strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung sowie gegen die Staatsgewalt, 2 % waren strafbare Handlungen gegen das Waffengesetz und 7 % sonstige.⁶⁰

Für das Jahr 2020 zeigt sich zwar ein deutlicher Rückgang der Gesamtkriminalität, ebenso aber auch ein signifikant starker Anstieg im Bereich der Cyber-Kriminalität. Wurden 2011 im Bereich der Internet-Kriminalität 4.084 Fälle verzeichnet, waren es 2020 fast 36.000. In der Gewaltkriminalität – dazu zählen Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die Freiheit und gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung – weist die Statistik für 2020 im Vergleich zum Vorjahr einen Rückgang von 8,2 % aus, im Bereich der Eigentumsdelikte beträgt der Rückgang rund 22 %.⁶¹ Diese Verlagerung ist ganz offensichtlich auf die Pandemie zurückzuführen. Beim ersten Lockdown im März 2020 sind die Anzeigen signifikant zurückgegangen, während sie im Zuge der Lockerungen von Mai bis Oktober kontinuierlich angestiegen und im 2. und 3. Lockdown im November und Dezember wieder zurückgegangen sind.

Ein Blick auf die Verurteilungen über einen längeren Zeitraum zeigt, dass sie zwischen 1975 und 2019 um rund die Hälfte zurückgegangen sind, was vor allem auf den Rückgang der verurteilten Männer zurückzuführen ist. Auch der Anteil der Frauen und der Jugendlichen ist signifikant zurückgegangen, der Anteil von Verurteilungen von Menschen ausländischer Herkunft ist hingegen gestiegen. In den letzten 20 Jahren hat sich diese Entwicklung verfestigt.⁶² Der Sicherheitsbericht des BMJ 2019 listet penibel alle Verurteilungen auf und analysiert sie nach Delikt- und Personengruppen. Von den 29.632 Verurteilten waren demnach 85,3 % Männer, 14,7 % Frauen. 7 % waren Jugendliche, 10,5 % junge Erwachsene und 82,8 % Erwachsene. 57,7 % waren Österreicher und

60 Vgl. Statistik Austria, Verurteilungsstatistik 2019 (29.05.2020). Online in www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/kriminalitaet/index.html (Stand: 16.06.2021).

61 Vgl. BMI, Pandemie prägt Kriminalitätsentwicklung 2020. Online in www.bmi.gv.at/news.aspx?id=41357950726156702B756B3D (Stand: 16.06.2021).

62 Vgl. Statistik Austria, Verurteilungsstatistik 2019 (FN 60).

42,3 % ausländische Staatsangehörige.⁶³ Die letzten Zahlen müssen noch mit dem Bevölkerungsanteil in Relation gesetzt werden, um statistische Aussagekraft zu erhalten. Von den 8,889 Millionen Einwohnern Österreichs im Jahr 2019 waren 83,8 % österreichische und 16,2 % ausländische Staatsbürger.⁶⁴ Vor diesem Hintergrund wird der signifikant unterschiedliche Anteil an Verurteilungen der beiden Gruppen deutlich: auf 83,8 % der Einwohner mit österreichischer Staatsbürgerschaft kommen im Berichtsjahr 57,7 % der Verurteilten, auf 16,2 % der Einwohner mit anderer Staatsbürgerschaft kommen 42,3 % der Verurteilten. Bemerkenswerte Zahlen stechen vor allem ins Auge, wenn man die Deliktgruppen gegen Leib und Leben⁶⁵, gegen fremdes Vermögen⁶⁶ und nach dem Suchtmittelgesetz⁶⁷ fokussiert, wo es zum Teil auch in absoluten Zahlen, also ohne Berücksichtigung des Anteils an der Bevölkerung, mehr Verurteilungen von Tätern mit anderer Staatsbürgerschaft gibt als von Tätern mit österreichischer Staatsbürgerschaft.

