

Fallstricke der Strafrechtsvergleichung am Beispiel der deutschen Rechtsgutslehre*

Von Prof. Dr. Otto Lagodny, Salzburg

I. Einführung und Problemstellungen

Schon sehr lange und sehr intensiv diskutieren deutsche mit deutsch- und anderssprachigen Strafrechtslehrerinnen und -lehrern darüber, ob die Strafrechtsdogmatik dem Strafrechtsgesetzgeber verfassungsrechtlich verbindliche Grenzen aufzeigen kann. Es geht dabei um die Frage, ob es „das“ Rechtsgut gibt, das vom Gesetzgeber gerade mit dem Kriminalstrafrecht in legitimer und verfassungsgemäßer Weise geschützt werden darf oder ob „dieses“ Rechtsgut nur über andere Sanktionsordnungen aus dem Ordnungswidrigkeiten-, dem Verwaltungs- oder dem Zivilrecht geschützt werden darf. Die Idee, über „das“ Rechtsgut zu diskutieren, wird von nicht wenigen als der „Exportschlager“ der deutschen Strafrechtsdogmatik angesehen. Dies haben zuletzt die Strafrechtslehrertagung 2015 (Augsburg)¹ sowie zuvor schon das Gedenksymposium für Joachim Vogel² gezeigt. Beispielhaft sei auf die jüngste Argumentation von Schünemann verwiesen, wonach nur die Rechtsgutslehre den erforderlichen „Quantensprung an Legitimation“ leisten könne, der erforderlich sei, um den Einsatz gerade des Kriminalstrafrechts im Vergleich zu Verwaltungs- oder Zivilrecht zu begründen.³ Es gibt auch in der Tat sehr viele ausländische Publikationen, die sich um entsprechende „Importe“ aus Deutschland in ihre Rechtsordnung bemühen. Ein quantitatives Argument spielt bei qualitativen Überlegungen jedoch von vornherein keine Rolle.

Mit den nachfolgenden Überlegungen möchte ich zum einen aufzeigen, dass ein solches Unterfangen in Österreich ein völlig untauglicher Versuch wäre, weil die Einschränkungen und Bindungen des Gesetzgebers vor dem Hintergrund einer völlig anderen politischen Kultur ganz anders gesehen und gelebt werden als gerade in Deutschland (siehe unten III.). Denn der Befund, dass es in Österreich eine Zurückhaltung des Kriminalstrafrechts gibt, die sich die deutsche Strafrechtsdogmatik fast nicht zu wünschen traut (siehe unten II.) bedarf der Erklärung. Damit sind zum anderen die Grundla-

gen geschaffen, um wichtige Fehlverständnisse und -vorstellungen in der Strafrechtsvergleichung aufzuzeigen (unten IV.).

Es geht also nur und ausschließlich um die Ebene der Gesetzgebung, nicht auch um diejenige der Rechtsanwendung. Diese zweite Ebene der Rechtsgutsdiskussion ist eigentlich eine methodische Selbstverständlichkeit. Wenn man nämlich unter Rechtsgut mit *Richard M. Honig* die „Abbreviatur des Zweckgedankens“⁴ versteht, dann besteht die zentrale Funktion des Rechtsgutsgedankens darin, die teleologische Auslegung von Normen inhaltlich zu konturieren. Das ist als solches sehr wichtig und richtig; aber eben keine deutsche Besonderheit.⁵ Von einer inhaltlichen Verbindlichkeit sind wir dann aber noch weiter entfernt als auf der Gesetzgebungs-ebene. Denn es ist völlig klar, dass der Norminterpret als quibus ex populo – selbst wenn er professoraler Rechtswissenschaftler ist – den „richtigen“ oder den „allein verbindlichen“ Zweck einer Norm nicht allgemeinverbindlich und sogar „weltweit“ vorgeben kann – auch wenn man bei manchen zu spüren meint, dass sie das gern könnten. Auch das Bundesverfassungsgericht lehnt das ab. Das hat es schon vor über zwanzig Jahren deutlich gemacht.⁶

II. Befunde

1. Vorfeldkriminalisierung

Fragen der Vorfeldkriminalisierung sind ein zentrales Beispiel für die Relevanz der Rechtsgutsdiskussion in Deutschland bzw. der Auswirkungen des Trennungsgrundsatzes in Österreich. Unter „Vorfeld“ wird in der Regel dasjenige gemeint, das der „eigentlichen“ Rechtsgutsverletzung im Sinne der „Erfolges“ vorgelagert ist. Beispielsweise ist die vollendete vorsätzliche Tötung (§ 212 dStGB, § 75 öStGB) diese „eigentliche“ Rechtsgutsverletzung. Der Versuch einer Tötung und erst recht deren Vorbereitung ist das „Vorfeld“ der Verletzung. Auch über die Unterscheidung von konkreter und abstrakter Gefährdung erreicht man eine Unterscheidung, die freilich auf einer völlig anderen Ebene liegt, weil die abstrakte Gefährdung nicht das zeitliche Vorstadium der konkreten Gefährdung ist.⁷ Die reine Form abstrakter Ge-

* Dieser Beitrag ist der ZIS gewidmet, die zehn Jahre eine enorm wichtige und nicht mehr wegzudenkende Kommunikationsarbeit im Bereich der transnationalen Dogmatik und Strafrechtsvergleichung geleistet hat.

¹ Engländer, ZStW 127 (2015), 616; Kudlich, ZStW 127 (2015), 635; Brodowski, ZStW 127 (2015), 691 (709 ff.).

² Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, 2016 (im Erscheinen).

³ Bei Brodowski, ZStW 127 (2015), 691 (709, 711); vgl. näher auch Schünemann, ZIS 2016, 654. Vgl. insofern auch besonders die Beiträge von Burchard, Hörnle, Perron und Ambos, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/ Brodowski (Fn. 2). Sie deuteten schon bei der Tagung letztlich einen Generationswechsel an, weil die Position vor allem der weltweiten Vorbildfunktion der deutschen Dogmatik zunehmend und zu Recht relativiert wird. Vgl. dazu bereits zutreffend: Vogel, JZ 2012, 25.

⁴ Vgl. Honig, Die Einwilligung des Verletzten, 1919, S. 94, zur strafrechtlichen Rechtsgutslehre.

⁵ Vgl. nur Art. 31 Abs. 1 des Wiener Vertragsrechtsübereinkommens vom 23.5.1969 (BGBI. II 1985, S. 927; II 1987, S. 957) als Kodifikation von bereits zuvor schon lange bestehendem Völkergewohnheitsrecht in deutscher Übersetzung: „Ein Vertrag ist nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Ziels und Zweckes auszulegen.“

⁶ BVerfGE 86, 28 (35 f., 42 ff.), und zuletzt BVerfG, Beschl. v. 26.2.2008 – 2 BvR 392/07 = BVerfGE 120, 224 Rn. 39.

⁷ Vgl. Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 163 ff., 337 ff., der vor allem und zu Recht betont, dass man die abstrakte Gefährdung gerade nicht mit dem Angriffsparadigm

fährdung ist umgesetzt beim Tätigkeitsdelikt. Ein gutes Beispiel ist die Trunkenheitsfahrt nach § 316 dStGB. Allein das Fahren in fahruntüchtigem Zustand ist verboten und mit Kriminalstrafe sanktionierbar. Dieses Fahren muss nicht zu einem Verletzungs- oder konkreten Gefährdungserfolg führen. Ein vergleichbares Delikt des Kriminalstrafrechts gibt es in Österreich nicht. Die folgenlose Trunkenheitsfahrt ist ausschließlich als Verwaltungsstrafat sanktionierbar. Dies gilt in Österreich auch für das Fahren ohne Fahrerlaubnis, das in Deutschland nach § 21 dStVG als Kriminalstrafat sanktionierbar ist, in Österreich jedoch nach § 37 des österreichischen Führerscheingesetzes nur eine Verwaltungsstrafat in Form einer Verwaltungstretung darstellt.

