Journal für Strafrecht 5, 113-123 (2018)
https://elibrary.verlagoesterreich.at
JSt 2018, 113

Die Maßnahme der Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter

Zur Genese und Anwendung des § 23 StGB

Benötigt das österreichische Strafrecht die Maßnahme der Unterbringung gefährlicher Rückfallstäter nach § 23 StGB angesichts der Tatsache, dass zwischen 2001 und 2016 lediglich vier Personen eingewiesen wurden? Warum wird an einer Sanktion festgehalten, die seit der Reform von 1975 sowohl von der Wissenschaft wie von der Strafvollzugspraxis kritisch beurteilt wurde und durch die Rechtsprechung anfangs zögernd, heute praktisch nicht mehr angewendet wird? Diese Fragen stellen sich, wenn man sich mit dieser Maßnahme beschäftigt. Im vorliegenden Beitrag geht es um die Genese dieser Maßnahme, die sich aus den kriminalpolitischen Forderungen und wissenschaftlichen Visionen *Franz von Liszts* herleitet.

Deskriptoren: Unterbringung, Anstalt für gefährliche Rückfallstäter, Franz von Liszt, Marburger Programm, Gewohnheitsverbrecher.
Normen: § 23 StGB.

Von Wolfgang Stangl

Lizenziert für Universitäts- und Landesbibliothek Innsbruck am 29.11.2022 um 18:48 Uhr

1. Einleitung

Die Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter gem § 23 StGB ist eine der Maßnahmen, die das StGB seit der Reform von 1975 kennt. Das Gericht hat die Unterbringung anzuordnen wenn:

(1) nach Vollendung des 24. Lebensjahres eine mindestens zweijährige Freiheitsstrafe wegen einer oder mehrerer Vorsatztaten verhängt wird, die taxativ aufgezählt sind. Die Unterbringung wegen politischer Delikte ist ausgeschlossen.
(2) der Täter nach Vollendung des 19. Lebensjahres mindestens achtzehn Monate in Strafhaft zugebracht hat.
(3) schließlich eine Gefährlichkeitsprognose vorliegt, die befürchten lässt, dass der Täter auch künftig wegen seines
   a) Hanges (als Hangtäter) schwere Gewalttaten begehen oder Suchtgifthandel betreiben werde oder
   b) es in höherem Maße wahrscheinlich ist, dass der Täter seinen Lebensunterhalt künftig durch die Begehung dieser Straftaten überwiegend bestreiten werde. Damit ist die Gruppe der Berufsverbrecher angesprochen.[1]

§ 24 StGB bestimmt, dass, im Unterschied zur Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme und entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher (§§ 21 bzw 22 StGB) die Anhaltung nach § 23 StGB nach Verbüßung der Freiheitsstrafe zu vollziehen ist. Das System des sogenannten Vikariierens, wonach anstelle der ausgesprochenen Freiheitsstrafe zunächst die Maßnahme vollzogen wird, wird bei Rückfallstätern durchbrochen.

Gem § 25 StGB darf die Anhaltung von gefährlichen Rückfallstätern nicht länger als zehn Jahre erfolgen, eine zeitliche Begrenzung, die die Unterbringung nach § 21 StGB nicht kennt.[2]

Betrachtet man den österreichischen Strafvollzug unter quantitativen Gesichtspunkten, so fallen die hohen Gefangenenraten im Normalvollzug auf, die in den letzten Jahren eher zugenommen haben, und die steigenden Anhaltungen von geistig abnormen zurechnungsunfähigen (§ 21 Abs 1 StGB) und zurechnungsfähigen Straftätern (§ 21 Abs 2 StGB). Diese Entwicklung im Maßnahmenvollzug wurde als über die Zeit zunehmend „detentionsakzeptierend" seitens der Professionen interpretiert, die an den Entscheidungen über die Anhaltung von Rechtsbrechern beteiligt sind.[3]

Gänzlich anders ist die Entwicklung der Zahl der Anhaltungen bei gefährlichen Rückfallstätern. Zwischen 2001 und 2016 wurden insgesamt vier Straftäter nach der Strafhaft in den Maßnahmenvollzug nach § 23 StGB überstellt. Diese spektakulär geringe Zahl von Anhaltungen, die die auffällig niedrigen Einweisungen von entwöhnungsbedürftigen Rechtsbrechern nach § 22 StGB noch um ein Vielfaches unterschreiten, führt zu einer Reihe von Fragen, deren Beantwortung Thema dieses Beitrags ist.[4]

1 *Foregger/Fabrizy*, StGB 2013, verwenden den Begriff des Berufsverbrechers in der Kommentierung von § 23 StGB.
2 *Foregger/Fabrizy*, StGB 2013, § 23 StGB; *Ratz* in WK-StGB² § 21–27.
3 *Stangl/Neumann/Leonhardmair*, Welcher organisatorischer Schritte bedarf es, um die Zahl der Einweisungen in den Maßnahmenvollzug zu verringern? (2012); *dies*, Von Krank-Bösen und Bös-Kranken. Der österreichische Maßnahmenvollzug als Beispiel sektoraler Detentionsakzeptanz, JSt 2015, 95.
4 Siehe dazu die Tabelle im Anhang.