Die Daten der Verurteilungen bilden sich in den Daten zum Strafvollzug ab. Sie haben direkte Auswirkungen auf die Justizanstalten und ihre Probleme in Bezug auf die Belegung, Betreuung und Verwaltung. 2019 waren in den österreichischen Justizanstalten 6.992 Personen (exkl. U-Haft) in Haft, 94 % davon männlich, 6 % weiblich. 2.730 Personen waren wegen Delikten gegen fremdes Vermögen in Haft, 1.545 wegen Delikten gegen Leib und Leben und 1.348 wegen Delikten nach dem Suchtmittelgesetz. 554 verbüßten eine Haftstrafe wegen Delikten gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung, 478 wegen Delikten gegen die Freiheit, 47 wegen des Verbotsgesetzes und 38 wegen Terrorismus. Von den Haftinsassen waren 26 % im Alter von 21 bis 30 Jahren, 33 % waren 30- bis 40-Jährige und 20 % 40- bis 50-Jährige. Junge Häftlinge zwischen 14 und 21 Jahren waren zu 5 % vertreten, die über 50-Jährigen zu 17 %. Die Insassen waren zu 46 % österreichische Staatsbürger, zu 54 % Staatsbürger mit anderer bzw. unbekannter Staatsbürgerschaft. Was die Haftdauer angeht, hat der Großteil, nämlich 46 %, eine Haftdauer von ein bis zu fünf Jahren zu absolvieren, bei der zweitgrößten Gruppe, bei 40 %, dauert die Strafdauer bis zu einem Jahr, bei 10 % fünf bis zehn Jahre. Der Rest hat eine längere Strafdauer zu verbüßen.⁶⁸ Um Konflikte unter den Häftlingen aufgrund der Art ihrer Delikte, ihres Alters, aber auch aufgrund ihrer Herkunft, Weltanschauung und

63 Vgl. BMJ (Hg), Sicherheitsbericht 2019. Bericht über die Tätigkeit der Strafjustiz. Wien 2020, 53. Online in www.bmi.gv.at/508/files/SIB_2019/4_SiB_2019_Justizteil.pdf (Stand: 13.06.2021).

64 Dazu vertiefend Statistik Austria, Migration & Integration. Zahlen.Daten.Indikatoren 2019. Online in bmeia.gv.at (Stand: 13.06.2021).

65 Vgl. BMJ (Hg), Sicherheitsbericht 2019 (Fn 63) 74 f. Vorsätzliche Tötungsdelikte nach §§ 75–79 StGB fallen 44 auf Täter mit anderer und 43 auf Täter mit österreichischer Staatsbürgerschaft. Der Anteil an Verurteilungen wegen schwerer Körperverletzung nach § 84 StGB beträgt bei Tätern mit anderer Staatsbürgerschaft 43,9 %, auf Täter mit österreichischer Staatsbürgerschaft entfallen 56,1 %.

66 Vgl. aaO 76. Bzgl. Diebstahl und Einbruchsdiebstahl nach §§ 127–131 StGB und Raub nach §§ 142, 143 StGB fallen mehr Verurteilungen auf Täter mit anderer Staatsbürgerschaft als auf Täter mit österreichischer Staatsbürgerschaft.

67 Vgl. aaO 79 f. Im Bereich des Suchtgifthandels nach § 28a SMG entfallen mehr Verurteilungen auf Täter mit anderer Staatsbürgerschaft als auf Täter mit österreichischer Staatsbürgerschaft. Im Bereich des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 SMG sind es fast gleich viele Täter mit anderer Staatsbürgerschaft als Täter mit österreichischer Staatsbürgerschaft.

68 Vgl. BMJ, Strafvollzug in Österreich. Jänner 2020, 37. Online in www.bmj.gv.at (Stand: 11.06.2021).

Religion zu vermeiden, müssen Justizanstalten in der Belegung und Betreuung achtsam vorgehen.

VI. Vom Grund der Strafe zum Zweck der Strafe

Oder: Wozu Strafen?