Wenn man den Grad der Vorfeldkriminalisierung in Österreich analysiert, kommt man zur Erkenntnis, dass der Gesetzgeber diese fast ausschließlich dem Verwaltungsstrafrecht zuschlägt und nur ausnahmsweise dem Kriminalstrafrecht. Er erreicht damit etwas, das die deutsche Rechtsgutsdiskussion bislang vergeblich umzusetzen trachtete. Generell stehe ich dabei vor dem methodischen Problem, wie ich nachweisen kann, dass der Rechtsgutsgedanke im österreichischen Rechtsdenken kaum eine Rolle spielt. Es wäre eine Forschungsarbeit für sich, die Gesetzgebungsmaterialien einschließlich der im Umfeld dazu publizierten Arbeiten zu durchforsten, ob direkt oder auch nur indirekt auf den Rechtsgutsgedanken Bezug genommen wird. Im Nachfolgenden werde ich mich auf punktuelle Hinweise beschränken. In vielen Gesprächen wurde aber meine These als solche unproblematisch akzeptiert: Ein Rechtsgutsdenken spielt in Österreich auf der hier allein interessierenden Ebene der Gesetzgebung – anders als auf der Ebene der einfachrechtlichen Dogmatik⁸ – keine entscheidende Rolle; und eine verfassungsrechtlich verbindliche, wie sie in Deutschland eingefordert wird, auf keinen Fall.

Vor diesem Hintergrund ist der Befund, den eine jüngere wissenschaftliche Untersuchung ergeben hat, sehr bedeutsam. Rauter hat analysiert, welche Tätigkeitsdelikte es im Kriminalstrafrecht des österreichischen StGB und (!) im praktisch relevanten österreichischen Nebenstrafrecht gibt. Sie fasst ihr Ergebnis in einer Tabelle zusammen, die nur 31 (in Worten: einunddreißig) Strafbestimmungen umfasst.⁹ Legt man genau dieselben Kriterien¹⁰ beim deutschen Kern- und Nebenstraf-

ma der vollendeten Verletzung bzw. der konkreten Gefährdung erklären könne; dargestellt bei Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 22 ff.

⁸ Vgl. z.B. die Darstellung bei Schick, ZÖR 65 (2010), 573 (580 ff.).

⁹ Rauter, in: Lagodny (Hrsg.), Strafrechtsfreie Räume in Österreich und Deutschland, Ergebnisse eines rechtsvergleichenden Lehrprojekts, 2015, S. 85 (122 f.).

¹⁰ Z.B. Ausblendung von verwaltungsakzessorischen Delikten, von Eignungsdelikten, von Delikten mit zusätzlichem Erfordernis einer konkreten Gefährdung, von Delikten mit erweitertem Vorsatz, von völkervertragsrechtlich vorgegebenen Sanktionierungen im Bereich etwa der Drogendelikte etc.; vgl. näher Rauter (Fn. 9), S. 102 ff. und 110 f.; und Lagodny, in: Lagodny (Fn. 9), S. 265 (272 f.).

recht an, so führt allein die Analyse des StGB dazu, dass man auf 24 Straftatbestimmungen kommt. Würde man das deutsche Nebenstrafrecht analysieren, so ist eine dreistellige Ziffer für Deutschland zu erwarten. Freilich wäre eine solche Analyse bereits alleine angesichts des Umfangs der Sammlung von *Erbs/Kohlhaas* mit zurzeit¹¹ 14.070 Seiten eine Herkulesaufgabe.

Dieser Befund bedarf der Erklärung.

2. Inhaltlich neuralgische Punkte

Während sich die gerade behandelte Vorfeldproblematik immer auf ein bestimmtes Rechtsgut und dessen zeitlicher Verflüchtigung¹² hin zu Allgemeindelikten bezieht, spielt der Rechtsgutsgedanke in Deutschland vor allem auch allein inhaltlich eine Rolle. Besonders deutliche Beispiele sind der Tierschutz (unten a) oder das Eigendoping (unten b).

a) Tierschutz

Nach § 222 öStGB ist die Tierquälerei mit Kriminalstrafe bedroht. Bis 1971 gab es in Österreich landesrechtlich unterschiedliche Regelungen. Die seinerzeit dann geschaffene bundeseinheitliche Regelung des § 524 StG sollte den „Unwert der Tierquälerei“ erfassen.¹³ Die Regierungsvorlage für den späteren § 222 öStGB betonte: Das Gewicht der Tierquälerei „erfordert gerichtliche Bestrafung“. Die Verwerflichkeit der Tierquälerei sei auch „überall in gleicher Weise selbstverständlich“¹⁴. Damit sollte der Unwert der Tierquälerei zumindest in qualifizierten Fällen durch Verschärfung der Sanktionen erfasst und eine (bundes-)einheitliche Behandlung dieses Delikts sichergestellt werden.¹⁵ Das geschützte Rechtsgut wird heute im Wohlergehen des (höher entwickelten) Tieres gesehen.¹⁶

Der klassische deutsche Gedankengang lässt sich hingegen folgendermaßen zusammenfassen: Strafrecht dürfe nur dem Schutz von Menschen dienen, also sei die Bestrafung von Tierquälerei entweder gar nicht möglich oder nur unter sehr engen und geradezu gekünstelt wirkenden Vorausset-

¹¹ *Erbs/Kohlhaas*, Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar, 207. Lfg., Stand: März 2016.

¹² Besonders deutlich bei den Suchtgiftdelikten: Die konkrete kausale Fremdverletzung z.B. durch Suchtgift als Körperverletzung einerseits und der bloße Suchtgiftbesitz ohne weitergehenden Verwendungsvorsatz als Vorfeld denkbarer kausaler Fremdverletzungen andererseits.

¹³ Philipp, in: Höpfel/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 147. Lfg., Stand: Mai 2016, § 222 Rn. 3.

¹⁴ Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage zum Strafrechtsänderungsgesetz 1971, 39 BlgNR 12. GP, S. 19.

¹⁵ Philipp (Fn. 13), § 222 Rn. 2.

¹⁶ Philipp (Fn. 13), § 222 Rn. 5, unter Berufung auf Kienapfel/Schmoller, Grundriß des österreichischen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 3, 1999, § 222 Rn. 7.

zungen.¹⁷ Bringt man diese deutsche Position in Österreich ein, so stößt man schlicht auf Unverständnis.

b) Doping

Man hat jetzt in Österreich auch ohne deutsche Rechtsgutsdiskussion erreicht, dass das Eigendoping gerade nicht strafbar ist,¹⁸ während genau dies in Deutschland offensichtlich trotz Rechtsgutsdiskussion nicht zu verhindern war.¹⁹ Man kann in Deutschland deswegen aber kaum einen Verfassungsverstoß annehmen. Die kernstrafrechtliche Sanktionierung des Eigendopings mag man zwar in der Tat als sehr weitreichende Ausprägung eines paternalistischen Ansatzes ansehen. Dies allein führt meines Erachtens aber noch lange nicht zur Verfassungswidrigkeit.

Auch solche Unterschiede verlangen Gründe und Erklärungen.

III. Mögliche Gründe und Erklärungen für die fehlende Bedeutung der deutschen Rechtsgutslehre in Österreich

Zuerst möchte ich skizzieren, warum die Rechtsgutsdiskussion in Deutschland überhaupt eine solche Bedeutung erlangt hat (unten 1.). Ein erster Erklärungsversuch erfolgt dann über eine verfassungsrechtliche Besonderheit in Österreich, den „Trennungsgrundsatz“ (unten 2.). Staatstheoretische Grundlagen im Rechtspositivismus Kelsens liefern eine weitere Grundlage im österreichischen Recht (unten 3.) und das Begutachtungsverfahren bei der Gesetzgebung zieht daraus die praktische Konsequenz (unten 4.).

