



## Zur Rationalität des Strafens<sup>1)</sup>

Von Präsident des OGH Hon.-Prof. Dr. Eckart Ratz, Wien. Der Autor ist Präsident des OGH, Herausgeber und Autor der Wiener Kommentare zu StGB und StPO, verantwortlich für den strafrechtlichen Teil des Evidenzblatts der Rechtsmittelscheidungen der ÖJZ und Honorarprofessor für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Wien.

**Menschliche Entscheidungen werden durch hirnorganische Vorgänge unbewusst eingeleitet, sagen Hirnforscher. Von manchen wird daraus auf Irrationalität des Strafrechts geschlossen.**

2016, 568

Ob Strafrecht rational ist, wenn Willensfreiheit nicht sinnlich erfasst werden kann, führt zunächst zur **Frage, ob Recht Berechtigung** hat. Denn durch das Recht soll ja just Willenssteuerung erreicht werden – und wir vertrauen darauf, mit anderen Worten, wir glauben daran. So wie wir glauben, dass wir mit unserem Gehirn Wirklichkeit erkennen können, wo wir doch wissen, dass es bloß Zwischenprodukt einer auf Arterhaltung angelegten Serie von „fire and misfire“ ist.<sup>2)</sup>

Obwohl *David Hume* die logische Ungültigkeit des Induktionsschlusses auf die einfache Formel gebracht hat, dass alle gemachten Beobachtungen eines Phänomens – eine endliche Zahl – gebrochen durch alle möglichen – unendlich – null ergibt, ruht doch unser ganzer Glaube auf der Tragfähigkeit des Induktionsschlusses. Radikale Skeptiker wären denn auch zum radikalen Nichtstun verurteilt.

Als praktischer Rechtsanwender erlaube ich mir daher, vorerst einmal axiomatisch davon auszugehen, dass es vernünftige Gründe haben wird, wenn bislang keine funktionierende Rechtsordnung der Welt auf Strafrecht verzichtet hat, ja auch nur den Versuch dazu zu wagen scheint. Anders gewendet glauben alle an die Berechtigung von Strafen.

Das hat jetzt nichts mit dem Schlagwort von einer gefängnislosen Gesellschaft zu tun. Dieses betrifft nur die **Methode des Strafens**, nicht das Strafrecht an sich. Und insoweit ändern sich die Wertvorstellungen ständig.

Waren es früher Körperstrafen bis zur physischen Vernichtung – und selbst das noch alternativ als bloße oder möglichst qualvolle oder ehrlose Art von Vernichtung –, hat der aufgeklärte Staat im Anschluss an *Cesare Beccaria* etwas möglichst exakt Messbares an deren Stelle gesetzt, die Freiheitsstrafe, die sich berechnen und mit der sich – wenn man diesen Gedanken als richtig akzeptiert und zu Ende denkt – eine spezifisch „wissenschaftliche“ Form von Gerechtigkeit, nämlich die Gleichgerechtigkeit, geradezu punktgenau herstellen lässt; theoretisch zumindest.<sup>3)</sup> Denn es geht dem Recht auch hier nicht anders als den Naturwissenschaften. Jede Antwort erzeugt Fragen, die sich vorher nicht gestellt haben – und für die Antwort darauf gilt nichts anderes.

Rational vorzugehen, bedeutet für mich als Praktiker zuallererst, **Komplexität zu reduzieren, nicht**

**zu provozieren.** Es geht um geordnetes Denken – darum, die Dinge auseinanderzuhalten.

Ich nenne als höchst aktuelles Beispiel einen Unterfall unseres Themas, nämlich die hierzulande auf *Christian Broda* zurückgehenden freiheitsentziehenden vorbeugenden Maßnahmen, über die heute so viel Kritisches zu hören ist. 1975 hat man sich dazu entschlossen, die Zuständigkeit bei der zwangsweisen Unterbringung von sog Geisteskranken den Zivilgerichten zu entziehen, wenn sich dieser Zustand in der Begehung einer Straftat manifestiert.

Dass stationäre Behandlung auch gegen den Willen der Kranken in besonderen Fällen notwendig ist, stand dabei außer Frage. Es ging um die Qualität des Verfahrens, die im Strafrecht eine zentrale Stellung einnimmt.