© Verlag Österreich 2018

Lizenziert für Universitäts- und Landesbibliothek Innsbruck am 29.11.2022 um 18:48 Uhr

2. Fragestellungen

Beginnen möchte ich mit der Untersuchung der Frage, zu welcher Zeit im kriminalpolitischen Diskurs die Vorstellung formuliert wurde, dass die Anhaltung von Berufsverbrechern nötig sei. Wie wurde diese Notwendigkeit begründet, in welchem gesellschaftlichen Kontext entstand die Idee dieser Form von Kriminalpolitik, und wer waren die Akteure, die die Begründungen dafür lieferten? Daran schließt sich die Frage an, auf welche Weise diese Kriminalpolitik rezipiert wurde, wer die wichtigen Personen waren, die dieses Wissen aufnahmen und weitertrugen und vor allem welche Inhalte von diesem Konzept aufgenommen und tradiert wurden. Und was wurde weggelassen und damit nicht in die Narration dieser Kriminalpolitik mit aufgenommen?

1975 fand dieser Rezeptions- und Diskussionsprozesse rund um die Sicherungsverwahrung ein gesetzgeberisches Ende,[5] was aber nicht mit dem Ende der Diskussion gleichzusetzen ist. Wichtige Stimmen in dieser Nachfolgediskussion sollen hier gehört werden.

Ist somit der Untersuchungsgegenstand die Genese des § 23 StGB, so besteht das Material für die Analyse in schriftlichen Dokumenten. Darunter fallen Aufsätze, Monografien oder Gesetzesmaterialien samt -entwürfen, dh es handelt sich um einschlägige Texte, die die Gesamtheit des Untersuchungsmaterials bilden und die auf die jeweiligen Fragestellungen hin untersucht werden.[6] Ziel dieser Untersuchung ist, Muster des Argumentierens und Wissens zu finden, die, zu Diskursen verdichtet, zur Entstehung der Sicherungsverwahrung im StGB von 1975 und zur Weiterentwicklung in den Jahrzehnten danach beitrugen.

3. Diskurse über das Gewohnheitsverbrechertum

Es besteht in den Rechtswissenschaften Konsens darüber, dass die Linie des Wissens und Argumentierens im Feld der „Sicherungsverwahrung" – erst in den Debatten im Justizunterausschuss 1972 wurde diese Bestimmung mit der heute noch geltenden Überschrift versehen – mit *Franz von Liszt* und seinem von ihm selbst so bezeichneten Marburger Programm 1882 beginnt. Das heißt nicht, dass *Liszt* diese Form von Kriminalität erstmals beschrieben hätte,[7] aber niemand vor ihm und wenige danach haben wie er die zu seiner Zeit aktuellen anthropologischen, rechtsphilosophischen, gesellschaftswissenschaftlichen Diskurse so überzeugend zu einem kriminalpolitischen Programm – dem Zweckgedanken im Strafrecht – zusammengefasst und öffentlichkeitswirksam vertreten.[8]

Bekanntlich vertrat *Liszt* das universale Konzept der „gesamten Strafrechtswissenschaften" mit dem Ziel der Integration unterschiedlicher Wissenschaften in das juristische Denken, das er durch die Gründung der „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" zu fördern suchte.[9]

Liszts Ausführungen zum Gewohnheitsverbrechertum nahmen jedenfalls in der Gesamtarchitektur seiner Kriminalpolitik nicht zuletzt deswegen einen bedeutsamen Stellenwert ein, weil dessen Bekämpfung einen starken und hart durchgreifenden Staat erforderte,[10] für den er in seinen Schriften eintrat und der nur auf diese Weise sein Schutz- und Sicherheitsversprechen verwirklichen könne.[11] Die Funktionalisierung des Strafrechts mitsamt dessen System der Bestrafungen in spezialpräventiver Absicht ist der Leitgedanke, den *Liszt* im Marburger Programm, in nachfolgenden Reden und Aufsätzen und in seinem Lehrbuch vertritt.[12] Strafrechtliche Kontrolle soll demnach nicht länger nach spekulativen Sühnegesichtspunkten

5 Mit Ausnahme durch das StRÄG 1987, wodurch strafbare Handlungen gegen fremdes Vermögen ohne Anwendung oder Androhung von Gewalt gegen eine Person von der Verurteilung ausgenommen sind.

