



## WANDLUNGEN DES STRAFRECHT- LICHEN SCHULDBEGRIFFS IN DEUTSCHLAND UND ÖSTERREICH \*

**Hans-Heinrich Jescheck**

*Em. Universitätsprofessor*

*em. Direktor des Max-Planck-Instituts für Ausländisches und  
Internationales Strafrecht in Freiburg i. Br.*

JESCHECK, Hans-Heinrich. Wandlungen des strafrechtlichen Schuldbegriffs in Deutschland und Österreich. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2003, núm. 05-01vo, p. 01:1-01:17. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc05-01vo.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 05-01vo (2003), 1 ene]

**ZUSAMMENFASSUNG:** Der Vortrag behandelt mit dem Schuldbegriff ein Grundproblem der Strafrechtstheorie rechtsvergleichend in Deutschland und Österreich. Im historischen Teil werden der psychologische und normative Schuldbegriff dargestellt und die charakterologische Schuldauffassung in Österreich erklärt. Der Hauptteil befasst sich mit dem Problem der Willensfreiheit im Hinblick auf den strafrechtlichen Schuldbegriff in beiden Ländern. Zum Schluss kommen die Gegner

des Schuldprinzips zum Wort. Es wird gezeigt, dass die Reform des Sanktionensystems durch konsensuale Lösungen kein Ende des Schuldprinzips bedeutet.

**DESKRIPTOREN:** Schuldbegriff; psychologische, normative, charakterologische Schuldauffassung, Willensfreiheit und Schuldprinzip; funktionale Schuldlehre; Gegner des Schuldprinzips; Reform des Sanktionensystems.

Fecha de publicación: 1 enero 2003

**Korrespondenz:** em. Univ.-Prof. Dr. Dr. h. c. mult. *Hans-Heinrich Jescheck*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Günterstalstrasse 73, D-79100 Freiburg i. Br., Deutschland.

Die Schuld ist Grundlage dafür, dass der Täter für die von ihm begangene tatbestandsmäßige und rechtswidrige Handlung durch staatliche Strafe persönlich verantwortlich gemacht werden kann. Sie ist sowohl Voraussetzung der Strafbarkeit als auch Masstab der Strafzumessung (1). In dieser doppelten Bedeutung der Schuld spricht man vom Schuldprinzip. Beide Aspekte des Schuldprinzips sind in Deutschland und Österreich geltendes Recht. In Deutschland ist die Schuld nach § 46 Abs 1 S 1 StGB „Grundlage für die Zumessung der Strafe“; dasselbe sagt in Österreich § 32 Abs 1 StGB. Dass die Schuld auch Voraussetzung der Strafbarkeit überhaupt ist, wird im deutschen Strafgesetzbuch zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, ergibt sich aber aus dem Zusammenhang. Auf die Schuld als Voraussetzung der Strafbarkeit bezieht sich ferner der bekannte Ausspruch des Bundesverfassungsgerichts: Dem Schuldprinzip „kommt verfassungsrechtlicher Rang zu. Er ist im Rechtsstaatsprinzip begründet“ (BverfGE 20,

323, 331) (2). In Österreich ist auch die Strafbegründungsschuld im Gesetz durch den Kernsatz verankert: „Strafbar ist nur, wer schuldhaft handelt“ (§ 4 StGB). Damit ist gesagt, dass die Rechtsordnung den zurechnungsfähigen Menschen nur für schuldhaft verursachtes Unrecht durch Strafe verantwortlich macht, und Gleiches ist auch in Deutschland der Fall. Für beide Länder gilt somit einmal, dass Strafe überhaupt Schuld voraussetzt, so dass, wer ohne Schuld handelt, nicht bestraft werden kann, zum anderen, dass die Strafe jedenfalls das Mass der Schuld nicht überschreiten darf (*nulla poena sine culpa*). Das Strafrecht ist deswegen in *beiden* Ländern, wie man sagt, „Schuldstrafrecht“.

Während das Schuldprinzip –keine Strafe ohne Schuld, Strafe nur nach dem Mass der Schuld- in Deutschland und Österreich seit dem 19. Jahrhundert feststeht, ist der Begriff der Schuld mannigfachen Wandlungen unterworfen gewesen und auch heute wieder besonders umstritten. Es geht dabei um die Frage, in welcher Weise die subjektive Zurechnung einer tatbestandsmässigen und rechtswidrigen Handlung an seelische Eigenschaften und Regungen des Täters gebunden werden kann und wie insb eine auf die Schuld des Täters bezogene Strafe als staatliche Reaktion auf die Tat nach Grund, Art und Mass zu rechtfertigen ist.

I. In der *dogmengeschichtlichen Entwicklung* des Schuldbegriffs lassen sich drei Stufen unterscheiden (3).

1. Der bis in die Anfänge unseres Jahrhunderts herrschende *psychologische Schuldbegriff* ist aus dem juristischen Denkstil des wissenschaftlichen Positivismus hervorgegangen. Dieser ältere, noch ganz formale Schuldbegriff stellte auf die mit Mitteln der Beobachtung erkennbaren und einer Beschreibung zugänglichen Fakten im seelischen Erscheinungsbild des Täters einer Straftat ab. Massgebende *deutsche* Autoren der Vergangenheit haben die Schuld in dieser Weise als seelisches Faktum verstanden. Bei *Franz v. Liszt* (4) bestand die Schuld aus der Zurechnungsfähigkeit des Täters und den beiden Schuldarten Vorsatz und Fahrlässigkeit, bei *Gustav Radbruch* (5) nur aus den beiden rein psychologisch aufgefassten Schuldarten, bei *Ernst Beling* (6) in „der psychischen Beziehung des Täters zur Tat“. In *Österreich* ist bei dem psychologischen Schuldbegriff in erster Linie an den grossen Rechtstheoretiker der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts *Georg Jellinek* (7) zu denken, für den die Geisteswissenschaft nur „empirisch“ sein konnte und sich der induktiven Methode der Naturwissenschaft zu bedienen hatte. Die Umsetzung der möglichen seelischen Beziehungen des Täters zur Tat in die Kategorien des Strafrechts, differenziert nach den drei Schuldarten Absicht, Wissentlichkeit und Fahrlässigkeit, findet sich ausgeprägt bei *Alexander Löffler* (8) und *August Michèka* (9). Auch *Heinrich Lammasch* (10) ist der psychologischen Richtung im Schuldbegriff zuzurechnen.

2. Die um die Jahrhundertwende einsetzende Abkehr vom wissenschaftlichen Positivismus und Hinwendung zum Neukantianismus führten dazu, dass auch im Strafrecht an die Stelle der naturwissenschaftlichen Methode des Beobachtens und Beschreibens wieder eine eigene geisteswissenschaftliche Methode des Verstehens und Bewertens trat.

Im Zuge dieser Entwicklung wurde die psychologische Schuldauffassung durch den *normativen Schuldbegriff* abgelöst, als dessen Begründer *Reinhard Frank* (11) gilt. Für ihn war Schuld „Vorwerfbarkeit“ der Tat, und zwar bezogen auf ein Verhalten, das durch die Zurechnungsfähigkeit des Täters, seine psychische Beziehung zur Tat in Gestalt von Vorsatz oder Fahrlässigkeit und die Normalität der begleitenden Umstände bestimmt ist. Die abschliessende Gestalt hat der normative Schuldbegriff in Deutschland durch *James Goldschmidt* und *Edmund Mezger* gefunden. *Goldschmidt* (12) gab ihm einen einheitlichen materiellen Inhalt durch den Gedanken der Pflicht zur Normbeachtung, einer Pflicht, die von dem Anspruch der Norm auf Rechtsgehorsam ausgeht. Auch für die Fahrlässigkeit entdeckte *Goldschmidt* in dem modernen Begriff der Sorgfaltspflichtverletzung die schuldbegründende Nichtbeachtung einer Pflichtnorm. Für *Mezger* (13) war Schuld die Gesamtheit der Voraussetzungen, die die persönliche Vorwerfbarkeit der rechtswidrigen Handlung begründen. Konkreter gesagt: Schuld ist bei ihm psychologischer „Schuldsachverhalt“ und normatives „Werturteil über den Schuldsachverhalt“ in einem. Die rechtswidrige Handlung erscheint dabei „als rechtlich missbilligter Ausdruck der Persönlichkeit des Handelnden“. Mit dieser Formulierung schlug *Mezger* schon eine Brücke zu dem zuvor in Österreich entstandenen und für das geltende Recht unseres Nachbarlandes massgeblich gewordenen „charakterologischen Schuldbegriff“, denn Persönlichkeit war bei *Mezger* nicht der individuelle Täter, sondern „die erfahrungsmässig gegebene Persönlichkeit“.