Aber wie die Idee von der gefängnislosen Gesellschaft kam auch die Idee von der Behandlung Geisteskranker extra muros. Statt Elektroschock, Gitterbett und Freiheitsentzug also Tabletten und sozialarbeiterische Zuwendung als Methode der Heilung und Gefahrenabwehr. Dass dahinter auch ökonomische Interessen des Gesundheitssystems standen, die unter dem Schlagwort „ambulant statt stationär“ ganz ähnlich bei der Behandlung körperlich Kranker auszumachen sind, kommt hinzu.

Zum Strafrecht ressortiert von all diesen Fragen nur die Bereitstellung des „Riegels“,<sup>4)</sup> der vor dem Eingriff in die Freiheitsrechte der Betroffenen schützt und der nur in einem fein säuberlich abgezielten Verfahren zurückgeschoben werden kann. Eine materiell-rechtliche Schranke besteht dabei in der notwendigen, keineswegs aber hinreichenden Bedingung einer – wengleich schuldlos begangenen – Anlasstat von bestimmter Schwere, für die sich die strafrechtlichen Tatbestandskategorien, also Mord, schwere Körperverletzung, Brandstiftung und wie sie alle heißen, idealtypisch eignen.

Das Strafgericht stellt also mit allen Checks and Balances eines aufwändigen Strafprozesses fest, ob der

1) Impulsreferat zur einschlägigen Podiumsdiskussion im Rahmen der Rechtsgespräche des Forum Alpbach 2016.

2) Vgl *John F. Haught*, *God And The New Atheism* (2008) 49.

3) Vgl *U. Wesel*, *Geschichte des Rechts in Europa* (2010) Rz 111, 137.

4) *Moos*, *Die vorbeugenden Maßnahmen*, *ZnStR* I 53 (56).

Betroffene ein Verhalten gesetzt hat, das einer oder mehreren dieser Kategorien zugeordnet, ihr subsidiert werden kann. Ist das nicht der Fall, wird der Unterbringungsantrag ohne Weiteres abgewiesen, ansonsten in einem weiteren Schritt – und erst jetzt unter Beiziehung psychiatrischen Sachverständs – gefragt, ob beim Betroffenen aus psychiatrisch-kriminologischer Sicht mit einer oder mehreren solchen Straftaten zu rechnen ist.

Aufgabe des Strafgerichts bei diesem zweiten Schritt ist es in erster Linie, auf das Abarbeiten vom Gesetz verlangter Prognosekriterien und den Wahrscheinlichkeitsgrad der Vorhersage zu achten.

Verhaltenssteuerung durch Spezialprävention erwartet man sich erst vom Vollzug der Maßnahme. Entlassung und Widerruf sind bewusst niederschwellig angesetzt. In geeigneten Fällen kann gleich nach sachgerechter medikamentöser Einstellung entlassen, die Entlassung bei mangelnder Compliance sofort widerrufen und der Vorgang erforderlichenfalls mehrfach wiederholt, also ganz und gar flexibel gestaltet werden. Kommt bedingte Entlassung nicht in Frage, kann gleichwohl das volle Potenzial der „offenen“ Psychiatrie genutzt werden.<sup>5)</sup>

Sieht es umgekehrt im Urteilszeitpunkt danach aus, dass stationäre Unterbringung unnötig ist, ist sie bedingt nachzusehen, die bedingte Nachsicht aber zu widerrufen, wenn ein Rückfall oder auch bloß mangelnde Compliance zeigen, dass auf stationäre Unterbringung – jedenfalls vorläufig – doch nicht verzichtet werden kann.

Was fehlt, sind ausreichend verfügbare medizinische Expertise und Begleitung, vielleicht auch juristisches Wissen im Umgang mit den fein ausziselierten Regeln. Diese selbst aber sind nicht zu beanstanden, und man sollte sich hüten, das Kind mit dem Bade auszuschütten.

Zurück zu den Rechtsregeln: Wie die Strafe für Verbrecher hat auch die Unterbringung als schuldunfähig befundener Rechtsbrecher **Übelscharakter** und dient der **Bekräftigung von Normgeltung**, während umgekehrt die Strafe dem **Schutz der Gemeinschaft** dient.

