

# 1. Kapitel: Einleitung

---

Es ist Aufgabe des Staates, mit Hilfe der Rechtsordnung seinen Rechtsunterworfenen einen Rechtsschutz zu geben. Die Rechtsordnung regelt das gesellschaftliche Leben und dient damit der Aufrechterhaltung des Friedens innerhalb der Gemeinschaft. Um den Schutz von Rechtsgütern zu gewährleisten, muss dafür Sorge getragen werden, dass gesetzliche Bestimmungen von den Normadressaten auch eingehalten werden. Die Strafe als Reaktion auf einen Normverstoß stellt ein Mittel zum Erreichen dieses Zieles dar. Nur schwerwiegende Verstöße gegen die Gemeinschaftsordnung sind mit einer Sanktion bedroht. Diese Sanktionen, greifen teilweise tief in die Persönlichkeitssphäre des Betroffenen ein. Dies gilt insbesondere für die Freiheitsstrafe. Die Konsequenzen eines Rechtsbruchs müssen immer den Gesichtspunkten der **Gerechtigkeit** und **Verhältnismäßigkeit** entsprechen, will man eine entsprechend positive Wirkung beim Betroffenen erwarten. Es wird auch nur eine der Gerechtigkeit und Verhältnismäßigkeit entsprechende Reaktion auf allgemeine Akzeptanz in der Rechtsgemeinschaft stoßen und so ein Zeichen der **Bewährung der Rechtsordnung zur Abschreckung potentieller Täter setzen können**. Mit der Diversion (§§ 198ff Strafprozessordnung, StPO) wurden insb im Bereich der leichten Kriminalität neue Wege beschritten, die es ermöglichen, in sachgerechter Weise auf Normverstöße zu reagieren.

Das Sanktionensystem des StGB unterscheidet grundsätzlich zwischen zwei **Strafarten**: Der **Freiheitsstrafe** (§ 18) und der **Geldstrafe** (§ 19). Zusätzlich können den Verurteilten sonstige **Rechtsfolgen** treffen (zB Amtsverlust, § 27). Neben den Strafen kennt das Gesetz die Möglichkeit der **Maßnahmenverhängung** (§§ 21 ff). Weiters können **vermögensrechtliche Anordnungen**, wie die Konfiskation (§ 19a) oder der Verfall (§ 20) getroffen werden. Im Bereich der Sexualstraftaten besteht zudem die Möglichkeit, ein **Tätigkeitsverbot** auszusprechen, wenn sich die Tat gegen eine minderjährige Person gerichtet hat (§ 220b). Damit soll Tätern, die im Tatzeitpunkt eine Tätigkeit in einem Verein oder einer anderen Einrichtung ausgeübt haben, welche die Erziehung, Ausbildung oder Beaufsichtigung von Minderjährigen eingeschlossen hat (zB Kindergarten, Schule, Betreuungseinrich-

tung), die Ausnützung solcher Tätigkeiten zu zukünftigen Straftaten genommen werden.

## § 1. Voraussetzungen für das Verhängen von Strafen

*Graßberger* Die Strafe, ÖJZ 1961, 169; *Griffel* Prävention und Schuldstrafe, ZStW Bd 98 (1986), 28; *Jakobs* Das Schuldprinzip, in: Veröffentlichungen der Rheinisch-Westfälischen Akademie der Wissenschaften, Geisteswissenschaften: Heft 319 (1993); *Karollus* Zur verfassungsrechtlichen Verankerung des strafrechtlichen Schuldprinzips, ÖJZ 1987, 677; *Moos* Der Schuldbegriff im österreichischen StGB, in: *Triffterer*-FS (1996), 169; *Zipf* Der strafrechtliche Schuldbegriff, JBl 1980, 186.