In Österreich übernahm *Theodor Rittler* alsbald den normativen Schuldbegriff (14). Ihm war *Hermann Roeder* vorausgegangen mit der Unterscheidung von rein psychologischem Vorsatz auf der einen Seite sowie Bewusstsein der Rechtswidrigkeit und Zumutbarkeit des Rechtsgehorsams als normativen Elementen des Schuldbegriffs auf der anderen (15). *Rittler* vertrat den normativen Schuldbegriff mit deutlicher Bezugnahme auf die charakterologische Schuldauffassung. Er sagte: „Die Pflichtwidrigkeit der Willensbestimmung leitet sich nicht daraus ab, dass der Täter auch anders hätte handeln können, sondern daraus, dass er kraft seiner Eigenart, gemäss seinem Charakter eben schlecht, unrecht gehandelt hat“ (16). *Rittler* beruft sich für diese Wendung des normativen Schuldbegriffs auch auf deutsche Autoren wie *Karl Engisch*, nach dem die „Charakterschuld den Menschen für das zur Verantwortung zieht, was er ist“ (17), und auf *Ernst Heinitz*, der unumwunden sagt, „dass im Strafrecht jedermann für das einzustehen hat, was er ist“ (18).

Die *charakterologische Schuldauffassung* als Weiterentwicklung des normativen Schuldbegriffs hat in Österreich am stärksten in der Schuldlehre von *Friedrich Nowakowski* (19) Ausdruck gefunden. Er knüpfte an seinen Lehrer *Ferdinand Kadečka* an, der schon 1936 erklärt hatte: „Nicht, ob der Täter anders handeln konnte, soll über sein Schicksal entscheiden, sondern ob ein rechtschaffener und gewissenhafter Mensch anders gehandelt hätte. Dass der Täter das *nicht* kann, was andere können, das ist ja gerade der Grund, warum wir ihn durch die Strafe oder Sicherungsmassregel korrigieren oder aus der Gemeinschaft ausschalten wollen“ (30). Der Unterschied zwischen Strafe und Massregel verschwimmt, die Strafe wird, „von einer Massnahmenkomponente gleichsam unterwandert“ (21). *Nowakowski* hätte sich für seine Lehre auch auf einen der

grossen österreichischen Autoren des 19. Jahrhunderts, *Wilhelm Wahlberg* berufen können, der seine Grundthese wie folgt formuliert hat: „Der Täter hätte ein anderer sein können und in dem, was er ist und dementsprechend tut, liegt seine Schuld“(22). Warum er für das, was er ist, strafrechtlich verantwortlich gemacht werden kann, bleibt bei *Wahlberg* freilich offen. Auch *Nowakowski* hat die Freiheitsfrage offen gelassen, wenn er auch den Täter nicht mit der gleichen Schroffheit wie *Kadečka* und *Wahlberg* mit seiner objektiven Verantwortlichkeit als der unausweichlichen Folge seiner Veranlagung belastete: „Ob der Mensch wesentlich frei ist und seine sittliche Verantwortung auf dieser Freiheit beruht“ –so sagt er-, „ist eine ganz andere Frage als die, ob er diese Freiheit einer bestimmten Entscheidung gegenüber besass“ (23). Rechtliche Schuld bestehe „unabhängig vom Auch-anders-Können in der Nichterfüllung eines vom Recht gesetzten Masses“ (24). Schuld sei letztlich das rein faktische „Zurückbleiben hinter der Reaktionsweise eines massgerechten Menschen“, das heisst, „eines mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen abgestellt (26), obwohl dieses Niveau auch für den voll zurechnungsfähigen Täter nach seiner Herkunft, Erziehung und Lebensgeschichte nicht selten unerreichbar sein wird.

3. Eine andersartige Fortentwicklung des normativen Schuldbegriffs stellte in *Deutschland* die *Schuldlehre des Finalismus* dar. Die ontologische Begründung des Verbrechensbegriffs durch *Hans Welzel* führte zu dem bekannten Ergebnis, dass der Tatbestandsvorsatz und die objektive Sorgfaltsverletzung bei der Fahrlässigkeit aus dem Schuldbegriff ausscheiden und dem Unrechtstatbestand zugeordnet werden, so dass im Schuldbegriff nur rein normative Elemente –Bewusstsein der Rechtswidrigkeit und Zumutbarkeit normtreuen Verhaltens- übrigbleiben. Schuld ist für *Welzel* nur noch das „Dafür-Können der Person für ihre rechtswidrige Willensbildung“(27). Auf welche Weise aber die Verantwortlichkeit des schuldigen Menschen für den Tatentschluss begründet werden kann, wird auch von *Welzel* nicht gesagt. Wie man die Straftat vermeidet, wie der Einsatz der „Ich-Steuerung“ mit dem Ziel rechtmässigen Handelns tatsächlich stattfindet, ist nach *Welzel* nicht erkennbar und bleibt das „Geheimnis“ der Willensfreiheit (28). In *Österreich* hat die finale Handlungslehre als Grundlage eines ontologisch verstandenen Verbrechensbegriffs keine Nachfolge gefunden (29), wiewohl sich natürlich die daraus von *Welzel* abgeleiteten Veränderungen des Straftatsystems auch hier durchgesetzt haben, da sie sich auch unabhängig von der finalen Handlungslehre überzeugend begründen lassen (30). Das Problem der Rechtfertigung des Schuldvorwurfs blieb dagegen in *Österreich* eine Frage, die man ohne Rückgriff auf die Willensfreiheit pragmatisch über den Charakter des Täters zu lösen suchte.

Wir stehen damit in *Österreich* an der Schwelle des Strafgesetzbuchs von 1974, das die Schuldauffassung *Nowakowskis* übernommen hat. Die Entwicklung in *Deutschland* ist dagegen offener gewesen, weil das 1975 aus der Grossen Strafrechtsreform hervorgegangene neue Strafgesetzbuch den Schuldbegriff nicht festgeschrieben, sondern der Präzisierung durch Wissenschaft und Praxis überlassen hat. Die heute herrschende Dogmatik wird wesentlich durch die Grundgedanken bestimmt, die *Wilhelm Gallas* auf der Strafrechtslehrertagung 1954 in Tübingen (31) und 1967 in Münster (32) vorgetragen hat.

**II.** Nach dem historischen Rückblick möchte ich im zweiten Teil meines Vortrags die verschiedenen *Formen des Schuldbegriffs* im heutigen Deutschland kennzeichnen und dazu die in Österreich vertretenen Lehrmeinungen in Beziehung setzen.

1. In *Deutschland* gibt es noch immer eine kraftvolle, von der idealistischen Philosophie beeinflusste Richtung, die den Schuldbegriff auf die als Realität verstandene Existenz der Entscheidungsfreiheit des Menschen gründet. Die Freiheit wird hier also nicht nur postuliert, sondern als nachweisbare anthropologische Gegebenheit begriffen. Vor allem *Arthur Kaufmann* hat diesen Gedanken in den Mittelpunkt seiner Arbeiten über Schuld und Strafe gestellt und ihm ein naturrechtliches Fundament gegeben. „Das Schuldprinzip“ -so sagt er- „ist ein Grundsatz der sittlichen Welt, eine *lex naturalis* und hat daher absolute Geltungskraft“(33). Die Frage, „ob der Mensch zur freien Selbstbestimmung befähigt ist“, beantwortet er durch den Satz: „Der Akt sittlicher Freiheit besteht nicht in einem Nein zur kausalen Determination, vielmehr in deren Überdetermination, das heisst, im Hinzufügen einer eigenen Determinante besonderer Art, einer Determinante, die nicht aus dem Kausalgefüge der Welt stammt, sondern aus ihrem Sinngefüge“ (34). Auch für *Ernst Amadeus Wolff* ist die Frage nach der Freiheit „eine Frage nach dem, was wirklich ist“. Er beantwortet sie durch den Satz, „dass es keinen zwingenden Grund gibt anzunehmen, der Mensch sei nach Notwendigkeitsregeln determiniert“, vielmehr sei Freiheit „das Vermögen, etwas nach eigenem Sinn ins Werk zu setzen“. In Anlehnung an *Kant* bedeutet für ihn das Begreifen dieser Möglichkeit zugleich die „genügende Sicherheit für die Annahme der Freiheit“ (35). Von den Jüngeren nenne ich hier nur *Michael Köhler*, der besonders auf *Hegel* zurückgreift, mit dem Kernsatz aus seinem Allgemeinen Teil: „Schuld ist der freie (selbstbestimmte) Entschluss zur Unrechtsmaxime, das heisst, zur Verletzung des Rechts ‚als Recht‘ in bestimmt tatbestandsmässiger Weise“(36). Auch *Bernd Schünemann* wäre hier zu erwähnen, der die Existenz der Willensfreiheit als eine „anthropologische Grundbefindlichkeit“ versteht, die in der grammatischen Struktur der Sprache Ausdruck finde (37), jedoch folgt er dieser Erkenntnis gerade nicht für das Strafrecht, weil für ihn „eine Strafe, die allein dem Präventionszweck dient, auch nur vom Präventionszweck her bestimmt werden kann“(38). Der Bundesgerichtshof hat sich schon 1952, also lange vor dem neuen Strafgesetzbuch, programmatisch zur Entscheidungsfreiheit und einem darauf gestützten Schuldbegriff bekannt. In dem Beschluss des Grossen Senats für Strafsachen zum Verbotsirrtum heisst es: „Der innere Grund des Schuldvorwurfs liegt darin, dass der Mensch auf freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung angelegt und deshalb befähigt ist, sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden, sein Verhalten nach den Normen des rechtlichen Sollens einzurichten und das rechtlich Verbotene zu vermeiden, sobald er die sittliche Reife erlangt hat“ (BGHSt 2, 194, 200). Dies dürfte auch noch immer unausgesprochen der Leitsatz unserer Praxis sein. Von *österreichischer* Seite steht dem eine ebenso apodiktische, allerdings vereinzelt gebliebene Entscheidung des Obersten Gerichtshofs aus dem Jahre 1958 gegenüber, ergangen also ebenfalls noch