Ähnlich verhält es sich mit anderen an strafgerichtliche oder staatsanwaltliche Verfahren geknüpfte Sanktionen, etwa Konfiskation und Einziehung oder Geldbußen nach dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, die ganz allgemein eine Entwicklung vom Strafrecht zu einem Kriminalrecht markieren, das auf einen Schuldvorwurf gegenüber dem Täter verzichtet.

Die sog „dritte Spur“ des Strafrechts, bei uns als Diversion bezeichnet, ist der Sache nach bloß eine besondere Form des plea bargaining – gerade kein Strafverfahren, sondern dessen Ersatz. *Wolfgang Stangl* spricht von sozialer Kontrolle durch Mediation, statt sozialer Kontrolle durch Verrechtlichung und sieht die beiden

Bereiche durch einen „epistemologischen Bruch“ voneinander getrennt.<sup>6)</sup>

**Bei all diesen Reaktionsformen auf rechtlich missbilligtes Verhalten scheint sich die Frage von Rationalität nicht zu stellen**, werden „neuere Erkenntnisse der Hirnforschung“ als unproblematisch hingenommen. Auch beim Schadenersatzrecht für deliktisches Verhalten kommt das Problem „Willensfreiheit“ nicht ins Spiel, auch nicht dort, wo das Schadenersatzrecht Bußcharakter annimmt, die Sanktionen also eindeutig höher sind als der verursachte Schaden – selbst bei exzessiven Schadenersatzbeträgen, von denen man zuweilen aus den USA erfährt. Nur wenn die staatliche Reaktion als Strafe bezeichnet wird, soll alles grundlegend anders sein.

Das hängt einmal damit zusammen, dass es kein Privatstrafrecht mehr gibt, wie wir es im griechischen und frühmittelalterlichen Recht finden.<sup>7)</sup> Das Strafrecht ist heute ganz verstaatlicht, und staatliche – also obrigkeitliche – Eingriffe bedürfen einer besonderen Rechtfertigung, schon gar, wenn einem Menschen von Staats wegen bewusst und gewollt Übel zugefügt wird.

Hier setzen die verschiedenen Strafrechtstheorien an, die man in **Vergeltungstheorien**, absolute Theorien, und **Zwecktheorien**, relative Theorien gliedert.

Die **Vergeltungstheorien** werden sakral oder nicht sakral, nur rational begründet. Letzteres hat *Immanuel Kant* getan. *Kant* gründet seine Vergeltungstheorie nicht auf Gott, sondern die Würde des Menschen, und betont, dass der Mensch nie bloßes Mittel zum Zweck sein dürfe. Die Strafe müsse den Menschen deshalb treffen, „weil er verbrochen hat“. Nach dem berühmten Inselbeispiel müsse auch der letzte Bewohner einer Insel bestraft werden, „damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind“.

Den **Zwecktheorien** geht es allein um Gesellschaftsschutz, nicht um Gerechtigkeit. *Anselm von Feuerbach* setzt auf Abschreckung und meint, die Verhängung der Strafe sei notwendig, um den Ernst der Drohung klarzustellen, während *Franz von Liszt* die Spezialprävention in den Vordergrund stellt.

Heute, so liest man weiter im Lehrbuch von *Helmut Fuchs*, sei es üblich, die Legitimation des Strafrechts streng vom Zweck der Strafe zu trennen. Als Zwecke anerkennt *Fuchs* nur General- und Spezialprävention. Vergeltung als Strafzweck sei abzulehnen. Das sei die Konsequenz des säkularisierten Staats und darüber sei man sich einig. Nicht zu übersehen sei allerdings, dass der **Vergeltungsgedanke** über die **Rechtsbewährung** in die Strafzwecke einfließe. Das geschehe

5) Vgl nur 15 Os 129/14f, 130/14b EvBl 2015/42.

6) *W. Stangl*, Soziale Kontrolle in strafrechtlichen und mediativen Verfahren, ÖJZ 2016, 652 (659).

7) Vgl *U. Wesel*, Geschichte des Rechts in Europa (2010) Rz 39.

jedoch nicht um der Gerechtigkeit willen, sondern wie gesagt zur Erzielung rationaler Zwecke.