1. Die historisch-kulturelle Kontext des Rechtsgutskonzepts in Deutschland

Die Bedeutung der Rechtsgutsdiskussion für das deutsche Strafrecht kann man nur aus der historisch-kulturellen Entwicklung heraus verstehen. Zentral war insoweit das Anliegen, den Gesetzgeber in Schranken zu weisen. Dies prägte die deutsche Rechtsgutsdiskussion von Anfang an. Nachdem das deutsche Recht in der nationalsozialistischen Zeit deformiert worden war, entwickelte die deutsche Strafrechtslehre vor allem in den 60er und 70er Jahren des 20. Jahrhunderts die Rechtsgutslehre. Damit sollte vor allem verhindert werden, dass über das Strafrecht bloße Moralwidrigkeiten sanktioniert werden. Eine wichtige Grundlage war z.B. auch die

personale Unrechtslehre von *Hassemer*.²⁰ Dies führte zu teilweise heftigen Diskussionen über die Legitimität von strafrechtlich geschützten abstrakten Gefährdungsverboten.²¹

Die junge Bundesrepublik Deutschland musste sich in dieser Zeit erst finden. In der politischen Auseinandersetzung spielten gesetzgebungskritische Konzepte eine herausragende Rolle. Gleichzeitig avancierte das deutsche Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe zu einem allseits geachteten und respektierten Schiedsrichter: Es gab kaum einen großen politischen Konflikt, bei dem dieses Gericht nicht das letzte Wort sprach. In Sachen Schwangerschaftsabbruch brauchte es sogar zwei Entscheidungen, bis wieder Ruhe eingekehrt war.²² Ein Höhepunkt der Rechtsgutsdiskussion war sicherlich die europäische Diskussion um die Neuregelung des Umweltstrafrechts in den 80er Jahren des 20. Jahrhunderts: Ein Hauptstreitpunkt war, ob die Umwelt als solche strafrechtlich geschützt werden darf oder ob nicht jede strafrechtliche Regelung auf „den Menschen“ rückbezogen werden muss.²³

Rückblickend kann man die deutsche Rechtsgutsdiskussion als spezielle strafrechtliche Ausprägung der Auseinandersetzung mit dem Nationalsozialismus und seinem geistigen Umfeld verstehen.²⁴ Eine vergleichbare Konfrontation mit der eigenen Vergangenheit hat es in Österreich zur damaligen Zeit überhaupt nicht gegeben. Vielmehr versuchte man insgesamt, an Zeiten vor dem Nationalsozialismus anzuknüpfen. Man verstand sich ja als erstes „Opfer“ der Nationalsozialisten.²⁵

In Deutschland war die strafrechtliche Diskussion auch deshalb notwendig, weil man vom Verfassungsrecht wenig „Schützenhilfe“ bekommen hat, obwohl eine Begrenzung einfachen Rechts primär durch höherrangiges Verfassungsrecht zu leisten gewesen wäre. Auch insoweit war die Nähe von Teilen der (deutschsprachigen) „Staatsrechtslehre“ zum Nationalsozialismus schlicht hinderlich. Die Welten des deutschen Verfassungsrechts und des deutschen Strafrechts waren fast hermetisch gegeneinander abgetrennt. Erst in den 90er Jahren des 20. Jahrhunderts kam eine nennenswerte Diskussion über Begrenzungen des Strafrechts durch das Verfassungsrecht auf. Das Bundesverfassungsgericht erteilte einem rein strafrechtlichen Begrenzungskonzept aber dann in

¹⁷ Dazu die Darstellung von *Pfohl*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 2. Aufl. 2013, § 17 Tierschutzgesetz Rn. 1 ff.

¹⁸ Vgl. nur *Tipold*, in: Höpfel/Ratz (Fn. 13), 124. Lfg. Stand: Juli 2015, Vor §§ 22a-d ADBG m.w.N. Dort wird unter zutreffender Berufung auf die Materialien (Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage 561 BlgNR 23. GP; Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage 777 BlgNR 21. GP) betont, dass es ausdrücklicher gesetzgeberischer Wille war, das Eigendoping nicht zu erfassen. Die Bestrafung des Sportlers solle den Sportverbänden überlassen bleiben. Ebenso: *Kirchbacher*, in: Höpfel/ Ratz (Fn. 13), § 147 Rn. 58a.

¹⁹ Siehe § 3 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 4 Anti-Doping-Gesetz vom 10.12.2015 (BGBI. I 2015, S. 2210).

²⁰ *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1980, S. 192 ff.

²¹ Vgl. dazu die Darstellung bei *Lagodny* (Fn. 7), S. 21 ff.

²² BVerfGE 39, 1; 88, 203.

²³ Vgl. dazu die Nachweise bei *Kudlich*, ZStW 127 (2015), 635, und bei *Engländer*, ZStW 127 (2015), 616, sowie bei *Lagodny* (Fn. 7), S. 21 ff.

²⁴ Siehe auch *Vogel*, ZStW 115 (2003), 638.

²⁵ Siehe <https://de.wikipedia.org/wiki/Opferthese> (13.9.2016); *Ehtreiber*, in: Panagl/Gerlich (Hrsg.), Wörterbuch der politischen Sprache in Österreich, 2007, Stichworte: „Vergangenheitsbewältigung“ (S. 446 ff.), „Wehrmachtsausstellung“ (S. 468 ff.) und „Wiedergutmachung“ (S. 477 f.) sowie *Djordjevic* (a.a.O.), Stichwort: „Opferthese“ (S. 296 ff.); *Uhl*, ÖZP 2011, 19.

der Inzest-Entscheidung aus dem Jahre 2008 eine klare Absege.²⁶

In der Zwischenzeit hatte sich die strafrechtliche Rechtsdiskussion aber verselbständigt. Es waren Positionen aufgebaut, von denen man nur schwer abgehen konnte, ohne den eigenen Ansatz in Frage zu stellen. Aus heutiger Sicht war diese Diskussion also notwendig, ist aber heute letztlich in vielerlei Hinsicht überholt durch verfassungsrechtliche Argumentationen.

Vielleicht ist es aber auch ein Misstrauen in den 50er und 60er Jahren gegenüber der tatsächlichen Kontrollmacht der Verfassung und ihres Gerichtes, welche dazu geführt hat, dass man im deutschen Strafrecht die Zügel selbst in die Hand nehmen wollte. Vielleicht hatte man sich auch noch nicht hinreichend mit dem Verfassungsrecht befasst und es als externe Kontrolle verstanden, die mit den Feinheiten und dem Tiefsinn des Strafrechts ohnehin nicht viel anzufangen wusste.

Doch sei dies hier dahingestellt. Das Verhältnis des Kriminalstrafrechts zum Verwaltungsstrafrecht verlief in Österreich historisch vor einem ganz anderen Hintergrund, nämlich dem seit den 20er Jahren des 20. Jahrhunderts geltenden Trennungsgrundsatz.

2. Der Trennungsgrundsatz (Art. 94 Abs. 1 B-VG)

a) Darstellung

Für den österreichischen Gesetzgeber spielt ein in Deutschland wiederum unbekannter Grundsatz eine zentrale Rolle. Der verfassungsrechtlich vorgegebene Trennungsgrundsatz in Art. 94 Abs. 1 Bundesverfassungsgesetz lautet:

„Die Justiz ist von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt.“

Dieser Grundsatz hat es in sich. Er ist zunächst die österreichische Sicht des Gewaltenteilungsprinzips.²⁷ Wenn man ihn isoliert und ohne den österreichischen Hintergrund betrachtet, fragt man sich: Warum soll die Verwaltung in Österreich vor den Gerichten geschützt werden? Seit 2014 ist diese Frage prima vista hinfällig, weil es seither unabhängige Verwaltungsgerichte gibt. Der bis 2014 geltende Rechtszustand hat aber die Sicht des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsstrafrechts geprägt: Ein ordentliches Gericht darf niemals eine Verwaltungsbehörde kontrollieren.²⁸ Dies hat natürlich

²⁶ BVerfG, Beschl. v. 26.2.2008 – 2 BvR 392/07 = BVerfGE 120, 224 Rn. 39.