vor dem Strafgesetzbuch von 1974, die *Nowakowskis* Schuldlehre erstmals zur praktischen Anwendung brachte. Unwiderstehlicher Zwang im Sinne des § 2g des alten StG sei anzunehmen, „wenn ein Delikt unter Umständen und aus Motiven begangen wurde, die auch einen masstabgerechten Menschen dazu bestimmt hätten...Es entscheidet kein individuelles Können, sondern ein generelles Sollen“ (SSSt 29/83) (39).

Wie dem auch sei, es gibt jedenfalls einen *experimentellen* Nachweis der Entscheidungsfreiheit des Menschen in der Tatsituation bisher *nicht*. Der Hirnforscher *Wolf Singer* (40) berichtete kürzlich in seinem Festvortrag bei der Fünfzig-Jahrfeier der Max-Planck-Gesellschaft in Göttingen über den letzten Stand der Forschung auf seinem Gebiet. Danach ist das Gehirn ein „extrem distributiv organisiertes System“. Ein Zentrum, in dem alle Informationen zusammenkommen und einer einheitlichen Interpretation zugeführt werden, ist nicht feststellbar. Die Hirnforschung ist aber auf dem Wege, „Verhaltensphänomene, einschliesslich psychischer und mentaler Funktionen, durch neuronale Kommunikationsprozesse zu erklären“. Jedoch beginnen, auch wenn dies gelingen sollte, *danach* erst die uns beschäftigenden Fragen, die *Singer* selbst folgendermassen formuliert hat: „Wie verhält es sich dann mit unserer Erfahrung, dass wir frei entscheiden können? Wie verhält es sich mit Schuldzuschreibungen und unserem Kulturgut der Verantwortlichkeit? Wie sollen wir mit der Erkenntnis umgehen, dass in unserem Gehirn kein Konvergenzzentrum auszumachen ist, wo allein Entscheidungen fallen, wo Handlungspläne entworfen werden und wo das Bewusstsein seinen Sitz hat? Wie sollen wir uns vorstellen, dass ein willentlicher Entschluss gefasst wird, der dann auf unser Gehirn einwirkt, damit dieses, dem willentlichen Impuls gehorchend, diese oder jene Aktion ausführt? Wo sollen wir das selbstbestimmte Ich verorten, das wir wahrnehmen, als sei es von Hirnfunktionen losgelöst und ihnen gegenübergestellt?“

Angesichts des danach weiterhin ungelösten Rätsels, wie die Entstehung eines Entschlusses und seine Umsetzung in eine Handlung mittels des Zusammenspiels einer Vielzahl von Gehirnzellen zu erklären ist, kann man verstehen, dass heute in unserer Wissenschaft wenig Bereitschaft besteht, die Entscheidungsfreiheit des Täters in der Tatsituation als real vorhanden anzunehmen und zur Grundlage des strafrechtlichen Schuldvorwurfs zu machen. So habe ich auch in der *österreichischen* Literatur keine Stimme mehr gefunden, die diesen direkten Weg der Begründung der Verantwortlichkeit des Täters in Strafrecht empfehlen wollte. *Winfried Platzgummer*, der die charakterologische Schuldauffassung als Grundlage des Schuldvorwurfs *nicht* für ausreichend hält (41), weil die Strafe als sozialetischer Tadel nur dann sinnvoll sei, wenn der Täter für seinen Mangel an Wertverbundenheit „etwas kann“ (42), verweist letztlich auf die Entscheidung des Gesetzgebers. Dieser geht aber, wie *Platzgummer* einräumt, davon aus, dass der Täter so, wie er eben ist, grundsätzlich für seine Tat einzustehen hat und dass das Gesetz eine Entschuldigung nur dann zulässt, wenn Anhaltspunkte für einen gesetzlich anerkannten Schuldausschlussgrund vorliegen (43). *Helmut Fuchs*, der strafrechtliche Schuld ebenfalls als sittliche Schuld versteht und prinzipiell auf die „Möglichkeit der Selbstbestimmung“ gründet, kommt gleichwohl zu dem Ergebnis, dass diese Schuld im Einzelfall sich menschlicher Beurteilung entzieht und dass dem Richter deswegen gar nichts anderes übrig bleibt als zu „generalisieren“ (44). *Otto Triffterer*

betrachtet das „subjektive Gefühl der Entscheidungsfreiheit“ als „ausreichende Grundlage, um mit der Schuld einen persönlichen Vorwurf zu rechtfertigen“ (45). *Diethelm Kienapfel* nimmt auch für das heutige Strafgesetzbuch den Vergeltungsgedanken in Anspruch, weil „Strafe sowohl von Betroffenen als auch von der Allgemeinheit (zumindest auch) als Vergeltung empfunden wird“ (46). Das österreichische Strafgesetzbuch selbst bekennt sich zwar zum Schuldstrafrecht und will nach den Worten der Entwurfsbegründung im Rahmen dessen, „was durch die in der Allgemeinheit lebendigen Wertvorstellungen vorgezeichnet ist“, bleiben, es lässt sich aber nach der Entwurfsbegründung „weitgehend von Erwägungen kriminalpolitischer Zweckmäßigkeit leiten“, und es bringt dies im objektivierten Schuldmassstab des § 10 Abs 1 und § 32 Abs 2 StGB auch positiv zum Ausdruck (47). Deswegen gibt das Gesetz meines Erachtens keine Grundlage mehr ab für den klassischen Schuld begriff der Verantwortung für die freie Entscheidung des Täters.

2. In *Deutschland* wird die heute vorherrschende Schuldauffassung durch einen Gedanken bestimmt, den *Gallas* (48) in seinem Münsteraner Vortrag auf der Strafrechtstlehrertagung von 1967 bei der Kritik der rein präventiven Strafzumessungsregel des Alternativ-Entwurfs von 1966 ausgesprochen hat. An der Spitze steht für ihn die Überzeugung von der „Verantwortlichkeit des Täters für sein Tun als einer Realität unseres sozialen und moralischen Bewusstseins“. Nur eine Strafe, „die den Täter nach Verdienst behandelt“, kann, so erklärt *Gallas* weiter, eine präventive Wirkung in Richtung auf die Erziehung der Allgemeinheit „zur Rechtstreue“ und „als Mittel der Warnung, Selbstbesinnung und Selbstentlastung für den Täter“ entfalten. Die Strafe setzt also in ihrer Begründung und in ihrem Mass, sowohl als Ausdruck der auf die Person des Täters bezogenen Gerechtigkeit wie auch als Mittel der Spezial- und Generalprävention, die Feststellung der individuellen Schuld des Täters voraus. Damit wird die Entscheidungsfreiheit in der Tatsituation zwar nicht als empirisch feststellbare Wirklichkeit behauptet, aber doch als unverzichtbarer Bestandteil unserer sozialen Kultur in Anspruch genommen. Auch *Hans Joachim Hirsch* folgt dieser Generallinie (49). Die Rechtswissenschaft habe sich „an den Erscheinungen des sozialen Lebens zu orientieren“. Da der Mensch sich aber als grundsätzlich frei empfindet, habe „dieses Phänomen den Anknüpfungspunkt zu bilden“. Das vom Menschen gesetzte Recht „kann sich nicht zu dem gelebten allgemeinen Selbstverständnis seiner Adressaten in Widerspruch setzen. Ihm verbleibt nur, sich an deren Weltbild zu orientieren und damit die *Vorstellung* der Willensfreiheit, nicht diese selbst, als allgemein anerkannte Grundlage menschlichen Selbstverständnisses zu akzeptieren“. Ich selbst bin wie *Nowakowski* von dem „massgerechten, mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen“ (50) ausgegangen, habe aber gefordert, den Vergleichstypus „nach Lebensalter, Geschlecht, Beruf, körperlichen Eigenschaften, geistigen Fähigkeiten und Lebenserfahrung dem individuellen Täter gleich zu denken. Damit wird nicht das generelle Können des Durchschnittsmenschen zum Massstab des individuellen Könnens des Täters gemacht, sondern es wird aus der empirisch gesicherten Erfahrung mit gleichliegenden Fällen auf die Fähigkeit des Täters zur Selbststeuerung im konkreten Fall geschlossen“. Der Schuldmassstab richtet sich hier

also nach dem Stand der richterlichen, psychologischen und kriminologischen Erfahrung (51).