*Fuchs* geht aber noch weiter, bezeichnet die Rechtsbewährungsfunktion des Strafrechts als unverzichtbar und meint, es gebe „offensichtlich Rechtsgüter wie etwa das menschliche Leben, die durch ein bloßes Schadenersatzrecht nicht ausreichend geschützt werden“ könnten. „Ohne wirkungsvolles Strafrecht“ – so *Fuchs* – „wird der Rücksichtslose zum Klugen, das soziale Gefüge gerät ins Wanken, die gesellschaftlichen Werte verschwimmen und kehren sich um.“

Soweit das Strafrecht auf einem Vorwurf gegenüber dem Täter gründet, dient es der **Begrenzung** für an sich zweckmäßige Strafen. In diesem Sinn wird im Strafgesetzbuch die Schuld des Täters als Grundlage für Strafe und Strafbemessung bezeichnet. Die Instrumentalisierung des Menschen als Mittel zum Zweck soll so verhindert und seine Würde gewahrt werden.

Schuld meint persönliche Vorwerfbarkeit. Es geht darum, ob der Mensch „individuell anders hätte handeln können“. Und an dieser Stelle kommen die Begriffe Determinismus und Indeterminismus ins Spiel. Verzichtet man auf die Unterscheidung von Strafen und vorbeugenden Maßnahmen, stellt sich das Problem nicht. Wer das nicht will, muss nach einem von den Strafzwecken unabhängigen Schuldbegriff Ausschau halten.

*Nowakowski* hat **Schuld als Differenz zum maßgerechten Menschen** verstanden – ein rein normativer Zugang, der das Problem „Willensfreiheit“ umgeht. Ob der Täter „etwas dafür kann“, ist für *Nowakowski* unerheblich. Deshalb wird der Ansatz von *Fuchs* unter Berufung auf *Hassemer* als unzulänglich bewertet: Ein wirklicher **persönlicher Vorwurf** könne dem Täter auf diese Art nicht gemacht werden.

Inhalt des Schuldvorwurfs in Hinblick auf die besondere Rechtsfolge Strafe müsse vielmehr sein: Der Täter habe im Augenblick der Tat die Möglichkeit ge-

habt, sich anders, nämlich zum rechtlich Gesollten, zu entscheiden; er habe sich für das Unrecht entschieden, obwohl er sich für das Recht hätte entscheiden können. Der innere Grund für den Schuldvorwurf liege darin, dass der Mensch auf freie sittliche Selbstbestimmung angelegt und deshalb grundsätzlich befähigt sei, sein Verhalten nach den Normen des rechtlichen Sollens einzurichten und das rechtlich Verbotene zu vermeiden.<sup>8)</sup>

Bei all dem geht es, wie gesagt, nicht um strafgerichtlich ausgesprochene Sanktionen als solche, es geht vielmehr nur um „die besondere Rechtsfolge Strafe“.

Im Gesetz wird Schuld nirgends definiert. Sie wird vorausgesetzt. Sondersituationen, wo nach allgemeiner menschlicher Erfahrung die Entscheidungsfreiheit fehlt, werden als Entschuldigungsgründe normiert, etwa die Zurechnungsunfähigkeit, also die Unfähigkeit, im Tatzeitpunkt Gebotenes von Verbotenem zu unterscheiden und dieser Erkenntnis gemäß zu handeln. Dazu kommen Rechtsirrtum und Notstand.

Wer Bewusstsein als Epiphänomen der Materie, als „eine Entität, die zwar kausal verursacht wurde, aber selbst keine (signifikante) kausale Wirkung hat“, sehen will, hat mit strafgerichtlichen Sanktionen kein Problem. Nur darf er Schuldstrafrecht nicht auf einen sozialetischen Vorwurf gründen.

An prinzipielle Willensfreiheit des Menschen kann man glauben oder nicht. Wer nicht daran glaubt, reduziert ihn allerdings auf ein Objekt und muss seine Würde neu definieren – oder darauf verzichten.

---

8) *H. Fuchs*, Strafrecht AT I<sup>9</sup> 2/1 ff.