²⁷ Siehe schon Coreth, ÖVwBl. 18 (1930), 1; siehe auch z.B. Berka, Verfassungsrecht, 6. Aufl. 2016, Rn. 388 f.; Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 11. Aufl. 2015, Rn. 162 f. Besonderes instruktiv auch: Khakzadeh-Leiler, in: Kneihs/Lienbacher (Hrsg.), Rill-Schäffer-Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, 12. Lfg. 2013, Art. 94 B-VG Rn. 1 ff.

²⁸ Wiederin, ÖJZ 2011, 352; Machacek, in: Machacek (Hrsg.), Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof und vor dem Verwaltungsgerichtshof, 5. Aufl. 2004, S. 11; Graben-

unmittelbare Konsequenzen für die Konzeption eines Verwaltungsstrafverfahrens: Auch dieses ist strikt von den ordentlichen Gerichten fernzuhalten. In Österreich ist es völlig undenkbar, dass ein ordentliches Gericht über die Rechtmäßigkeit der Verhängung einer Verwaltungsstrafe befindet.

Vor diesem Hintergrund hat sich in Österreich eine strikte Trennung ergeben: Verwaltungsstrafverfahren finden ausschließlich vor Verwaltungsbehörden statt. Seit 2014 werden diese von Verwaltungsgerichten kontrolliert. Zuvor oblag dies den „Unabhängigen Verwaltungssenaten“, die organisatorisch zur Exekutive zählten, aber eine gerichtähnliche Funktion haben sollten.²⁹ Kriminalstrafverfahren haben in Österreich so genannte „gerichtlich strafbare“ Handlungen bzw. Taten zum Gegenstand. Damit will man ausdrücken, dass es sich nicht um Verwaltungsstraftaten handelt. Nur „gerichtlich strafbare“ Handlungen werden von der Staatsanwaltschaft angeklagt und von den ordentlichen Gerichten abgeurteilt. Dies führt dazu, dass der österreichische Gesetzgeber sich definitiv für den einen oder für den anderen Weg der Sanktionierung entscheiden muss. Diese Entscheidung kann zwar rückgängig gemacht werden. Das kam bislang jedoch kaum vor. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang die Hochstufung der Marktmanipulation von einer Verwaltungsstraftat zu einer Kriminalstraftat. Sie geht aber nur auf eine EU-Richtlinie zurück, ist also nicht aufgrund originärer österreichischer kriminalpolitischer Überzeugung entstanden.³⁰

Die Entscheidung für die eine oder für die andere Sanktionsordnung muss auch der deutsche Gesetzgeber treffen. Anders als in Österreich, wo es bis zur Rechts- bzw. Bestandskraft ganz strikt und ausschließlich bei der verfahrensmäßigen Trennung bleibt, kann man in Deutschland zwischen dem Ordnungswidrigkeitenverfahren, wie das deutsche Verwaltungsstrafverfahren bezeichnet wird, und dem Kriminalstrafverfahren wechseln. Dies wird aus §§ 21 und 40 dOWiG ersichtlich. Ein solcher Wechsel wäre in Österreich wegen der verfassungsrechtlichen Vorgabe des Trennungsgrundsatzes völlig undenkbar.³¹ Weder wird „nur das Strafgesetz“ angewendet, wie es § 21 Abs. 1 dOWiG für den Fall einer gleichzeitigen Anwendbarkeit von Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht vorsieht, noch ist das österreichische Verwaltungsstrafverfahren subsidiär, wie es § 21 Abs. 2

warter/Ohms, Bundes-Verfassungsgesetz mit Nebenverfassungsrecht, 13. Aufl. 2014, S. 184.

²⁹ Zur Frage, ob die Unabhängigen Verwaltungssenate als „Gericht“ i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK anzusehen sind, gibt es viele Entscheidungen, siehe zum Ganzen z.B. Larcher (Hrsg.), Handbuch UVS, Organisation, Verfahren und Zuständigkeiten der Unabhängigen Verwaltungssenate, 2012, passim.

³⁰ § 48n BörseG, siehe öBGBI. I 2016, Nr. 76; vgl. dazu Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage 1186 BlgNR 25. GP, S. 1, die auf die Richtlinie 2014/57/EU über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie) Bezug nimmt.

³¹ Vgl. zur österreichischen Rechtslage: Schick, ZÖR 65 (2010), 573 (577 f.).

dOWiG anordnet. Undenkbar wäre auch die Verfolgung einer Verwaltungsstrafat durch die Staatsanwaltschaft (§ 40 dOWiG).

Diese österreichische Normalität mit deutscher Brille zu verstehen, benötigt lange Zeit.³² Und es ist umgekehrt für jemanden, der in Österreich juristisch sozialisiert worden ist, geradezu unverständlich, dass man diese österreichische Konzeption des Gewaltenteilungsprinzips nicht versteht.

b) Konsequenzen

Die Konsequenzen hieraus können nicht überschätzt werden. Das Kriminalstrafrecht und das Verwaltungsstrafrecht stehen bis hin zu völlig separaten Verfahrenszügen selbständig nebeneinander. Nur das Verwaltungsgericht erkennt über Verwaltungsstraftaten, nicht das „ordentliche“ Gericht der Justiz. Das geht sogar so weit, dass die Betreuung einer Dissertation zur transnationalen Vollstreckung von deutschen Bußgeldbescheiden bzw. österreichischen Verwaltungsstrafverfügungen im Straßenverkehrsbereich ein Problem für mich darstellt, weil ich keine Venia im österreichischen Verwaltungsrecht habe. Mit anderen Worten: Der Trennungsgrundsatz ist im österreichischen Strafverfassungsrecht geradezu unverrückbar verankert.

Die Ergebnisse sind aus deutscher Sicht allerdings vorbildlich. Man kann durchaus formulieren:

Das österreichische Recht hat vor allem auf der Grundlage des Trennungsgrundsatzes eine Rechtslage herbeigeführt, von der die traditionelle deutsche Strafrechtsdoktrin mit dem Rechtsgutsprinzip nur träumen kann.

An diesem Befund führt kein Weg vorbei – trotz Berufung auf die lange deutsche Rechtsgutsdiskussion, auf die tief-schürfende Gründlichkeit oder auf den Grundsatzcharakter. Wir müssen es deshalb akzeptieren, dass es diesseits und jenseits der deutsch-österreichischen Grenze zwei völlig verschiedene Ansätze gibt, um den Strafrechtsgesetzgeber in seine Grenzen zu weisen: die dafür weitgehend untaugliche Rechtsgutsdiskussion und der Trennungsgrundsatz.

Sicherlich ist der Trennungsgrundsatz – wie *Kudlich*³³ zu Recht betont hat – ein formales Prinzip. Es sagt dem österreichischen Gesetzgeber nur: Entscheide Dich entweder für das Kriminalstrafrecht oder für das Verwaltungsstrafrecht. Diese Entscheidung muss auch der deutsche Strafgesetzgeber in jedem Fall treffen. Der Trennungsgrundsatz bedeutet aber zusätzlich: Es bleibt bei der einmal getroffenen Entscheidung; vor allem gibt es verfahrensrechtlich keinerlei Verbindung oder Übergang. Das ist der ganz entscheidende Unterschied zur deutschen Rechtslage. Deshalb kommt es gar nicht auf die fehlende inhaltliche Ausrichtung an: Ist der Gesetzgeber durch die ausgewählte Tür gegangen, gibt es (fast) kein Zurück mehr.