### I. Anlasstat

- 3 Eine Strafe darf nur als Reaktion auf eine geschehene Straftat verhängt werden. Anknüpfungspunkt für die Strafe ist daher eine kriminelle Anlasstat und nicht eine bloße verbrecherische Gesinnung. Eine verbrecherische Gesinnung muss sich zumindest in Form einer Anlasstat geäußert haben. Wer bloß im Freundeskreis kundtut, dass er demnächst mehrere Einbrüche begehen werde, um seine triste finanzielle Lage zu verbessern, kann noch nicht strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Dazu muss der potentielle Rechtsbrecher seinen Entschluss zur Straftat zumindest durch einen strafbaren Einbruchversuch dokumentiert haben (§ 15 Abs 2 iVm § 129). Der Rechtsgüterschutz durch die Mittel des Strafrechts kann daher erst erfolgen, wenn ein strafrechtlich geschütztes Rechtsgut bereits einer konkreten Gefährdung ausgesetzt wurde. Die Wahrung der **Rechtssicherheit** verlangt als Voraussetzung für die Bestrafung das Vorliegen einer solchen Anlasstat. Nur so kann den Gefahren eines Gesinnungsstrafrechts in ausreichendem Maße entgegengewirkt werden.

### II. Schuldprinzip

- 4 **Schuldstrafrecht – Erfolgsstrafrecht:** Die Anlasstat als objektiv wahrnehmbares äußeres Geschehen reicht allein noch nicht aus, um über den Täter eine Sanktion zu verhängen. Strafbar ist nur, wer schuldhaft handelt (§ 4). Mit § 4 wird programmatisch festgelegt, dass unser Strafrecht ein Schuldstrafrecht und kein Erfolgsstrafrecht ist. Dem Schuldprinzip folgend macht noch nicht allein die Tat als objektives Ereignis den Verursacher strafbar. Die tatbestandsmäßige und rechtswidrige Verwirklichung eines Deliktes muss zudem verschuldet gewesen sein (vgl dazu *Seiler* AT I<sup>4</sup> Rz 20f).
- 5 Ein geistig abnormer Rechtsbrecher, dessen geistige Behinderung so schwerwiegend ist, dass ihm jegliche Unrechtseinsicht fehlt, könnte ebenfalls nicht bestraft werden. Er gilt als zurechnungsunfähig (§ 11). Ein Täter

kann nur dann strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, wenn er mit Unrechtsbewusstsein gehandelt hat.

**Schuld und Unrecht als Bemessungskriterien für die Strafe:** Die Schuld hat im Strafrecht noch eine weitere Bedeutung. Sie ist nicht nur Voraussetzung dafür, dass jemand strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann, das Maß der Schuld ist auch ein wesentliches Kriterium für die Bemessung der Höhe der Strafe (§ 32 Abs 1). Im Rahmen der Strafbemessung tritt neben die Schuld als zweite relevante Komponente noch der Unrechtsgehalt der Tat (OLG Wien ZVR 1980/22). Beide Kriterien hängen eng miteinander zusammen: Ein höheres Unrecht der Tat ist regelmäßig ein Indiz für eine darauf gerichtete höhere Schuld des Täters (EvBl 1979/208). Man spricht vom sog **Tatschuldprinzip**: Das Unrecht eines Mordes (§ 75) ist höher als das Unrecht eines Diebstahls (§ 127). Dem Mörder wird auch regelmäßig ein größerer Schuldvorwurf gemacht werden können als dem Dieb. Beide Komponenten, der Unrechtsgehalt der Tat und die individuelle Schuld des Täters sind Ausgangspunkte für die Bemessung der Strafe (EvBl 1977/270; OLG Wien EvBl 1976/40). Deutlich macht dies ua § 32 Abs 3, wenn als Zumessungskriterien neben der Schuld die **Größe der Schädigung** oder **Gefährdung** und die Anzahl der **Pflichtverletzungen** genannt werden. Dass die Schuld für die Strafverhängung nicht allein entscheidend sein kann, wird auch aus der Strafloserklärung des absolut untauglichen Versuchs (§ 15 Abs 3; *Seiler* AT I<sup>4</sup> Rz 725ff) ersichtlich. Bei einem absolut untauglichen Versuch ist die Schuld des Täters zwar gegeben, nur hat seine Handlungsweise nicht einmal die Möglichkeit einer realen Gefährdung eines Rechtsgutes geschaffen.