In Österreich wird dieser sozial-vergleichende Massstab auch vom Obersten Gerichtshof in der schon erwähnten Entscheidung aus dem Jahre 1958 (S. 263) im Hinblick auf die körperlich und seelisch schwerbelastete Täterin des zu entscheidenden Falles zugrundegelegt. „Es sei“, so sagt er, „von dem von einer solchen Menschengruppe zu erwartenden Massstab auszugehen“. Reinhard Moos schliesst sich dieser Entscheidung an, indem er betont, dass „sich eine massstabgerechte Vergleichsperson dem Täter möglichst annähern muss“(52). Ebenso sieht Kurt Schmoller (53) den eigentlichen Sinn des Massstabs „des mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen“ darin, dass dadurch zu einer „Fallvergleiche“ angeregt wird. Auch Günther Kunst (54) geht in seiner Kommentierung des § 32 Abs 2 österreichisches StGB nicht streng von dem Idealtypus des massstabgerechten Menschen aus, sondern versteht das Gesetz darin, dass der Täter mit einem Typus verglichen wird, dem nach den äusseren Umständen der Tat und den Beweggründen des Täters „der Gedanke der Begehung einer strafbarer Handlung ernsthaft in den Sinn kommen kann, so dass ihm auch alle Milderungsgründe des § 34 StGB zugutekommen können“.

Inwieweit eine solche dem konkreten Täter angenäherte Interpretation des Vergleichstypus mit der Regel des § 32 Abs 2 StGB vereinbar ist, erscheint allerdings offen. Die Begründung des Strafgesetzentwurfs verweist jedenfalls uneingeschränkt auf die Modellfigur des mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen als Massstab für die Bewertung der Schuld (55). Die Literatur ist gespalten. Nach Heinz Zipf kommt in der Formulierung des § 32 Abs 1 StGB „Schuld des Täters“ „die individuelle Ausrichtung auf den einzelnen Täter zum Ausdruck“(56). Herbert Steininger (57) erkennt dagegen in der Einzeltatschuld eine „Komponente der Charakterschuld“ des Täters, die sich aus der rechtlichen Gesinnung eines an sich rechtstreuen Menschen an seiner Stelle ergibt. Franz Pallin (58) lässt die Berücksichtigung der individuellen Gegebenheiten nur „bei den körperlichen und intellektuellen Fähigkeiten und dem Erfahrungswissen des Täters“ zu und verweist den Richter im übrigen auf den objektiven Massstab des Gesetzes. Nach ihm und Egmont Foregger (59) wiegt die Schuld des „grundsätzlich Asozialen schwerer als die Schuld des Rechtstreuen, der einmal gestrauchelt ist“, weil er in seiner Einstellung von derjenigen des mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen stärker abweicht als der Augenblickstäter (60). Auch für Moos ist die Schuld nach dem „reduzierten Schuldbegriff“ des österreichischen Rechts „objektivierte sozialethische Haftung“; diese schliesst die „Individualethik nicht ein, sondern aus“(61). Moos legt jedoch, wie schon gesagt, Wert auf die möglichst weitgehende Individualisierung dieses objektiven Massstabs (62). Die gleichwohl stattfindende Abstrahierung von der Moralität des konkreten Täters macht für ihn aber die individualethische Vergeltung unmöglich, weil diese nur über das Anderhandelkönnen eines bestimmten Menschen und nicht eines fiktiven anderen an seiner Stelle konstruiert werden kann. Der Schuldausgleich bedeutet demnach bloss eine Wiederherstellung der Wertgeltung, nicht eine sittliche Bewertung des Täters (63). In Deutschland kommt dieser Auffassung am nächsten der soziale Schuldbegriff *Justus*

*Krümpelmanns*: Nach ihm setzt „sich der Verantwortung appell der Norm durch, und zwar über den Kopf des einzelnen hinweg. Das ist die harte, aber unvermeidliche Konsequenz des sozialen Schuldbegriffs“ (84). Auch nach *Burgstaller* (65) liegt dem österreichischen Strafgesetzbuch ein reduzierter Schuldbegriff zugrunde, für den es ausreicht, „einen in der begangenen Tat aktualisierten Mangel an Verbundenheit mit den rechtlich geschützten Werten zu konstatieren“. Andererseits ist aber auch für ihn „unumstössliche Grundlage des österreichischen Strafgesetzbuch“ die Einsicht, dass der Mensch „auf Wertungen angelegt und für Wertanforderungen ansprechbar ist“. *Burgstaller* räumt auch ein, „dass die Strafe real als Vergeltung wirkt und auch weithin so empfunden wird“. Aber diese Wirkung sei nach dem Sinn des Gesetzes „nicht bezweckt“. Der Zweck der Strafe liege nach dem geltenden Recht „ausschliesslich in der Prävention“. *Frank Höpfel* hat in seinem (unveröffentlichten) Diskussionsbeitrag auf dem Innsbrucker *Nowakowski*-Gedenken im Jahre 1990 den § 32 Abs 2 StGB dahin verstanden, dass damit ohne Abstriche auf den Massstab des rechtstreuen Menschen abgestellt und die Verantwortung für die Tat dem Täter demgemäss, wie er plastisch sagte, „aufgeladen“ werde, wenn die Massstabperson sich davon distanziert hätte. *Foregger* (66) endlich beruft sich für die Schuldauflassung des Strafgesetzbuch unmittelbar auf die Entwurfsbegründung, in der es lapidar heisst: „Die Rechtsordnung betrachtet den zurechnungsfähigen Menschen als für seine Entscheidungen verantwortlich. Diese Verantwortlichkeit ist die Grundlage der Bestrafung“. Nach allem ist mein Eindruck der, dass in der Literatur zum Schuldbegriff des geltenden Rechts zwei Auffassungen vertreten werden: Die eine hält sich streng an den Text und die Entstehungsgeschichte des Strafgesetzbuchs, die andere nimmt grössere Bewegungsfreiheit in der Interpretation des Gesetzes im Sinne einer Differenzierung und Individualisierung des Schuldmassstabs in Anspruch.

Die Diskussion darüber, ob die in § 32 Abs 2 StGB enthaltene „charakterologische Komponente unabhängig von der Genese des Täters“ (67) voll auf diesen durchschlagen soll und wieweit dabei zu berücksichtigen ist, ob auch einem rechtstreuen anderen eine Fehlleistung hätte naheliegen können, hat in der *Strafzumessungspraxis* der *österreichischen* Gerichte bisher keinen Widerhall gefunden. In der empirischen Untersuchung von *Pallin/Albrecht/Fehérváry*, „Strafe und Strafzumessung bei schwerer Kriminalität in Österreich“ (1989) taucht die den geschützten Werten abgeneigte Einstellung des Täters als Strafschärfungsgrund oder auch nur als allgemeiner Schuldmassstab nirgends auf. Massgebend sind für die Strafzumessung vielmehr in traditioneller Weise objektiv feststellbare Daten wie Vorstrafenbelastung, Tatbegehungsart und Tatfolgen, insbesondere die Schadenshöhe beim Einbruchsdiebstahl. Defizite in der sozialen Lage und der Sozialbiographie des Täters sind, wie die Autoren sagen, „mit der Vorstrafenbelastung assoziiert“ (68), eigenständig haben sie nur „eine relativ geringe Bedeutung“. Sogar die Strafschärfung bei Rückfall, die in § 39 StGB ausdrücklich für Wiederholungstäter vorgesehen ist, „kommt nur in seltenen Ausnahmefällen zur Anwendung“ (69). Die ausserordentliche *Strafmilderung* nach § 41 StGB ist dagegen häufig und „dient als ein Korrektiv gegenüber zu strengen Bewertungen des Gesetzgebers“. Der Gesamteindruck der drei Autoren zeigt deutlich den Abstand zwischen Theorie und Praxis in den Leitgedanken der Strafzumessung. Die Strafzumessungsdogmatik, so sagen