³² Siehe unten IV. 1.

³³ Bei Brodowski, ZStW 127 (2015), 691 (709, 712).

c) Hypothesen

Gleichwohl bleibt der sehr erklärbungsbedürftige Befund, dass es in Österreich ein überaus großes Maß an gesetzgeberischer Zurückhaltung gegen „zu viel“ Kriminalstrafrecht und vor allem gegen eine flächendeckende Vorfeldkriminalisierung gibt. Ich kann deshalb nur erklärende Hypothesen formulieren:

Erste Hypothese: Der österreichische Trennungsgrundsatz zwingt den Gesetzgeber dazu, sich abschließend entweder für das Kriminalstrafrecht oder für das Verwaltungsstrafrecht zu entschließen. Diese Entscheidung kann verfahrensrechtlich nicht durch einen nahtlosen Übergang zwischen beiden Verfahren in derselben Sache relativiert werden. Dieser ist nur nach deutscher Rechtslage möglich.

Zweite Hypothese: Der Trennungsgrundsatz hat in Österreich eine viel längere Tradition als die strafrechtliche deutsche Diskussion über Vorfeldkriminalisierung und Rechtsgüter. Der Trennungsgrundsatz wurde auch in die österreichische Verfassung (Art. 94 B-VG) aufgenommen.³⁴ Er entstand lange vor der gesellschaftlichen Entwicklung, die zum Ruf nach mehr Kriminalstrafrecht im Vorfeld geführt hat. Diese hat im Grunde erst eingesetzt nach dem 2. Weltkrieg und im Zuge der weltweiten Diskussion über gesellschaftliche „Großstörungen“³⁵, wie insbesondere z.B. den Klima- und Umweltschutz. Damit verbunden war der Übergang von Erfolgs- und konkreten Gefährdungsdelikten zu mehr abstrakten Gefährdungsdelikten.³⁶ Dies bedeutete von der Sache her einen Rückgriff auf ein eher polizeirechtliches Regelungsinstrument, das ins Kriminalstrafrecht übertragen wird. Diese Weggabelung hat das österreichische öffentliche Recht mithin zeitlich schon vor dem 2. Weltkrieg gelöst – eben durch Einführung des Trennungsgrundsatzes. Deshalb finden sich auch sehr wenige reine abstrakte Gefährdungsdelikte im österreichischen Kriminalstrafrecht.

Dritte Hypothese: Auf der Grundlage dieser beiden Hypothesen bekommen nachfolgende Beobachtungen eine besondere Bedeutung: Es gibt in der österreichischen politischen Kultur eine grundsätzliche Zurückhaltung. Man kann sie mit dem Prinzip „Leben und leben lassen“ charakterisieren. Diese Grundhaltung scheint eine Rolle zu spielen bei der Entscheidung zwischen Kriminal- und Verwaltungsstrafrecht. Man ist sich der Bedeutung und der Eingriffstiefe des Kriminalstrafrechts in Österreich viel mehr bewusst. Ob zusätzlich noch der Gedanke der Sozialpartnerschaft³⁷ eine Rolle spielt, lasse ich hier offen.

Ebenfalls charakteristisch scheint mir in Österreich eine Abneigung gegen „grundständliches“ oder „kategorisches“ Denken zu bestehen, wenn es verbunden wird mit einer „konsequenten“ Durchsetzung, wie es nun mal für deutsches Denken prägend ist. Ein treffendes Beispiel hierfür ist die Dis-

³⁴ Dazu Coreth, ÖVwBl. 18 (1930), 1 (diesen Hinweis verdanke ich meinem sehr geschätzten, lieben Kollegen *Ewald Wiederin* [Wien] der mir mit Engelsgeduld meine Fragen zum Trennungsgrundsatz zu beantworten versucht hat).

³⁵ Begriff von Kratzsch, GA 1989, 49 (67).

³⁶ Vgl. näher die Darstellung bei *Lagodny* (Fn. 7), S. 21 ff.

³⁷ Dazu *Lagodny* (Fn. 10), S. 276 f.

kussion um die „Rettungsfolter“. Sie hat in Deutschland geradezu zwei Lager³⁸ provoziert, die sich unerbittlich argumentierend gegenüber standen oder stehen. Vergleichbares gibt es in Österreich nicht; hier scheint mir die Begrenzung der Nothilfe durch Art. 3 EMRK weitgehend außer Frage zu stehen.³⁹

Diese drei Hypothesen sind bewusst offen formuliert, weil ich sie hier auf keinen Fall schon überprüfen kann. Das wäre ein Forschungsprogramm für mehrere Jahre.

Nicht sinnvoll wäre es freilich, für das deutsche Verfassungsrecht ein Pendant zum österreichischen Trennungsgrundsatz zu erfinden. Das wäre ebenfalls nicht weiterführend, weil dieser auf die deutsche Rechtsordnung nicht passt. Nur am Rande sei aber erwähnt, dass man den Trennungsgrundsatz in Österreich schlicht als Ausprägung des Gewaltenteilungsprinzips versteht.⁴⁰ Von daher läge es eigentlich nahe, diesen Grundsatz nach Deutschland zu „exportieren“, kennt doch auch die deutsche Verfassung in Art. 20 Abs. 3 GG das Gewaltenteilungsprinzip.

Im Folgenden wird es deshalb darum gehen, die Unterschiede in ihrer kulturell-historischen Rechtsentwicklung zu verstehen. Dann wird es offensichtlich, dass man den Trennungsgrundsatz nicht nach Deutschland übertragen kann. Aber eben auch nicht die Rechtsgutstheorie nach Österreich, weil es dafür überhaupt keinen Bedarf gibt: Man hat ja bereits wirksame Korrektive. Damit wird zugleich offengelegt, warum eine Übertragung wichtiger Konzepte – wie eben dem deutschen Rechtsgutskonzept – auf andere Rechtsordnungen mit größter Vorsicht zu genießen ist.

Freilich ist damit noch nicht erklärt, weshalb man in Österreich die deutschen Zweifel an der Legitimität eines kriminalstrafrechtlichen Tierschutzes, der nicht auf „den Menschen“ zurückgeführt werden kann, nicht recht nachvollziehen mag.⁴¹ Der strafrechtliche Schutz von Tieren ist zwar formallogisch mit der deutschen Argumentation zu kritisieren, nicht jedoch von den Werten und den Wertungen her. Es geht um den Schutz der lebenden Kreatur. Das mag man mit noch so vielen Worten relativierend umschreiben.

3. Der Rechtspositivismus von Kelsen

Die Rechtsentwicklung in Österreich ist untrennbar mit dem Namen und dem Wirken von *Hans Kelsen* verbunden. Der Schöpfer der rechtspositivistischen Reinen Rechtslehre hat nicht nur die Verfassung von 1920 entscheidend geprägt; sein Einfluss im österreichischen öffentlichen Recht ist auch heute noch unvermindert groß. Die Macht des Gesetzgebers ist vor diesem Hintergrund entscheidend: Soweit er die Kompetenz besitzt, darf er fast alles machen. Dabei muss er freilich

³⁸ Vgl. die umfangreichen Nachweise bei *Perron*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 32 Rn. 62a.

³⁹ Vgl. *Weberndorfer*, Rettungsfolter als zulässige Verteidigungshandlung?, 2008.

⁴⁰ Siehe bereits *Coreth*, ÖVwBl. 18 (1930), 1 (4).

⁴¹ Dies ist meine eigene Einschätzung aufgrund von Fachgesprächen. Eine ausdrückliche schriftliche Ablehnung habe ich nicht gefunden.