**Lebensführungsschuld:** Durchbrochen wird das Tatschuldprinzip, wenn bei der Straf Bemessung die Lebensführung mit einbezogen wird: Es darf zB ein Rückfallstäter über das Gewicht der Anlasstat hinaus nach § 39 strenger bestraft werden. Bei Bemessung der Strafe wirkt zudem erschwerend, wenn der Täter gegenüber rechtlich geschützten Werten eine **ablehnende oder gleichgültige Einstellung** besitzt (§ 32 Abs 2). Hier liegt das gravierende Moment in der **fehlenden Wertverbundenheit**, im fehlenden Bemühen, sich Wertvorstellungen anzueignen, wie sie von der Rechtsgemeinschaft geteilt werden und danach sein Verhalten auszurichten. Werden diese Kriterien berücksichtigt, wird über die Schuld, die dem Täter wegen der konkreten Tat zur Last gelegt werden könnte (Tatschuldprinzip), hinausgegangen. Ist der Täter nicht bereit, das Unrecht seiner Tat einzusehen, wird dem Gericht eine entsprechend höhere Strafe angebracht erscheinen, um ihn vor zukünftigen Straftaten abzuhalten (Spezialprävention, EvBl 1978/49). Einem Anarchisten wird daher die fehlende Wertverbundenheit mit den Rechtsgütern jener Gemeinschaft, die er ablehnt, nicht entlastend sondern belastend angerechnet. Mit rechtsstaatlichen Grundsätzen unver-

einbar wäre es aber, wenn zB ein Rechtsmittelgericht aus der Tatsache, dass der Beschuldigte ein Rechtsmittel erhoben hat, ableitet, dass er nicht gewillt ist, das Unrecht seiner Tat einzusehen und daher die Höhe der Strafe hinaufsetzt. Die Inanspruchnahme verfahrensrechtlicher Möglichkeiten darf dem Beschuldigten nie nachteilig zur Last gelegt werden. Dies gilt auch dann, wenn Verfahrensanträge gestellt oder Rechtsmittel eingebracht werden, die von vornherein als aussichtslos hätten erscheinen müssen und nur eine erhebliche Verfahrensverzögerung bewirkt haben.

- 8 Der Umstand, dass andere Tatbeteiligte oder Hehler nicht vor Gericht gestellt werden können, darf dem gefassten Täter ebenfalls nicht als erschwerend zur Last gelegt werden (SSt 51/7). Dem Täter darf immer nur die Schuld und der Unrechtsgehalt seiner eigenen Tat zur Last gelegt werden. Niemand darf dafür bestraft werden, was andere begangen haben.

## § 2. Maßnahmen an Stelle von Strafen

*Eder-Rieder*, Die freiheitsentziehenden vorbeugenden Maßnahmen (1985); *Medigovic*, Freiheitsentziehende vorbeugende Maßnahmen in Österreich (1986).

- 9 Das StGB sieht eine **Zweispurigkeit im Sanktionensystem** vor: Den **Strafen** werden die **Maßnahmen** zur Seite gestellt. Da sich die Strafe an der Schuld orientiert, könnten Täter, die zB aufgrund ihrer geistigen Abnormität Delikte begehen (§ 21), nur milder bzw gar nicht bestraft werden. Dieser Konsequenz soll durch das Verhängen von Maßnahmen vorgebeugt werden. **Maßnahmen** orientieren sich nicht an der Schuld, sondern an der **Gefährlichkeit des Täters**. Das Schuldprinzip wird dabei durchbrochen. Der geistig abnorme Rechtsbrecher, der im Zustand der Zurechnungsunfähigkeit eine Tat begangen hat, könnte zwar nicht bestraft, aber in eine Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher eingewiesen werden (§ 21 Abs 1).
- 10 Es wäre der Rechtssicherheit jedoch abträglich, würde allein die Gefährlichkeit einer Person ausreichen, eine Maßnahme zu verhängen. Auf eine Straftat als **Anlasstat** kann daher auch beim Verhängen einer Maßnahme nicht verzichtet werden: Wer aufgrund seines krankhaften Verfolgungswahns wiederholt ankündigt, seine vermeintlich untreue Ehegattin umzubringen, darf nicht vorweg in eine Anstalt eingewiesen werden, um seine Gattin vor einem möglichen Mordanschlag zu schützen. Solange der paranoide Ehegatte nicht zumindest in Form eines strafrechtlich relevanten Angriffs gegen seine Ehegattin tötlich wird (zB gefährliche Drohung, § 107; Mordversuch §§ 15, 75), kann das Strafrecht nicht eingreifen. Maßnahmen sollten ihrer Natur nach keinen Strafcharakter besitzen, wenngleich die damit verbundene Freiheitsbeschränkung in der Wirkung einer Strafe gleichkommt. Der Vorwurf des Etikettenschwindels wird daher wohl immer im