sie, hat nur „geringen Einfluss auf die praktische Entscheidungsfindung“. „Ihre theoretischen Programme erreichen die Praxis auf direktem Wege kaum und werden von dieser nur bedingt umgesetzt. Praktiker wehren sich bewusst gegen zu viel Dogmatik. Sie wollen sich nämlich durch die Errichtung dogmatischer Schranken in ihren Entscheidungsspielräumen nicht einschränken lassen“(70). Für *Deutschland* ist der Befund *Hans-Jörg Albrechts* in seiner Freiburger Habilitationsschrift „Strafzumessung bei schwerer Kriminalität“ (1994) ganz ähnlich wie in der eben genannten österreichischen Untersuchung, an der er mitgewirkt hat. Zum fehlenden Einfluss der Theorie auf die Praxis resümiert er: „Die Erörterung der verschiedenen Straf- und Strafzumessungstheorien hat zwar ein reiches Spektrum an Strafbegründungen und Erwägungen zur Koppelung verschiedener Strafzwecke erkennen lassen. Allerdings sind Auswirkungen auf die Praxis der Strafzumessung...kaum zu erkennen“(71). Dies klingt übrigens schroffer als nötig, da sich die Strafzumessungskriterien der Praxis auch von den Massstäben der Theorie her verstehen lassen: In der Vorstrafenbelastung liegt nämlich die Charakterschuld, im verschuldeten Unrecht der Einzeltat die individuelle Schuld des Täters. Ein *Richter* wird freilich immer bemüht sein, dem individuellen Verschulden des Angeklagten so weit als möglich nahe zu bleiben, denn es ist ein Unterschied, ob man die Verantwortung für die Entscheidung über die Schuld eines Menschen trägt oder ob man allgemeine Regeln entwirft.

3. Die Verfeinerung der Schuld dogmatik ist in *Deutschland* noch einen Schritt weiter gegangen als in Österreich. Ein „*funktionaler Schuld begriff*“ (72), der auf der soziologischen Theorie der Rechtsbildung von *Niklas Luhmann* aufbaut (73), ist von *Günther Jakobs* entwickelt worden. Ihm folgen bei uns *Hans Achenbach* (74) und *Franz Streng* (75). Die Schuld liegt hier „in einem Manko an rechtlicher Motivierung des Täters“(76). Sie ist abhängig von den Erfordernissen der Generalprävention, nicht von dem Mass der persönlichen Verantwortlichkeit des Täters für seine Tat. *Jakobs* nennt die Schuld geradezu ein „Derivat der Generalprävention“(77). Ziel der Bestrafung ist die Stabilisierung der Normgeltung und die Einübung von Rechtstreue in der Gesellschaft, nicht die Auseinandersetzung mit dem Täter. Die Abhängigkeit der Schuld von den Erfordernissen der Generalprävention kommt darin deutlich zum Ausdruck, dass bei der Bestimmung des Inhalts der Schuld die „jeweilige Verfassung der Gesellschaft“ entscheide (78). Zwischen den Beteiligten sei, wie *Jakobs* sagt, „auszuhandeln, wieviele soziale Zwänge dem von der Schuldzuschreibung betroffenen Täter aufgebürdet werden können und wieviele störende Eigenheiten des Täters vom Staat und von der Gesellschaft akzeptiert werden müssen“(79). Der Schuldvorwurf betrifft also nicht die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung eines Rechtsguts durch den Täter, sondern bezieht sich auf einen Mangel im eigenen „Organisationskreis“, für den der Täter verantwortlich ist (80). Schuld ist die „Zuständigkeit“ des Täters für den Mangel an Bereitschaft, „sich nach der betroffenen Norm zu motivieren“(81), wenn „dieses Manko nicht so verständlich gemacht werden kann, dass es das allgemeine Normvertrauen nicht tangiert“. Der Begriff der „Zuständigkeit“, auf den es dabei ankommt, wird von *Jakobs* nicht erklärt.

Die Schuld konzeption von *Jakobs* ist in *Deutschland* überwiegend auf Wider-

spruch gestossen (82). Die Kritik richtet sich einmal gegen das Übergewicht der Generalprävention über den Schuldausgleich für die Straftat selbst, die den strafrechtlichen Eingriff überhaupt erst rechtfertigt. Die Normen sollen „wie ein Selbstzweck zu ihrem eigenen Bestand geschützt werden“ (83), während der Täter doch vor allem eine Antwort auf das von ihm begangene schuldhaft Unrecht erwartet und erwarten darf. Die Orientierung des Strafrechts an der persönlichen Verantwortlichkeit des Täters für seine Tat geht dadurch zum Schaden der individuellen Gerechtigkeit verloren (84). Schuld und Prävention liegen indessen richtig gesehen auf verschiedenen Ebenen. Bei der Schuld geht es um die Frage, ob und in welchem Grade die Tat dem Täter persönlich vorgeworfen werden kann und welche Strafe er danach verdient. Erst danach stellt sich die ganz andere Frage der Prävention. Hier ist zu entscheiden, welche Sanktion geeignet erscheint, um den Täter wieder in die Gemeinschaft zurückzuführen und auf diese selbst in einem sozialpädagogischen Sinne einzuwirken. Erst an diesem Punkt kann die Sorge um den Bestand des Gesamtsystems im Sinne *Luhmanns* zur Sprache kommen.

In *Österreich* wird der Unterschied zwischen der Lehre von *Jakobs* und der eigenen Position klar erkannt. *Moos* (85) sieht zwar eine weitgehende Übereinstimmung mit *Nowakowski* und dem österreichischen Strafgesetzbuch in der Auffassung der Schuld als „demonstriertem Mangel an Rechtstreue“ und blosser sozialer Zuschreibung, er lässt aber die für *Jakobs* charakteristische „Umkehrung der Wertungsabfolge“ für das österreichische Strafrecht nicht gelten. Der Schuldbegriff sei „der Strafe ideell vorgegeben“. *Burgstaller* (86) wendet sich vor allem gegen die Einseitigkeit in der Annahme des Präventionszwecks als ausschliesslichem Grund der Strafe. Sinn und Zweck der Strafe müssten unterschieden werden. Der Sinngehalt der Strafe „liege darin, dass sie weisensmässig einen sozialetischen Tadel“ ausdrückt. Die Schuld ist deswegen bei *Burgstaller* der „Seinsgrund“ der Strafe und auch „die Grundlage für die Bestimmung des Strafmasses“. Allein der Zweck der Strafe ist die Prävention.

4. Erhebliche Bedeutung hat in *Deutschland* endlich eine Auffassung erlangt, die dem Schuldprinzip nur die Funktion der *Begrenzung des Höchstmasses* der Strafe zubilligen will, während für die Bestimmung des konkreten Strafmasses allein präventive Gesichtspunkte massgebend sein sollen. So heisst es schon in § 59 Abs 1 des Alternativ-Entwurfs von 1966 „die Tatschuld bestimmt das Höchstmass der Strafe“, während sich ihr konkretes Mass ausschliesslich nach präventiven Zielen richtet (Abs 2). Zur Begründung wird von den Verfassern des Entwurfs nur negativ gesagt, dass man dem „Vergeltungsdenken vorbeugen“ wollte (87). Das deutsche Strafgesetzbuch ist dem jedoch *nicht* gefolgt, sondern macht die Schuld in § 46 Abs 1 S 1 zur „Grundlage für die Zumessung der Strafe“ und damit nicht nur zur Strafmassobergrenze, sondern zum Massprinzip auch für die konkrete Strafe im Einzelfall. Der Grund für diese Entscheidung des Gesetzgebers liegt darin, dass die Strafe nicht nur präventiven Zwecken, sondern in erster Linie dem Schuldausgleich dienen soll, das heisst, durch den Gedanken bestimmt wird, dass in der Strafe „der Täter die verdiente missbilligende Antwort der Rechtsgemeinschaft auf das von ihm begangene schuldhaft Unrecht erfährt“ (88). Die Beschränkung des Schuldprinzips auf die Funktion „als Mittel zur

Begrenzung der Strafe" ist in der einflussreichen Konzeption des Schuldbegriffs von *Claus Roxin* (89) der zentrale Punkt. *Roxin* will dadurch die strafrechtliche Schuldlehre „von der Willensfreiheit unabhängig machen" (90). Dieser auf die Rolle als Strafmassobergrenze beschränkte Schuldbegriff ist auch das Fundament seiner neuen Systemkategorie der „Verantwortlichkeit", in der er die Schuld des Täters mit der präventiven Notwendigkeit der Strafe verschmolzen hat.