(auch) die Grundrechte achten. Dieser rechtspositivistische Ansatz wiederum bedeutet für die (straf-)rechtswissenschaftliche Theorie in Österreich, dass sie kaum rechtspolitisch argumentiert. Denn das ist nicht die Aufgabe der Rechtswissenschaft nach *Kelsen*. Dessen Theorie prägt nach meinem Eindruck auch das Strafrecht – und zwar heute noch. In Österreich wäre es heute nämlich wenig akzeptiert, ginge ein Lehrbuch nicht vom Gesetz aus, sondern zunächst von der Theorie des Autors, um daran das geltende Recht zu messen. Letzteres ist jedenfalls die Vorgehensweise von *Jakobs*⁴² oder von *Köhler*⁴³.

Genau dies wäre aber im Lichte des Positivismus undenkbar, weil danach einzig und allein der Gesetzgeber zur Schaffung von Recht berufen ist. Dies schließt nicht aus, dass einzelne Lehrbücher sich kritisch zum geltenden Recht äußern. Dies ist aber eher die Ausnahme. Primär versucht man, den gesetzlich vorgesehenen Stoff und die gerichtliche Praxis dazu zu ordnen und zu systematisieren. Ein rechtspolitisches dogmatisches Denken, mit dem das geltende Recht in Frage gestellt und nicht nur überzeugender ausgelegt wird, ist im österreichischen Strafrecht eher die Ausnahme.⁴⁴ Freilich ordnet und systematisiert auch die deutsche Dogmatik. Sie geht darüber hinaus aber von einem gesetzeskritischen Selbstverständnis aus: „Die Strafrechtswissenschaft hat auch die Antwort auf die Frage zu geben, welches Strafrecht in der jeweiligen Zeit legitimes Strafrecht ist und welches nicht legitim [...] ist.“⁴⁵ Wer sich als „Rechtsgehilfe“ nur im Rechtssystem aufhalte, mag dieses fördern, ohne allein deshalb auch Wissenschaft zu betreiben.⁴⁶ Diese Standortbestimmung stammt von *Jakobs*, der damit die anderen deutschen lehrbuchschreibenden Kolleginnen und Kollegen auf die Stufe von „Rechtsgehilfen“ stellen könnte. Sie ist deshalb mit Vorsicht zu verwenden. Aber sie beschreibt eine auch für Österreich zutreffende Richtung eines sehr anderen Wissenschaftsverständnisses in der Rechtswissenschaft. Dieses drückt sich für mich auch in den Vorbehalten⁴⁷ gegenüber verfassungskonformer Auslegung aus.

Man kann jetzt nicht entgegnen, dass es in der Tat sogar in Österreich kaum strafrechtliche Literatur gibt, die sich mit *Kelsen* befasst.⁴⁸ Das wäre zu kurz gegriffen. *Kelsen* und seine Sicht der Dinge wirken in Österreich im Strafrecht vielmehr nur sehr mittelbar und gleichsam „unter der Oberfläche“. Ohne dies belegen zu können oder zu wollen: Das

⁴² *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991.

⁴³ *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, mit Besprechung *Lagodny*, JZ 2000, 40.

⁴⁴ Vgl. als Beispiele und ohne einen irgendwie gearteten Anspruch auf Vollständigkeit die Veröffentlichungen von *Schmoller*, *Fuchs* und *Schwaighofer*.

⁴⁵ *Jakobs*, in: *Engel/Schön (Hrsg.)*, Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 104 (106).

⁴⁶ *Jakobs* (Fn. 45), S. 106.

⁴⁷ Vgl. dazu *Lagodny*, in: Bundesministerium für Justiz (Hrsg.), Die Reform des Haupt- und Rechtsmittelverfahrens, 2011, S. 239.

⁴⁸ Soweit ersichtlich nur *Lippold*, Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin, 1989.

öffentliche Recht in Österreich wird nach meinem Eindruck beherrscht von der Theorie *Kelsens*. Weil aber jeder österreichische Strafrechtler und jede österreichische Strafrechtlerin im Rahmen der rechtswissenschaftlichen Bildung genau dieses öffentliche Recht studiert, wird daran nicht gezweifelt. Das ist ähnlich fest verankert wie *Kant* oder *Hegel* in der deutschen Denkweise.

4. Begutachtungsverfahren

Die deutsche Strafrechtswissenschaft ist in den 90er Jahren des vergangenen Jahrhunderts sehr verstört aufgewacht, als plötzlich der Entwurf für das 6. Strafrechtsreformgesetz zur Harmonisierung der Strafraahmen im StGB an die Öffentlichkeit drang.⁴⁹ Grundsätzlich ist eine solche Überraschung in Österreich nicht möglich, weil Entwürfe bereits dann in der Fachöffentlichkeit diskutiert werden, wenn sie formell noch gar nicht als Gesetzesentwürfe konzipiert sind, sondern es sich erst um einen Ministerialentwurf handelt.⁵⁰ Erstens werden diese Entwürfe als solche auf der Homepage des Bundeskanzleramtes veröffentlicht. Darüber hinaus wird die Fachöffentlichkeit formell zu Stellungnahmen aufgefordert. Jeder österreichische Strafrechtskollege und jede -kollegin bekommt die Entwürfe per Mail zugeschickt und wird zur Stellungnahme aufgefordert. Diese Stellungnahmen werden auch veröffentlicht. Dies hat schon für sich einen Rationalisierungseffekt.⁵¹ Dieses Prozedere nimmt nämlich keineswegs eine Feigenblatt-Funktion ein, sondern führt in nicht wenigen Fällen zu sachlichen Korrekturen.⁵² Österreich wird durch dieses Verfahren freilich nicht zu einer – wie auch immer konzipierten – „Gelehrtenrepublik“. Aber *Lienbacher* charakterisiert das Verfahren zutreffend: „Die Öffentlichkeit und insbesondere die Medien sitzen als Diskussionspartner gleichsam mit am Tisch“.⁵³ Warum eine solche offizielle Information in Deutschland nicht ebenfalls möglich ist, entzieht sich meiner Kenntnis und Vorstellungskraft. Das eigentlich Spannende ist, dass das österreichische Begutachtungsverfahren nicht auf eine verfassungsrechtliche Pflicht zurückgeht, sondern auf eine Entschließung des Nationalrats aus dem Jahre 1961.⁵⁴ Das Begutachtungsverfahren hat deshalb eine lange, schon über 50 Jahre existierende parlamentarische Tradition.

IV. Schlussfolgerungen für die Strafrechtsvergleichung

Vor dem Spiegel der österreichischen Entwicklung stellt sich die deutsche Rechtsgutsdiskussion als spezifisch deutsche Fragestellung heraus. Sie führt in Deutschland zu einer kriti-

schen Analyse von Gesetzgebungsvorhaben, indem sie den Fokus auf den Zweck des Gesetzes richtet.⁵⁵ Hier hat die Rechtsgutslehre zweifellos ganz wichtige Verdienste innerhalb der deutschen Diskussion. Mehr aber auch nicht. Vor allem ist sie nicht verfassungsrechtlich verbindlich.

Für die Rechtsvergleichung bedeutet diese Erkenntnis, dass man vorsichtig sein muss, wenn man die Rechtsgutslehre auf andere Rechtsordnungen und -traditionen übertragen will.⁵⁶ Hier ist generell Vorsicht angezeigt.⁵⁷ Die Zahl von ausländischen Arbeiten, welche die Rechtsgutslehre rezipieren, ist kein überzeugender Beleg, solange nicht offengelegt ist, dass die entsprechende ausländische Rechtsordnung Ansatzzpunkte für einen solchen Transfer bietet und keine Gegenindikationen aufweist.

Die vorstehenden Überlegungen haben jedenfalls gezeigt: Es gibt überzeugende oder jedenfalls nachvollziehbare Gründe, weshalb die deutsche Rechtsgutslehre in ihrer gesetzgebungsrelevanten Funktion⁵⁸ nicht auf die österreichische Rechtsetzungskultur passt. Dies hat nichts damit zu tun, dass man in Österreich die grundlegenden und grundsatzorientierten Überlegungen der deutschen Strafrechtswissenschaft nicht verstünde. Es gibt in Österreich vielmehr andere Mechanismen der kritischen Gesetzgebung, von denen sich umgekehrt die deutsche Rechtsordnung eine Scheibe abschneiden könnte.