Lehren vom Grund der Strafe und Lehren vom Zweck der Strafe prägen die Theorie des Strafrechts seit jeher. Sie gehen der Frage nach, was in concreto Recht ist und welche Folgen rechtens sind. Es lohnt sich in diesem Zusammenhang, den Rechtsbegriff, wie ihn *Gustav Radbruch* (1878–1949) auf den Punkt gebracht hat, in Erinnerung zu rufen: Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, der Rechtsidee zu dienen. Die Rechtsidee besteht aus Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit.⁶⁹ Zunächst bietet sich in diesem Kontext das Modell der ausgleichenden Gerechtigkeit an. Dieses will entstandene Ungleichgewichte und Schräglagen wieder in eine verhältnismäßige Gleichheit bringen, wie z. B. die Besteuerung nach Maßgabe des Einkommens oder Unterstützung nach Maßgabe der Bedürftigkeit. Im strafrechtlichen Kontext wäre die ausgleichende Gerechtigkeit die Strafe, die dem Verbrechen entspricht. Dem Aspekt der Zweckmäßigkeit entspräche die Abschreckung, und der Aspekt der Rechtssicherheit wiederum wäre die Schranke gegenüber Strafen *praeter legem* oder *gar contra legem*.⁷⁰

Menschen sehnen sich nach einer schönen, friedlichen, gewaltlosen Welt. In regelmäßigen Abständen hört man von Visionen einer Gesellschaft ohne Strafen und ohne Gefängnisse und ohne Polizei. Während es legitim ist, zu hoffen und zu träumen, wäre es hingegen verantwortungslos, die gesellschaftliche Realität in ihren negativen Aspekten zu ignorieren und die rechtsstaatlichen Instrumentarien zur Konfliktlösung zu untergraben.

Der Streit der Straftheorien ist auch über Juristenkreise hinaus bekannt. Dass er über weite Strecken so unversöhnlich scheint, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass es wohl allen ein Anliegen ist, das Verhältnis von Gesellschaft und Straftäter sinnvoll und im Sinne der Rechtsidee – gerecht, zweckmäßig, rechtssicher – zu gestalten. Seien es die „klassischen“ gegen die „modernen“, die „absoluten“ gegen die „relativen“, die „repressiven“ gegen die „präventiven“, die Vergeltungs- gegen die Zwecktheorien.⁷¹ Seit Jahrhunderten werden in den Straftheorien Fragen nach der konkreten Strafe – ihrem Vollzug, ihrer Aussetzung zur Bewährung, ihrer Verschärfung – hin- und her gewälzt.⁷² Im 19. Jahrhundert veranschaulichen die einschlägigen Buchtitel das Ringen um die „richtige“ Strafe: „Der Kampf ums Recht“, „Der Zweck im Recht“⁷³, „Gegen die Frei-

69 Vgl. Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*. Studienausgabe. Hg. von Ralf Dreier / Stanley L. Paulson. Heidelberg 1999, 34, 152.

70 Vgl. aaO 152, 154 ff.

71 Vgl. Winfried Hassemer, *Warum Strafe sein muss*. Ein Plädoyer. Berlin 2009, 58.

72 Vgl. aaO 63.

73 Beide von Rudolf v. Jhering (1818–1892).

heitsstrafen“⁷⁴, „Die Abschaffung des Strafmaßes“⁷⁵ oder „Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft“⁷⁶. Als Exponenten des sog. Schulenstreits zwischen der Vergeltungstheorie und der Zwecktheorie gelten Karl Binding (1841–1920) und Franz v. Liszt (1851–1919). Der Aufsatz Liszts „Der Zweckgedanke im Strafrecht“ (1883) war die Kampfansage gegen die rein gesetzessystematische Schuldausgleichslehre Bindings.⁷⁷ Die Spuren beider Ansätze sind heute noch in der Strafrechtsjurisprudenz sichtbar, wenn es um den Sinn der Strafe geht. *Winfried Hassemer* (1940–2014) nennt diese Spuren „Trümmer“, und er warnt vor zerstörerischer Kritik. Vor diesem Hintergrund und in einer kritischen Distanz zu beiden Seiten stellt er drei Topoi in den Mittelpunkt seiner Theorie der Strafe: Menschenwürde, Wirkung und Maß. Die Menschenwürde als „das Ein und Alles eines Rechtsstaates“ darf auch im Kontext der Strafe nicht angetastet werden. Strafen müssen sich nach ihrer Wirkung rechtfertigen, nicht nur im Hinblick auf die normative Ordnung, sondern vor allem auch für die tatsächlichen Zustände. Und drittens ist die Angemessenheit der Strafe als Antwort auf das Verbrechen unabdingbar zur Vermeidung maßloser Eingriffe.⁷⁸ Heute stehen vor allem die präventiven Konzepte im Vordergrund, was den Grundlagen und der Anthropozentrik unserer Rechtsordnung entspricht. Strafandrohung und Strafvollzug sind nicht mehr in erster Linie Mittel zur Abschreckung, „sondern Teil einer formalisierten sozialen Kontrolle“. Diese reagiert regelmäßig und angemessen auf den Rechtsbruch und sichert damit das Vertrauen der Bürger in die rechtliche Ordnung.⁷⁹