Raum stehen. Vor allem bei der Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter (§ 23) zeigt sich dies deutlich.

Teilweise wird die **Diversion** (§§ 198ff StPO, Rz 391ff) als eine Art „dritte Spur“ im Sanktionensystem bezeichnet (*Kienapfel/Höpfel/Kert* AT<sup>15</sup> E 10 Rz 2). Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, dass es sich bei der Diversion um eine verfahrensrechtliche - und daher in der StPO geregelte - Möglichkeit eines Rücktritts von der Strafverfolgung unter bestimmten Bedingungen handelt (vgl Rz 391ff). Die angebotenen Diversionsmaßnahmen sind auch keine Sanktionen. Das Verhängen einer Sanktion wäre nämlich nicht möglich, da dies eine rechtskräftige Verurteilung erfordert, die gerade bei einer diversionellen Erledigung fehlt. Der Beschuldigte gilt daher, auch wenn er den Diversionsvorschlag annimmt, weiterhin als unschuldig (Unschuldsumutung, § 8 StPO). Die Diversion darf nicht mit dem Sanktionensystem des StGB vermergt werden.

### § 3. Welchem Zweck dient die Strafe?

*Bertel*, Die Generalprävention, in: *Pallin-FS* (1989), 31; *Delle-Karth*, Die Fiktion der Generalprävention, RZ 1985, 146; *Hartmann* Prävention und Strafe, RZ 1980, 69; *Hauptmann*, Sozialpsychologische Aspekte der Generalprävention, RZ 1977, 113; *ders.*, Strafzumessung und Sanktionsempfindlichkeit, StPdG 2001, 271; *Huber*, Strafzwecke – Vollzugszwecke – Vollzugsziel, RZ 1976, 234; *Kaiser* Zweckstrafe und Menschenrechte - Das „Marburger Programm“ hundert Jahre später – Eine Bilanz, in: Strafzumessung – Alternativen zur Freiheitsstrafe – Reform des Jugendstrafrechts, Schriftenreihe des BMJ Bd 12 (1982), 327; *Miklau*, Nochmals: Zur „Fiktion der Generalprävention“ bei Trunkenheitsdelikten, RZ 1985, 219; *Miklau/Schroll* (Hrsg.), Diversion. Ein anderer Umgang mit Straftaten (1999); *Moos* Positive Generalprävention und Vergeltung, in: *Pallin-FS* (1989), 283; *Nowakowski*, Freiheit, Schuld, Vergeltung, in: *Rittler-FS* (1957), 55; *Nurscher/Schmid*, Zum Artikel: „Die Fiktion der Generalprävention“, RZ 1985, 180; *Platzgummer*, Strafe, Schuld und Persönlichkeitsadäquanz, in: *Pallin-FS* (1989), 319; *Sautner/Hirtenlehner*, Was wollen Opfer? RZ 2009, 209; *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe<sup>2</sup> (1971); *Eb. Schmidt*, Vergeltung, Sühne und Spezialprävention, ZStW Bd 67 (1955), 177; *Zipf*, Neue Entwicklungen bei der Lehre von den Strafzwecken, RZ 1987, 126.