Zutreffend ist daran, wie bereits erwähnt,⁵⁹ dass das Selbstverständnis der deutschen Strafrechtsdogmatik darin besteht, die geltende Rechtslage kritisch zu hinterfragen. Es ist auch völlig zutreffend, dass die österreichische Strafrechtsdogmatik bislang und wohl auch in Zukunft ohne Rekurs auf *Kant* oder *Hegel* auskommt. Das leuchtet ein in einer Rechtsordnung, die jahrhundertelang auch dadurch geprägt war, dass *Kant* und *Hegel* auf dem Index der katholischen Kirche gestanden haben.⁶⁰ Im österreichischen Zivilrecht war *Kant* z.B. rezipiert worden,⁶¹ nicht aber im öffentlichen

⁵⁵ Vgl. zutreffend: *Goeckenjan*, in: *Jestadt/Lepsius* (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit, Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, 2015, S. 184 (197 ff.); *Hefendehl*, ZIS 2012, 506.

⁵⁶ Vgl. generell zur Frage der Übertragbarkeit im Rahmen der Rechtsvergleichung: *Lagodny*, in: *Burkhardt/Koch/Gropp/Lagodny/Spaniol/Walther/Künschner/Arnold/Perron* (Hrsg.), *Scripta amicitiae*, Freundschaftsgabe für Albin Eser zum 80. Geburtstag, 2015, S. 387.

⁵⁷ Vgl. zunächst oben Fn. 3 sowie deutlich: *Ambos*, GA 2016, 177 m.w.N.; *Vogel*, JZ 2012, 25; *Kudlich/Hoven*, ZIS 2016, 345 zur Ausdehnung deutschen Strafrechts auf Auslands Sachverhalte.

⁵⁸ Siehe oben I.

⁵⁹ Siehe oben III. 1.

⁶⁰ Siehe *Lagodny* (Fn. 10), S. 271.

⁶¹ Dazu *Schmidlin*, in: *Selb/Hofmeister* (Hrsg.), *Forschungsband Franz v. Zeiller*, 1980, S. 192; *ders.*, *Die Einheit der Rechtsquellen und der Rechtsanwendung im Privatrecht, Gutachten zum 5. Österreichischen Juristentag (1973)* I/1 A, S. 13 ff., 38 ff. und passim; *Grimm*, in: *Selb/Hofmeister*

⁴⁹ Vgl. dazu z.B. *Kreß*, NJW 1998, 633.

⁵⁰ *Lienbacher*, VVDStRL 71 (2011), 7 (38). Zur Begutachtung durch den Verfassungsdienst: *Lienbacher*, in: *Akyürek/Baumgartner/Jahnel/Lienbacher/Stolzlechner* (Hrsg.), *Staat und Recht in europäischer Perspektive*, Festschrift für Heinz Schäffer, 2006, S. 427 (445 ff.).

⁵¹ *Lienbacher*, VVDStRL 71 (2011), 7 (37 ff.).

⁵² *Lienbacher*, VVDStRL 71 (2011), 7 (40).

⁵³ *Lienbacher*, VVDStRL 71 (2011), 7 (39).

⁵⁴ *Lienbacher*, VVDStRL 71 (2011), 7 (41).

Recht. Hier hat *Kelsen* zentrale Bedeutung. Ähnlich wie in Deutschland wird auch in Österreich die traditionelle Trennlinie zwischen öffentlichem und privatem Recht mit aller Macht aufrechterhalten, obwohl die Grenzen zunehmend verwischen und oft nur noch vermeintliche akademische Alleinvertretungsmonopole zu rechtfertigen scheint. Die Entwicklungen im Europarecht sprechen dafür Bände. Dies relativiert für mich die Wirkkraft der Reinen Rechtslehre. Es mag durchaus sein, dass meine Vorbehalte darauf zurückzuführen sind, dass ich nicht von Beginn meiner juristischen Sozialisation an mit dieser Lehre bedacht worden bin, und deshalb ihre Vorteile nicht verstehen.

Es liegt deshalb nahe, dass auch andere Rechtsordnungen ihre jeweiligen gewichtigen Besonderheiten haben, die historisch und ideengeschichtlich gewachsen sind. Ich kann hier nur illustrieren, welche Überlegungen und Erkenntnisse für mich nötig waren, um die österreichische Denkwelt der Dogmatik zu verstehen. Dazu möchte ich an meinen eigenen Erfahrungen in einer anderen und fremden Rechtsordnung anknüpfen (unten 1.). Diese möchte ich mit neuesten Erkenntnissen der Strafrechtsvergleichung verknüpfen, um daran noch mehr zu verdeutlichen, wie geradezu absurd ein möglicher Weltgeltungsanspruch der deutschen Strafrechtsdogmatik ist (unten 2.).

1. Eigene Erfahrungen

Mir wurden die oben geschilderten Besonderheiten der österreichischen Rechtsordnung und des österreichischen Rechtsdenkens erst nach über zehn Jahren meiner Tätigkeit in Salzburg bewusst. Weder mit dem „Trennungsgrundsatz“ noch mit der Reinen Rechtslehre kann ich mich intellektuell anfreunden. Aber ich kann inzwischen das mit beidem verbundene Rechtsdenken wenigstens nachvollziehen. Doch sollen die damit zusammenhängenden Fragen jetzt nicht hier diskutiert werden. Entscheidend für mich ist es, dass es so lange gedauert hat, bis mir diese beiden Faktoren bewusst geworden sind.

Eine wichtige Rolle hat dabei der österreichische Soziologe *Georg Simmel* gespielt. Er hat an der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert davon gesprochen, dass keiner die Kultur so kennt, wie der „Fremde, der heute kommt und morgen bleibt“.⁶² Das bedeutet für die Rechtsvergleichung, dass man in den Rechtsordnungen, die man vergleichen will, im Idealfall gelebt haben muss. Nur dann kann man die entscheidenden Details erkennen. Als Fremder kann man das deshalb gut, weil man Fragen stellt, die dem Einheimischen gar nicht in den Sinn kommen, weil sie so selbstverständlich sind.

So ging es mir mit dem Trennungsgrundsatz. Er war das zentrale Argument, weshalb es in Österreich bis zum Jahre 2014 – bis auf die keinesfalls umfassende und flächendeckende Kontrolle durch den Verwaltungsgerichtshof – keinen Verwaltungsrechtsschutz durch wirklich von der Verwaltung unabhängige Gerichte gab. Meine Frage in der Zeit davor

(a.a.O.), S. 97; vgl. auch *Ogris*, in: Olechowski (Hrsg.), Elemente europäischer Rechtskultur, 2003, S. 311 (320).

⁶² *Simmel*, Soziologie, 1908, S. 685 (Exkurs über den Fremden).

war: „Warum müssen österreichische Verwaltungsbehörden vor den Gerichten geschützt werden?“ Wenn jemand diese Frage überhaupt verstand, dann kamen allenfalls zögerliche mündliche Antworten.⁶³ Diese gingen dahin, dass im 19. Jahrhundert das Vertrauen der Bürger in die Verwaltung höher war als in die dem Monarchen ergebene Richterschaft.

Den Gedanken von *Georg Simmel* kann man auch in die gegenläufige Richtung sinngemäß anwenden: Erst aus der Außenperspektive wird einem manche Besonderheit der Herkunftsrechtsordnung bewusst. Und das Beispiel der Rechtsgutsdebatte ist ein besonders gutes Beispiel.