Die Strafe bringt dem Täter den Unwert der Verfehlung zum Ausdruck und funktioniert damit als Schuldausgleich. Retrospektiv korreliert die Schuldstrafe mit der Schwere der Tat. Im Blick nach vorne geht es i. S. d. positiven Spezialprävention darum, den Täter von weiteren Straftaten abzuhalten und seine innere Rechtsverbundenheit zu fördern. Sie wirkt aber auch im Hinblick auf das soziale Umfeld, letztlich auf die Gesellschaft als Ganzes. Sie ist i. S. d. positiven Generalprävention Antwort auf die Störung des Rechtsfriedens durch den Täter, indem die verletzten sozialetischen Verhaltensnormen wiederhergestellt und bestätigt werden.⁸⁰ Die heute vorherrschenden Präventionstheorien verdrängen den Vergeltungsgedanken und den Aspekt der ausgleichenden Gerechtigkeit aber nicht gänzlich. Das resultiert aus der Auffassung von der Strafe als Ausdrucksform der Schuld. Die primäre Rechtfertigung für die Strafe liegt deswegen „nicht in der Prävention, sondern in der tadelnden Reaktion selbst“.⁸¹ Und der zu einer Freiheitsstrafe verurteilte Täter erlebt das subjektiv analog – als tadelnde Antwort auf seine Straftat. Auf der Basis des sozialen Schuldbegriffs kommt der Strafe eine ausgleichende Funktion zu, individualpsychologisch gegenüber dem Täter, sozial-

74 Von Otto Mittelstädt (1834–1899).

75 Von Emil Kraepelin (1856–1926).

76 Von Karl Binding (1841–1920).

77 Vgl. ThomasVormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte. Heidelberg 2016, 119.

78 Vgl. Hassemer (Fn 71) 93 ff.

79 Vgl. aaO 114.

80 Vgl. Yoshida (Fn 20) 126 unter Bezugnahme auf Jeschek und Moos.

81 Vgl. aaO 139.

psychologisch gegenüber der Rechtsgemeinschaft. Um den Sinn der Strafe bestmöglich zu erfassen, sind beide Blickrichtungen notwendig: „Rücksicht“ – das ist der tat- und täterbezogene Blick in die Vergangenheit – und „Vorsicht“ – das ist der präventive täter- und gemeinschaftsbezogene Blick in die Zukunft.⁸² Wenn dem Strafrecht die Erfüllung dieser Aufgaben gelingt, kann es „ein weithin sichtbares Muster für einen menschenrechtfreundlichen Umgang mit abweichendem Verhalten sein“.⁸³

VII. Im Dienst des Rechtsfriedens

oder: Auf dem Weg zu einer versöhnten Gesellschaft

Im ersten Teil meiner Ausführungen habe ich darauf hingewiesen, dass jedes Recht ein bestimmtes Bild vom Menschen voraussetzt. Das Menschenbild der freiheitlich demokratischen Rechtsordnungen steht im Spannungsverhältnis von Individualität und Sozialität. Die mit unantastbarer Würde definierte Person hat ihren Eigenwert, muss sich aber im Hinblick auf die Gemeinschaftsbezogenheit *die* Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens zieht.⁸⁴ Hinter jeder Rechtsordnung steht auch ein Wertekatalog, der sich der Beliebigkeit entzieht und der seinen Niederschlag im positiven Recht gefunden hat.⁸⁵ Das betrifft die Rechtsordnung als Ganzes, wird in den strafrechtlichen Normen aber besonders deutlich. Die verfassungsrechtlichen Determinanten und die strafrechtlichen Normen geben den Rahmen vor, um den Normunterworfenen i. S. d. Rechtsschutzbedürfnisses die Grenzen zwischen Erlaubtem und Verbotenem klar und unmissverständlich aufzuzeigen.⁸⁶