**Vergeltung:** Die Strafe muss einem bestimmten Zweck dienen, um ihre Verhängung zu rechtfertigen. Man kann den alleinigen Zweck einer Strafe in der Vergeltung für geschehenes Unrecht sehen. Der Strafe würde dann nur die Funktion zukommen, geschehenes Unrecht auszugleichen. Weiterreichende Zielsetzungen, wie zB die Besserung des Täters oder die Abschreckung potentieller Täter werden dann mit ihrer Verhängung nicht verfolgt. Der reinen Vergeltung haftet viel an **archaischem Rachebedürfnis** an. Dies scheint heutigen Anschauungen nicht mehr zu entsprechen, wenngleich sich kaum leugnen lässt, dass jeder Strafe auch eine Vergeltung für begangenes

11

Unrecht innewohnt und der Täter die Strafe meist auch als bloße Vergeltung empfinden wird. Wohl nur vereinzelt werden Täter die verhängte Strafe als Mittel sehen, durch das sie resozialisiert und wieder auf den rechten Weg gebracht werden sollen. Gerade der Vollzug von Freiheitsstrafen bewirkt häufig Gegenteiliges, wenn der Verurteilte dadurch seine sozialen Anschlüsse verliert. Der Weg zurück in ein normales gesellschaftliches Leben ist ihm nach Verbüßung einer Haftstrafe meist versperrt, indem ihm zB eine Arbeitsstelle und damit verbunden eine redliche Einkunftsquelle verweigert wird. Die Strafe wird dann nicht resozialisieren, sondern aufgrund ihrer Folgewirkungen dem Abgleiten in die Kriminalität sogar eher förderlich sein.

- 12 Sühne:** In Ablehnung des Vergeltungsgedankens wird zum Teil die Funktion der Strafe auch in der gerechten Sühne für die Tatschuld erblickt. Ob der Täter die Strafe als Sühne empfindet, hängt jedoch einzig und allein von seiner individuellen Einstellung ab. Gezwungen kann er zur Sühne nicht werden. Der politische Überzeugungstäter wird die Strafe für seine Terroranschläge wohl kaum als gerechte Sühne sondern eher als „ungerechtfertigte“ Vergeltung verstehen.
- 13 Spezial- und Generalprävention:** Gesetzesentwicklung und Judikatur tendieren dazu, den Zweck einer Strafe verstärkt darin zu sehen, eine **positive Wirkung für die Zukunft** zu entfalten. Die Strafe soll einerseits eine Änderung des Täters einleiten und bewirken, dass er in Zukunft keine weiteren Straftaten mehr begeht (Spezialprävention). Andererseits soll der Allgemeinheit vor Augen geführt werden, dass ein Gesetzesbruch nicht sanktionslos bleibt. Damit ist die Strafe auch Deklaration eines Unwerturteils über die Tat und vermag in der Rechtsgemeinschaft der Wertbildung und der Festigung des Rechtsbewusstseins zu dienen (positive Generalprävention; RZ 1983/75). Potentielle Rechtsbrecher sollen so abgeschreckt werden, Straftaten zu begehen (negative Generalprävention).
- 14** Bei der Verhängung einer Strafe steht heute vielfach der Gedanke einer dadurch beabsichtigten Besserung des Täters im Vordergrund. Rein spezialpräventive Kriterien können jedoch nicht hinreichend die Zielsetzung einer Sanktion wiedergeben. Sieht man den Zweck einer Strafe ausschließlich in der Spezialprävention, müsste ein Täter ohne jede Sanktion bleiben, der in einer einmaligen Ausnahmesituation eine schwere Tat begangen hat und inzwischen wieder resozialisiert ist, so dass es keiner Reaktion der Rechtsordnung mehr bedarf, um ihn von weiteren Straftaten abzuhalten. Dies machen vor allem Fälle deutlich, bei denen sich die Situation, welche zur Begehung der Tat geführt hatte, kaum wiederholen wird:
- 15** Wären ausschließlich spezialpräventive Gesichtspunkte maßgeblich, dürfte zB ein Kriegsverbrecher, der seit Jahrzehnten, ohne straffällig geworden zu sein, unbehelligt in der Rechtsgemeinschaft lebt, nicht mehr bestraft werden, da es keiner Bestrafung zu seiner Resozialisierung bedarf. Dennoch erscheint es unangebracht, ihn nach Jahren vollkommener Wiedereingliede-