Ein weiteres Beispiel ist der Katechismus der deutschen juristischen Ausbildung. Er wird geprägt vom Heiligen Gral des „Gutachtenstils“. In Österreich kennt man diesen Begriff nicht und kommt dennoch gut zurecht.⁶⁴ Und so ist es auch bei der Rechtsgutsdiskussion: Erst von der Außenperspektive her wird mir bewusst, warum es einer solchen gerade in Deutschland vielleicht bedarf oder wenigstens: warum eine solche gerade in Deutschland entstanden ist. Das zwingt zur Frage, von welchen Besonderheiten der deutschen Rechtsordnung es abhängt, dass sich eine solche Diskussion entwickeln konnte. Mit anderen Worten: Erst die Außenperspektive führt zur Frage des „Warum?“. Sie ist aus deutscher Sicht genauso erstaunlich – ja vielleicht sogar befremdlich – wie für die österreichische Dogmatik meine Frage nach dem „Warum“ des Trennungsgrundsatzes.

2. Abhängigkeit der rechtsvergleichenden Methode von der Zielsetzung (Eser)

Verknüpft man freilich die vorstehenden Überlegungen mit einer ganz neuen Erkenntnis zur Rechtsvergleichung, so geht es um einen entlarvenden Rückschluss auf den Hochmut deutscher Dogmatik: Sie soll Weltgeltung innehaben. Ausgangspunkt ist nämlich die Erkenntnis von *Eser*, dass die Frage der zutreffenden rechtsvergleichenden Methode einzig und allein davon abhängt, welche Zielsetzung verfolgt wird. Diese kann sehr vielfältig sein und von der Entwicklung übernationaler Standards oder der Reform des eigenen Rechts bis hin zu eher musealen institutionellen Betrachtungen (z.B. zum „Wesen“ einer Rechtsfigur) reichen.⁶⁵ Die Bedeutung dieser Erkenntnis kann gar nicht hoch genug eingestuft werden, auch wenn es sich wissenschaftstheoretisch eher um eine Banalität handelt. Jede natur- oder geisteswissenschaftliche Arbeit muss zuerst die Zielsetzung diskutieren und danach die in der Arbeit einzuschlagende Methode begründen. Das sind die „Basics“, die in jeder Lehrveranstaltung zu wissenschaftlichem Arbeiten vermittelt werden müssen. Fehlt nur eines davon, ist die Arbeit nicht wissenschaftlich. Das kann man im Grunde in jedem nicht-juristischen Curriculum zum Promotionsstudium an jeder Universität nachlesen. In der Strafrechtsvergleichung hat man dies bis zur Arbeit von *Eser* aber offensichtlich noch nicht zur Kenntnis genommen. Man

⁶³ Ausnahme *Wiederin*, ÖJZ 2011, 351.

⁶⁴ Vgl. dazu *Lagodny/Mansdörfer/Putzke*, ZJS 2014, 157.

⁶⁵ *Eser*, in: Eser/Perron (Hrsg.), Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa, 2015, S. 929 (1038 ff., 1098 ff.).

hat sich darüber gestritten, was denn nun „die“ rechtsvergleichende Methode sei, oder „wie viele“ „richtige“ Methoden es gebe.⁶⁶ Diese Fragestellung führt in Sackgassen.

Trotz dieser Überlegungen mag zunächst der Eindruck des Unbefriedigtsseins überwiegen. Kann man – so mag man fragen – eine so zentrale Diskussion wie die deutsche Rechtsgutsdiskussion mit so wenigen Worten transnational relativieren? Ist das nicht seinerseits unbedacht? Und: Es kann nicht sein, dass man nur dann Rechtsvergleichung betreiben darf, wenn man eine Rechtsordnung so intensiv kennt, dass man die geschilderten „Hintergründe“ erkennt und einordnen kann.

In der Tat muss man sich Gedanken machen, ob es „die“ richtige Methode der Rechtsvergleichung gibt, wenn man die gerade geschilderten möglichen Bedenken relativieren möchte. Insoweit muss ich auf neueste Erkenntnisse von *Eser* hinweisen, der dies jetzt in der notwendigen Deutlichkeit präsentiert hat: Welche rechtsvergleichende Methode man wählen sollte, hängt ausschließlich von den zuvor ausdrücklich formulierten Zielsetzungen ab.⁶⁷ Das ist eine allgemeine Anforderung an wissenschaftlich-methodisches Arbeiten: Die konkret richtige Methode kann ich erst festlegen, wenn ich die Forschungsfragen formuliert habe. Warum sollte gerade die Rechtsvergleichung als Wissenschaft hiervon abweichen und „zweckfrei“ sein?⁶⁸ Deshalb gibt es nicht „die“ zutreffende rechtsvergleichende Methode. Hiervon scheinen jedoch viele auszugehen;⁶⁹ es wäre schlicht vermassen von mir, wenn ich forderte, dass man Rechtsvergleichung nur betreiben dürfe, wenn man einige Zeit in der Rechtsordnung gelebt hat, weil man nur dann solche Fundamente entdecke, wie ich sie vorstehend am Beispiel etwa des Trennungsgrundsatzes aufgezeigt habe. Zusammenfassend sei betont: Es gibt genauso viele richtige Methoden wie es (sinnvolle) rechtsvergleichende Fragestellungen gibt.

Zudem muss man die *Eser'sche* Zielsetzungsforderung auch in die umgekehrte Richtung denken: Wenn ein rechtsvergleichender Gegenstand wie die deutsche Rechtsgutsdiskussion, den Anspruch erhebt, potentiell Weltgeltung zu haben, dann lässt dies Rückschlüsse auf die dahinterstehende Fragestellung zu. War dann die Weltgeltung ihr unausgesprochenes Ziel? Ein solches Ziel schimmert mehr als deutlich durch, wenn das Hohe Lied auf die Überlegenheit der deutschen Strafrechtsdogmatik gesungen wird.⁷⁰ Dann darf man nicht überrascht sein, wenn man daran gemessen wird.

V. Fazit

1. Sicherlich hat die Rechtsgutsdiskussion „identitätsstiftende Funktion“⁷¹ für die deutsche Strafrechtswissenschaft. Mehr aber auch nicht. Freilich wäre es zu herabsetzend, bezeichnete man sie als bloße „Spielwiese“ der deutschen Strafrechtsdogmatik. Das mag man sich heute nur noch nicht allseits eingestehen.

2. Das Beispiel Österreich zeigt vielmehr, wie man auf anderen Wegen zu genau den Zielen gelangt, die sich die deutsche Strafrechtsdogmatik auf ihre Fahnen geschrieben hat. Es wird aber Zeit, dass man sich von einer solchen germanozentrischen Sicht verabschiedet. Letztere ist überheblich und lässt nicht auf Weitblick schließen. Auf Weltblick schon gar nicht. Ein bisschen Bescheidenheit würde der deutschen Strafrechtsdogmatik deshalb sehr gut tun. Rumzupoltern wie Rumpelstilzchen schadet ihr eher.

⁶⁶ Vgl. die beeindruckende Darstellung bei *Eser* (Fn. 65), S. 954 ff.

⁶⁷ *Eser* (Fn. 65), S. 929.

⁶⁸ Dies ist jedoch ein in der Rechtsvergleichung nicht selten anzutreffender Ansatz, vgl. dazu die Darstellung und die Nachweise bei *Eser* (Fn. 65), S. 963 ff.

⁶⁹ Vgl. dazu nochmals den ganzen Strauß an scheinbar einzigartigen Begriffen und Modellen, die bei *Eser* (Fn. 65), S. 954 ff., eindrucksvoll zusammengestellt sind.

⁷⁰ Sehr gerne angestimmt von *Schünemann*, zuletzt auf der Strafrechtslehrertagung 2015 in Augsburg, dazu: *Brodowski*, ZStW 127 (2015), 691 (711).

⁷¹ *Schramm*, ZStW 127 (2015), 714.