Dagegen ist einmal einzuwenden, dass die Schuld, wenn sie die obere Grenze der Strafe ist, auch für jede Strafbemessung mitbestimmend sein muss, die unterhalb dieser Grenze liegt. Vor allem aber verliert der Richterspruch durch die Beschränkung der konkreten Strafzumessung auf präventive Zwecke den Anknüpfungspunkt an die sittliche Qualität der abzuurteilenden Tat und die Strafe damit auch letztlich ihre Wirkungsmöglichkeit für präventive Ziele. Denn nur der Appell an die ethische Grundsubstanz im Menschen lässt eine Resozialisierung des Verurteilten wie auch eine sozialpädagogische Wirksamkeit der Strafe auf die Allgemeinheit erhoffen (91). Der Verzicht auf den Schuldmassstab für die konkrete Strafe ist ein zu hoher Preis für die Umgehung des Freiheitsproblems in der Schuldlehre. In *Österreich* hat der Gedanke der Reduzierung der Schuld auf die Funktion als Strafmassobergrenze deshalb nie Fuss fassen können (92). Hier werden zwar General- und Spezialprävention durchaus als Zweck der Strafe herausgestellt, aber die Strafe wird doch nur dann als geeignetes Mittel der Prävention angesehen, wenn sie am Schuldmass orientiert ist (93). Die Schuld kann dabei durchaus „generalisierend" verstanden werden, die Strafe muss aber auch nach diesem Massstab verdient sein.

5. Es gibt in Deutschland schliesslich *konsequente Gegner des Schuldprinzips*. Diese betrachten es von ihrer Warte aus als eine überholte Stufe der Strafrechtsgeschichte und halten deshalb auch den Schuldbegriff in jeder Form für überholt.

*Walter Kargl* (94) wendet sich gegen das Schuldprinzip als „moralischen Vorwurf", der dem Alltagsverständnis nicht mehr zu vermitteln sei, er beanstandet weiter die „individuell isolierende Zurechnung" weil sie den Beitrag der Gesellschaft zur Kriminalitätentstehung verdecke, und er kritisiert endlich die Benachteiligung des Täters, der die im Schuldprinzip vorausgesetzte Freiheit nicht besitzt. Alle drei Einwände sind ernstzunehmen, sie sind aber durchaus im Rahmen des Schuldprinzips zu berücksichtigen. Das zukünftige Strafrecht will der Autor „allein auf die verfassungsrechtlichen Basisinstitutionen" gründen, was ihn aber zum Schuldprinzip zurückführen muss, da dieses in Deutschland, wie gesagt, verfassungsrechtlichen Rang hat. *Uwe Scheffler* (95) lehnt das Schuldprinzip in allen seinen Formen vom Standpunkt der Kriminologie aus ab und verweist für die Zukunft auf ein Konzept, das der „Défense sociale" in ihrer ursprünglichen Fassung nahesteht und sich zusätzlich an der „Nonintervention" und der Wiedergutmachung orientieren soll (S. 192). Die Konstruktion dieses neuen Konzepts ruht auf der durchgängigen Anwendung des „Prinzips des objektiven Verantwortlichseins" (96), die Strafzumessung bestimmt sich nach dem „Prinzip der Verhältnismässigkeit" (S. 79 ff)(97). *Michael Baurmann* (98) endlich verwirft das Schuldprinzip wegen seiner „semantischen Unbestimmtheit" (S. 261 ff), weswegen es weder für die tatbe-

zogenen noch für die täterbezogenen Kriterien der Zurechnung taugte. In einem „tatbezogenen Massnahmerecht“, wie er es empfiehlt, soll das Schuldprinzip durch die Kriterien der „Sozialschädlichkeit“ und der „Motivierbarkeit“ des Täters ersetzt werden (S. 302). Alle drei Lehrmeinungen führen zu Vorschlägen aus der Vorstellungswelt der Abschaffung des Strafrechts, die dessen Garantien für den Betroffenen nicht ersetzen und das Gerechtigkeitsverlangen des Täters wie der Allgemeinheit nicht erfüllen können. Mit diesen extremen Positionen sind jedoch die in der Literatur vielfach vertretenen Bestrebungen, den Täter-Opfer-Ausgleich und die Schadenswiedergutmachung bei der Strafzumessung zu berücksichtigen, keineswegs gleichzusetzen. Die in dieser Richtung in Deutschland ergangenen neuen Vorschriften in § 46 Abs 2 letzter Satzteil und in § 46a StGB ändern nichts an der Geltung des Schuldprinzips, das in § 46 Abs 1 S 1 StGB unverändert bestehen geblieben ist.

In *Österreich* werden ähnliche Thesen wie die der radikalen Gegner des Schuldprinzips in Deutschland unter dem Titel „Die neue Gerechtigkeit“ von *Wolfgang Stangl* (99) vertreten, der sich entschieden gegen jeden Tadel durch einen Schuldvorwurf wendet. An die Stelle des Schuldspruchs soll die freiwillige Wiedergutmachung „nach Kräften des Täters“ treten. Das Strafrecht soll durch einen sozialen Ausgleich ersetzt werden (100). Diese Tendenzen haben in Österreich immerhin zu der durch *Udo Jesionek* geförderten Konfliktlösung im Jugendstrafrecht (§§ 6-8 JGG 1988) geführt, die in den hier eingehaltenen Grenzen durchaus zu begrüßen ist (101). In einem Modellversuch wird auch für das Erwachsenenstrafrecht die Einführung des *Aussergerichtlichen Tatausgleichs erprobt*, wofür sich besonders *Roland Miklau* eingesetzt hat (102). Dies alles kann jedoch auch in Österreich noch keine Abschaffung des Schuldstrafrechts bedeuten. Der Konfliktausgleich setzt vielmehr voraus, dass grundsätzlich im Hintergrund das Schuldstrafrecht die fortbestehende Verantwortung des Täters für seine Tat und ihre Folgen konstituiert. Wenn der österreichische Schuld begriff nach offizieller Lesart auch ein generalisierender, nicht ein individual-ethischer Begriff ist, so bedeutet dies doch keineswegs ein Einschwenken auf die Linie der Gegner des Schuldprinzips überhaupt.

### III. Ich komme damit zum *Schluss*.

Deutschland und Österreich haben in der Schuldlehre seit der Mitte des 19. Jahrhunderts

eine *gemeinsame* Entwicklung durchlaufen. Im *Schuld begriff* ist jedoch durch das frühzeitige Auftreten der Charakterschuld bei *Wahlberg* und durch das konsequente Bemühen um einen von der Entscheidungsfreiheit unabhängigen Schuld begriff bei *Kadečka* und *Nowakowski* eine Trennung von der überwiegend am Freiheitsgedanken auf die eine oder andere Weise festhaltenden deutschen Lehre eingetreten. Der österreichische Standpunkt zum Schuld begriff wurde dadurch verfestigt, dass das Strafgesetzbuch die Modellfigur des mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen als Massstab übernommen hat. Damit wurde der Schuld begriff des Gesetzes auch *mit der positiven Generalprävention* in Einklang gebracht, die auf die Erhaltung der *allgemeinen* Verbundenheit mit den rechtlich geschützten Werten abzielt. Ein Unter-

schied gegenüber der überwiegend in Deutschland vertretenen Lehre ist ferner der *Vorrang* der Prävention gegenüber dem Schuldausgleich im österreichischen Recht, während in Deutschland noch immer der Ausgleich der Individualschuld als Aufgabe des Strafrechts im Vordergrund steht. Die Offenheit des Schuldbegriffs des deutschen Strafgesetzbuchs hat auch stärker für abweichende Meinungen Raum gegeben, die den Schuldbegriff zwar formell beibehalten, aber in der Ausgestaltung dem Präventionsinteresse unterordnen. Dies gilt einmal für den funktionalen Schuldbegriff, der die Schuld in den präventiven Bedürfnissen der Gesellschaft aufgehen lässt. Der Vorrang der Prävention ist auch der Kern der Lehre, die das Schuldprinzip ausschliesslich in der Rolle der Strafmassobergrenze anerkennt, während für die Zumessung der konkreten Strafe nur präventive Erwägungen in Betracht kommen sollen. Sowohl der funktionale Schuldbegriff als auch die Lehre von der Schuld als blosser Strafmassobergrenze sind in Österreich zu Recht nicht aufgenommen worden. Durch die totale Abschaffung des Schuldprinzips endlich, die in Deutschland von einzelnen gefordert wird, droht der durch die Sanktion Betroffene gänzlich zum Instrument der Prävention und zum Objekt unkontrollierbarer Eingriffe in seine Freiheit zu werden. Solche radikalen Theoreme haben in beiden Ländern keinen Anklang gefunden. Das Vordringen des Täter-Opfer-Ausgleichs in das Sanktionensystem bedeutet nicht die Preisgabe des Schuldprinzips im Bereich der Strafzumessung.