rung in die Gemeinschaft von jeder Strafe freigehen zu lassen. Entsprechendes gilt für einen Bankdirektor, der durch wissentlichen Missbrauch seiner Befugnisse seiner Bank schwere finanzielle Schäden zugefügt hat (§ 153), von denen man erst nach seiner Pensionierung erfahren hat. Nach seiner Verurteilung wird dieser kaum mehr eine Gelegenheit bekommen, gleichartige Straftaten zu begehen. In beiden Fällen stehen bei der Sanktionsverhängung die Gedanken der Vergeltung und Generalprävention im Vordergrund.

Der Zweck einer Strafe wird daher auch noch darin erblickt, potentielle Täter davon abzuhalten, vergleichbare Delikte zu begehen. Es wäre aber bedenklich, generalpräventiven Kriterien bei der Strafverhängung das Hauptgewicht zuzugestehen, denn damit würde gleichzeitig zum Ausdruck gebracht, dass am Einzelnen ein abschreckendes Beispiel für die Allgemeinheit statuiert werden soll. Die individuelle Schuld des Täters muss immer die oberste Grenze bei der Strafzumessung bilden. Es scheint wohl auch zweifelhaft, ob das Verhängen und der Vollzug einer Strafe überhaupt eine generalpräventive Wirkung entfalten kann. Die Strafrechtsgeschichte hat gelehrt, dass selbst drakonische und öffentlich vollzogene Strafen für vergleichbar harmlose Delikte keine nachweisbar abschreckende Wirkung besitzen. Im Zeitpunkt der Tat denkt der Täter in der Regel nicht an die angedrohte Strafe, sondern meist nur daran, wie hoch das Risiko ist, als Straftäter überführt zu werden. Eine **effektive Strafverfolgung** kann daher eine weitaus **höhere generalpräventive Wirkung** entfalten als jede Strafe. Gerade im Bereich der Wirtschaftskriminalität und Korruption, in dem die Aufklärungsquote gering und die Dunkelziffer sehr hoch ist, wird dies besonders deutlich.

**StGB:** Das StGB selbst enthält **keine ausdrückliche Aussage** über Sinn und Zweck der Strafe. Der Gesetzgeber wollte sich in dieser Frage offenbar bewusst nicht festlegen (RV 30.BlgNR 13.GP, 121). Viele Bestimmungen weisen jedoch auf die Relevanz spezial- bzw generalpräventiver Gesichtspunkte hin (§§ 37, 43, 46 etc). Nur eine Kombination aller angeführten Kriterien wird als brauchbare Grundlage zur Umschreibung von Ziel und Zweck der Strafe dienen können.

**Rechtsprechung:** Die Judikatur weist der Strafe verschiedene Zwecke zu, die entsprechend dem jeweiligen konkreten Einzelfall unterschiedliches Gewicht erlangen können. Ihrem Kern nach soll die Strafe Sühne für geschehenes Unrecht sein (OLG-Wien ZVR 1980/22). Die Rechtsprechung betont, dass die Strafe dem Schuld- und Unrechtsgehalt der Tat und der Persönlichkeit des Täters entsprechen soll (EvBl 1976/147). Die konkrete Strafhöhe in einem Urteil anhand dieser Kriterien zu begründen ist natürlich schwer, da es sich dabei um Komponenten handelt, die miteinander nicht vergleichbar sind. Es lässt sich kaum rational nachprüfbar darlegen, wie viele Tage Freiheitsstrafe dem Schuld- und Unrechtsgehalt eines Deliktes, zB eines Einbruchsdiebstahls, als angemessen entsprechen.

16

17

18