In den Verfahren kommt der Verpflichtung zur Objektivität eine unabdingbare Bedeutung zu, für die Anklagebehörde ebenso wie für das erkennende Gericht. Art 6 EMRK und § 3 StPO sprechen es deutlich aus: Kriminalpolizei, Staatsanwaltschaft und Gericht haben die Wahrheit zu erforschen – unparteilich, unvoreingenommen und ohne jeden Anschein von Befangenheit. Darauf hat jedermann Anspruch. Dieser verfassungs- wie einfachgesetzliche Anspruch und Auftrag darf in keiner Weise von wem auch immer untergraben werden. Das heißt aber nicht, dass der Staat und seine Institutionen und Behörden sakrosankt wären. Wenn es z. B. Indizien gibt, dass zu absoluter Objektivität verpflichtete Personen oder Behörden diese Verpflichtung verletzen, müssen übergeordnete Verantwortungsträger handeln. Darauf zu reagieren, als ob damit ein Angriff auf den Rechtsstaat vorläge, ist ebenso unsachlich wie der Versuch einer parteipolitischen Instrumentalisierung des Strafrechts. Das Strafrecht darf nicht missbraucht werden, von niemand, und schon gar nicht von einer Jagdgesellschaft auf der Basis eines

82 Vgl. aaO 129.

83 Vgl. Hassemer (Fn 71) 114.

84 Vgl. BVerfGE 4,7 (Investitionshilfe-Urteil vom 20.07.1954).

85 Vgl. Mayer-Maly (Fn 11) RPh 23.

86 Vgl. Lewisch (Fn 19) 122 f.

Amalgams von aggressiver Parteipolitik und ebenso aggressiv arroganter Medienlandschaft. Die Methode, unsachliche und gar anonyme Anzeigen einzureichen und dann medial zu verbreiten, die Staatsanwaltschaft ermittle in einer bestimmten Sache oder gegen eine bestimmte Person – was sie ja tun muss aufgrund der Anzeige, was beim Leser oder Seher aber ein Verschulden insinuiert –, ist nicht nur moralisch verwerflich, es zeugt auch von einer tiefgreifenden Respektlosigkeit gegenüber der Rechtsordnung.⁸⁷

Die Geschichte des Strafrechts und die Entwicklung des Zusammenhangs von Schuld und Strafe über die Jahrhunderte zeigt deutlich, wie sehr es sich vom bloßen Rachedenken weg- bzw. weiterentwickelt hat zu einem Verständnis, das sowohl das Schutzbedürfnis der Rechtsgemeinschaft im Blick hat wie auch die Verantwortung des Täters und der Gesellschaft. Es ist faszinierend, die Schritte um das Bemühen einer Strafrechtsordnung zu verfolgen, die die berechtigten Interessen aller Beteiligten berücksichtigen will. Wenn heute Formen der Wiedergutmachung wie der Täter-Opfer-Ausgleich (in Deutschland und der Schweiz) oder der außergerichtliche Tatausgleich (in Österreich) an Bedeutung gewinnen, hat das ebenso sozialkonstruktiven Charakter wie jene Formen des Strafvollzugs, die die Resozialisierung fördern. Sie zeigen – nach einer Geschichte, in der das nicht immer so war – das humane Gesicht der Justiz. Letztlich steht das Strafrecht im Dienst des Rechtsfriedens und markiert den Weg zu einer versöhnten Gesellschaft. Das darf man nicht aus den Augen verlieren.

PROF. DDR. KARL HEINZ AUER

Clemens-Holzmeister-Straße 14, A-6020 Innsbruck, kh@kha.at

87 Vgl. Susanne Reindl-Krauskopf im Interview mit Benedikt Kommenda im Rechtspanorama der „Presse“ vom 07.06.2021,13.