Im Ergebnis lässt sich sagen, dass es zwischen Deutschland und Österreich durchaus Unterschiede im Schuldbegriff nach Inhalt und Funktion gibt, die in das 19. Jahrhundert zurückreichen, dass diese aber nicht überbewertet werden dürfen, zumal sie die Praxis unberührt gelassen haben, die in der Strafzumessung in beiden Ländern nach den gleichen traditionellen Kriterien entscheidet wie früher. Diese Kriterien sind mit der Theorie auch gar nicht unvereinbar, da sie sich in deren Begriffswelt übersetzen lassen. In dieser Übereinstimmung zeigt sich zugleich, wie sehr Deutschland und Österreich im Strafrecht der gleichen Grundauffassung von Recht und Gerechtigkeit folgen. Dass man diese Unterschiede und Übereinstimmungen kennt und richtig zu bewerten weiss, ist der Tatsache zu danken, die *Nowakowski* einst mit den Worten umschrieben hat: "Die österreichische und die deutsche Strafrechtswissenschaft standen immer in engster Wechselwirkung und wurden durch die gemeinsame Arbeit an den Entwürfen vollends zu einer Einheit" (103).

## FUSSNOTEN

\*) Ein Vortrag, den der Verfasser am 30. April 1998 an der Universität Linz gehalten hat.

- 1) Über die Unterscheidung von Strafbegründungs- und Strafzumessungsschuld auch für Österreich *Zipf*, Der strafrechtliche Schuldbegriff, Juristische Blätter (JBl) 1980, S. 190. *Zipf* tritt für einen eigenständigen, „völlig anderen“ Begriff der Strafzumessungsschuld ein. Dazu kritisch *Moos*, Der Schuldbegriff im österreichischen StGB, Festschrift (FS) für Triffterer (1996) S. 171 ff, der den Unterschied zu Recht lediglich in der Quantifizierung der Strafbegründungsschuld und in der Einbeziehung des Verhaltens des Täters vor und nach der Tat in den Schuldbereich erblickt.
- 2) Zur Rechtslage in Österreich *Karollus*, Zur verfassungsrechtlichen Verankerung des strafrechtlichen Schuldbegriffs, Österreichische Juristische Zeitung (ÖJZ) 1987, S. 677 ff.

- 3) Hierzu für Deutschland *Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre (1974); für Österreich einzelne Abschnitte bei *Jescheck*, Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 73 (1961) S. 179 ff. Umfassend *Moos*, Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert (1968).
- 4) *V. Liszt*, Das Deutsche Reichsstrafrecht (1881) S. 137.
- 5) *Radbruch*, Über den Schuld begriff, ZStW 24 (1904) S. 345.
- 6) *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen (1906) S. 180.
- 7) *G. Jellinek*, Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe (1878) S. 9-11.
- 8) *Löffler*, Die Schuldformen des Strafrechts I (1895) S. 5 ff.
- 9) *Mitàèka*, Die Formen der Strafschuld (1905) S. 102.
- 10) *Lammasch*, Grundriss des Strafrechts, 4. Auflage (1911) S. 27 ff.
- 11) *Frank*, Über den Aufbau des Schuld begriffs (1907) S. 11.
- 12) *Goldschmidt*, Der Notstand –ein Schuldproblem, Österreichische Zeitschrift für Strafrecht 1913, S. 129 ff.
- 13) *Mezger*, Strafrecht, Ein Lehrbuch (1931) S. 247 ff.
- 14) *Rittler*, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts I, 2. Auflage (1954) S. 153, 166.
- 15) *Roeder*, Schuld und Irrtum im Justiz- und Verwaltungsstrafrecht (1938) S. 54 ff; *derselbe*, Das Schuld- und Irrtumsproblem beim Vollrausch, FS Rittler (1957) S. 223 ff; *derselbe*, Die Irrtumsregelung im österreichischen und deutschen Strafgesetzentwurf, ÖJZ 1962, S. 338.
- 16) *Rittler*, Strafrecht I, 2. Auflage, S. 160.
- 17) *Engisch*, Zur Idee der Täterschuld, ZStW 61 (1942) S. 177; ebenso später *derselbe*, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtlichen Doktrin der Gegenwart, 2. Auflage (1965) S. 65.
- 18) *Heinitz*, Strafzumessung und Persönlichkeit, ZStW 63 (1951) S. 76.
- 19) Hierzu *Jescheck*, Friedrich Nowakowski als Strafrechtsdogmatiker und Kriminalpolitiker, ZStW 103 (1991) S. 1008; *Moos* in FS Triffterer, S.180.
- 20) *Kadeèka*, Gesammelte Aufsätze (1959) S. 61 f.
- 21) So *Nowakowski*, Vom Schuld- zum Massnahmenrecht, Kriminalbiologische Gegenwartsfragen, Heft 10 (1970) S. 3 f, 6; *derselbe*, Die Massnahmenkomponente im StGB, FS Broda (1976) S. 200.
- 22) *Wahlberg*, Das Prinzip der Individualisierung in der Strafrechtspflege (1869) S. 71. Zu *Wahlbergs* Bedeutung für die Entwicklung des Verbrechensbegriffs im Österreich der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts *Moos*, Verbrechensbegriff, S. 416 ff.
- 23) *Nowakowski*, Freiheit, Schuld, Vergeltung, FS Rittler (1957) S. 58.
- 24) *Nowakowski* in FS Rittler, S. 70; *derselbe*, Das Ausmass der Schuld, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (SchwZStR) 1950, S. 307 ff.
- 25) *Nowakowski*, Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen (1955) S. 62. *Schmoller*, Zur Argumentation mit Massstabfiguren, JBl 1990, S. 710 hat dazu kritisch angemerkt, dass „allein mit der Einführung einer Massstabfigur keine inhaltliche Präzisierung des Bewertungsmaßstabs eintritt“.
- 26) *Nowakowski*, Probleme der Strafzumessung, in: Perspektiven zur Strafrechtsdogmatik (1981) S. 208.
- 27) *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Auflage (1969) S. 138.
- 28) *Welzel*, Persönlichkeit und Schuld, ZStW 60 (1941) S. 456.
- 29) *Nowakowski*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, S. 21 f; *derselbe*, Wiener Kommentar (WK), Vorbemerkung vor § 3 Rz 8; *Moos*, Die finale Handlungslehre, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart (1974) S. 14, 21; *derselbe*, Rechtsphilosophie und Strafrechtsdogmatik, Juristische Rundschau (JR)1977, S. 310; *Triffterer*, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage (1994) Kapitel 7 Rz 27.
- 30) *Nowakowski*, WK Vorbem vor § 3 Rz 9-11; *Moos*, Zum Stand der österreichischen Verbrechenslehre aus der Sicht einer gemeinrechtlichen Tradition, ZStW 93 (1981) S. 1025 ff, 1029.
- 31) *Gallas*, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955) S. 1 ff.
- 32) *Gallas*, Der dogmatische Teil des Alternativ -Entwurfs, ZStW 80 (1968) S. 1 ff.
- 33) *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 2. Auflage (1976), S. 208.
- 34) *Arthur Kaufmann*, am angegebenen Ort (aaO) S. 280 f.
- 35) *Ernst Amadeus Wolff*, Kausalität von Tun und Unterlassen (1965) S. 62, 64 f.
- 36) *Michael Köhler*, Strafrecht. Allgemeiner Teil (1997) S. 348.
- 37) *Schünemann*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, Goldammer´s Archiv für Strafrecht (GA) 1986, S. 293; *derselbe*, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, in: *Schünemann* (Hrsg), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems (1984) S. 163 ff.
- 38) In *Schünemann*, Grundfragen..., S. 188.

- 39) Zum hieraus abgeleiteten entschuldigenden Notstand *Platzgummer*, Eine Wendung in der Rechtsprechung zum unwiderstehlichen Zwang, JBl 1959, S. 338 ff.
- 40) *Singer*, Auf dem Weg nach innen, ALPG-Spiegel Sonderausgabe 2/1998, S. 20, 34.
- 41) *Platzgummer*, Die „Allgemeinen Bestimmungen“ des Strafgesetzentwurfs im Licht der neueren Strafrechtsdogmatik, JBl 1971, S. 243; *derselbe*, WK Vorbem vor §§ 18-20 Rz 5. Hierzu gleichfalls kritisch *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Auflage (1990) S. 238: „Was eigentlich wird dem Täter vorgeworfen mit der Feststellung, er habe die Maßstäbe des ‚generellen Könnens‘ verfehlt?“
- 42) *Platzgummer*, Strafe, Schuld und Persönlichkeitsadäquanz, FS Pallin (1989) S. 325.
- 43) *Platzgummer* in FS Pallin, S. 327.
- 44) *Fuchs*, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2. Auflage (1997) S. 16. Man fühlt sich dabei an das Wort von *Kant* erinnert: „Die eigentliche Moralität der Handlungen (Verdienst und Schuld) bleibt uns daher, selbst die unseres eigenen Verhaltens, gänzlich verborgen. Unsere Zurechnungen können nur auf den empirischen Charakter bezogen werden.“ (*Immanuel Kant*, Kritik der reinen Vernunft (1787), 2. Auflage, in: Werke in sechs Bänden, herausgegeben von *Wilhelm Weischedel*, II (1956) 501 Fussnote).
- 45) *Triffterer*, Strafrecht AT, 2. Auflage, Kapitel 12 Rz 20.
- 46) *Kienapfel*, Grundriss des österreichischen Strafrechts. Allgemeiner Teil, 6. Auflage (1996) Z 2 Rz 9.
- 47) Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum StGB 1971, S. 55.
- 48) *Gallas*, ZStW 80 (1968) S. 3; übereinstimmend etwa *Schönke/Schröder/Lenckner*, StGB, 25. Auflage (1997) Vorbem §§ 13 ff Rz 110, 118; *Lackner*, StGB, 22. Auflage (1997) Vor § 13 Rz 26; *Armin Kaufmann*, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert (1982) S. 273.
- 49) *Hirsch*, Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht, in: *Plywaczewski* (Hrsg), Aktuelle Probleme des Strafrechts und der Kriminologie (1998) S. 201 f; früher schon *derselbe*, ZStW 106 (1994) S. 763 f. Übereinstimmend *Dreher*, Die Willensfreiheit (1987) S. 383 ff. In Österreich wollte schon *Georg Jellinek*, aaO (Fussnote 7) S. 65 ff die Schuld auf das dem Menschen eigene „Bewusstsein“ der Entscheidungsfreiheit gründen.
- 50) *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Auflage (1996) S. 428.
- 51) *Hirsch*, aaO (Fussnote 49) S. 195 spricht hier von einer „einigermassen abgesicherten Skala von Indikatoren“, *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip, 2. Auflage, S. 282 von einer „analogischen Schuldfeststellung“.
- 52) *Moos*, WK § 76 Rz 33.
- 53) *Schmoller*, JBl 1990, S. 706 ff.
- 54) *Kunst*, WK § 32 Rz 45.
- 55) Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum StGB 1971, S. 123.
- 56) *Zipf*, JBl 1980, S. 194.
- 57) *Leukauf/Steininger*, StGB, 3. Auflage (1992) § 32 Rz 7 f.
- 58) *Pallin*, Die Strafzumessung in rechtlicher Sicht (1982) Rz 13.
- 59) *Pallin*, aaO; *Foregger/Serini*, StGB, 5. Auflage (1991) § 32 Ann II.
- 60) Gegen eine schulderhöhende Qualität negativer Persönlichkeitszüge, wie sie von *Pallin* und *Foregger* bejaht wird, *Frisch*, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987) S. 384.
- 61) *Moos*, Positive Generalprävention und Vergeltung, FS Pallin, S. 288 ff; *derselbe* in FS Triffterer, S. 188 Fussnote (FN) 71.
- 62) *Moos*, WK § 76 Rz 33.
- 63) *Moos* in FS Triffterer, S. 184, 186, 199.
- 64) *Krumpelmann*, Dogmatische und empirische Probleme des sozialen Schuldbegriffs, GA 1983, S. 348.
- 65) *Burgstaller*, Die Strafrechtsreform Österreichs im Vergleich mit der Strafrechtsreform der Bundesrepublik Deutschland, in: *Lüttger* (Hrsg), Strafrechtsreform und Rechtsvergleichung (1979) S. 44 f; *derselbe*, Sinn und Zweck der staatlichen Strafe, in: *Porstner* (Hrsg), Strafrecht. Vergeltung und Versöhnung (1983) S. 54 f.
- 66) *Foregger/Serini*, StGB, 5. Auflage, Einführung, S. 12 f.
- 67) So die Formulierung von *Burgstaller*, Grundprobleme des Strafzumessungsrechts in Österreich, ZStW 94 (1982) S. 135.
- 68) *Pallin/Albrecht/Fehérváry*, S. 295.
- 69) *Pallin/Albrecht/Fehérváry*, S. 296.
- 70) *Pallin/Albrecht/Fehérváry*, S. 275.
- 71) *Albrecht*, S. 473.
- 72) *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage (1991) Rz 17/22.
- 73) *Luhmann*, Rechtssoziologie I (1972) S. 27 ff.
- 74) *Achenbach*, Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld, in: *Schiinemann*, Grundfragen, S. 140 ff.

- 75) *Streng*, Schuld ohne Freiheit, ZStW 101 (1989) S. 283 ff.
- 76) *Jakobs*, Das Schuldprinzip (1993) S. 35: „Ein Defizit an Rechtstreue ist das, was Schuld heisst.“
- 77) *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Auflage, Rz 1/34; *Jakobs*, Schuld und Prävention (1976) S. 14: „Nur der Zweck gibt dem Schuldbegriff Inhalt.“
- 78) *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Auflage, Rz 17/22.
- 79) *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Auflage, Rz 17/21.
- 80) *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Auflage, Rz 1/7.
- 81) *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Auflage, Rz 17/1.
- 82) Aus kriminologischer Sicht *Bock*, Ideen und Schimären im Strafrecht, ZStW 103 (1991) S. 649 ff; aus juristischer Sicht *Hirsch*, aaO (FN 49) S. 189 mit weiteren Nachweisen in FN 44.
- 83) So *Hirsch*, aaO (FN 49) S. 158.
- 84) *Jeschek/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Auflage, S. 216.
- 85) *Moos* in FS Triffterer, S. 199.
- 86) *Burgstaller* in *Porstner*, Strafrecht, S. 45 bzw 54 f.
- 87) Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil, 2. Auflage (1969), S. 115.
- 88) So *Gallas* in der schon erwähnten Kritik des Alternativ-Entwurfs, ZStW 80 (1968) S. 3.
- 89) *Roxin*, Strafrecht. Allgemeiner Teil I, 3. Auflage (1997), § 3 Rz 48.
- 90) *Roxin*, Das Schuldprinzip im Wandel, FS Arthur Kaufmann (1993) S. 521; *derselbe*, Strafrecht AT I, 3. Auflage, § 19 Rz 3.
- 91) *Jeschek/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Auflage, S. 215.
- 92) *Nowakowski*, aaO (FN 26) S. 213, 223.
- 93) Das Verhältnis von Schuld und Prävention ist in Österreich erst unlängst durch eine Ergänzung des § 32 Abs 2 StGB ebenso wie im deutschen Recht bestimmt worden (StRÄG 1996, BGBl 1996/762). Entsprechend dem § 46 Abs 1 S 2 deutsches StGB verlangt die neue Vorschrift, bei der Bemessung der Strafe habe das Gericht „auch auf die Auswirkungen der Strafe auf das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft Bedacht zu nehmen“.
- 94) *Kargl*, Kritik des Schuldprinzips – eine rechtssoziologische Studie zum Strafrecht (1982).
- 95) *Scheffler*, Kriminologische Kritik des Schuldstrafrechts (1985).
- 96) *Scheffler*, Grundlegung eines kriminologisch-orientierten Strafrechtssystems (1987) S. 138.
- 97) So schon *Ellscheid/Hassemmer*, Strafe ohne Vorwurf, Civitas, Jahrbuch für Sozialwissenschaften 9 (1970) S. 27 ff. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit kann jedoch das Schuldprinzip nicht ersetzen; dazu *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip und Verhältnismässigkeitssatz, FS Lange (1976) S. 35 sowie *Schönke/Schröder/Lenckner*, StGB, 25. Auflage, Vorbem §§ 13 ff Rz 103.
- 98) *Baumann*, Zweckrationalität und Strafrecht (1987).
- 99) *Stangl*, Die neue Gerechtigkeit (1985) S. 109, 113.
- 100) Zu diesen neuen Formen des Abolitionismus in Österreich *Moos*, Der Aussergerichtliche Tatausgleich für Erwachsene als strafrechtlicher Sanktionersatz, JBl 1997, S. 337 ff.
- 101) Dazu *Jesionek*, Die Konfliktregelung im neuen österreichischen Jugendrecht, FS Pallin, S. 161 ff; *Moos* JBl 1997, S. 341 ff.
- 102) *Miklau*, Der aussergerichtliche Tatausgleich und die Weiterentwicklung des Strafrechts, Sozialarbeit und Bewährungshilfe 2/1989, S. 4 ff; *derselbe*, Der „Modellversuch aussergerichtlicher Tatausgleich“ ist nicht verfassungswidrig, ÖJZ 1993, S. 697 ff; ferner *Moos*, JBl 1997, S. 346 ff; *derselbe*, Richter und Strafrechtsreform, in: *Weinzierl* ua (Hrsg), Richter und Gesellschaftspolitik (1997) S. 115 f.
- 103) *Nowakowski*, aaO (FN 25) S. 22.