6 Die Nennung der Quellen wäre unvollständig, würde ich nicht *Christian Manquet* (Abteilungsleiter im BMJ, zuständig ua für den Maßnahmenvollzug), *Maria Wirth* (Historikerin), *Heinrich Keller* (Sekretär und Pressesprecher *Christian Brodas* von 1970 bis 1977), *Michael Neider* (Sekretär *Christian Brodas* von 1970 bis 1976) und *Roland Miklau* (Leiter der Sektion Strafrechtsgesetzgebung von 1987 bis 2016) erwähnen, die in liebenswürdiger Weise Fragen beantwortet, Wissen weitergegeben und meine Anliegen unterstützt haben. *Irmgard Eisenbach-Stangl* danke ich für lange ausführliche Diskussionen.

7 *Stangl*, Wege in eine gefängnislose Gesellschaft (1988) 85 ff; *Moos*, Franz von Liszt als Österreicher, ZStW 1969, 660, mit besonderem Hinweis auf die Verbrechensklassifikation *Wahlbergs*, die *Liszt* in sein Klassifizierungsschema übernahm.

8 Ausführlich dazu *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte[3] (2016) 118 f.

9 Dass *Richard Wagner* etwa zur selben Zeit sein Konzept des „Gesamtkunstwerks" entwickelte und erfolgreich propagierte, kann hier nur erwähnt werden, ohne den „Zeitgeist" näher zu untersuchen, der diese Universalentwürfe beförderte. Beide Entwürfe markieren Höhepunkte bürgerlicher Visionen in den Bereichen Recht und Kultur.

10 Zu diesem Thema ausführlich *Kargl*, Handlung und Ordnung im Strafrecht (1991) 488 ff.

11 Es sei angemerkt, dass *Liszt* sich bereits in früheren Jahren vehement gegen die Vermehrung der Anklagedelikte im österreichischen Strafprozess einsetzte, da (öffentliche) Ordnung nur durch den Staat herzustellen sei, vgl *Stangl*, Die Vertreibung des Verletzten aus dem Strafverfahren und der neue Wirksamkeitsanspruch an die staatliche Strafe im 19. Jahrhundert, Kriminalsoziologische Bibliografie 1987, 63, hier 65. Zur Haltung *Franz von Liszts* zur „*Staatsautorität*" siehe auch *Ostendorf*, Franz von Liszt als Kriminalpolitiker, Kriminalsoziologische Bibliografie 1984, 10.

12 Wobei hier anzumerken ist, dass die diesbezüglichen Aussagen in den verschiedenen Auflagen seines Lehrbuchs schwanken, dazu *Frommel*, Die Rolle der Erfahrungswissenschaften in Franz von Liszt's ‚Gesamter Strafrechtswissenschaft'", Kriminalsoziologische Bibliografie 1984, 36, hier 43; nicht weniger wechselnd sein Standpunkt zur empirischen Fundierung der Strafen, dazu *Stangl*, wie Fn 7, 93 f; vgl auch *Vormbaum*, wie Fn 8, 124 ff.

© Verlag Österreich 2018

Lizenziert für Universitäts- und Landesbibliothek Innsbruck am 29.11.2022 um 18:48 Uhr

erfolgen, sondern Regeln gehorchen, die ihrerseits durch Wissenschaften außerhalb des Rechts begründet waren.
Ein Beispiel für diesen wissenschaftlichen Geist bilden die oft zitierten drei Kategorien von Straftätern:

- Jene, die besserungsfähig und auch bedürftig seien, dh die durch die Strafe einer inneren Veränderung zu unterwerfen seien. Sozialisationsdefizite und mangelhafte Kulturtechniken seien durch entsprechende strafrechtliche Reaktionen zu korrigieren.
- Zum zweiten gebe es Straftäter, die der bloßen Abschreckung durch die Sanktion bedürfen, die mit anderen Worten ausreichend sozialisiert erscheinen und für die die Strafe lediglich eine deutliche negative Signalfunktion besitzen soll, um anzuzeigen, dass Rechtsbrüche der falsche Weg seien.
- Und schließlich nennt *Liszt* die hier besonders interessierende dritte Tätergruppe: die unverbesserlichen Gewohnheitsverbrecher.

Bei letzteren handelt es sich um eine Tätergruppe, bei der keine Hoffnung auf eine grundsätzliche Änderung ihrer Lebenseinstellung bestehe, und deren ausschließliche oder doch überwiegende Erwerbsquelle durch die Begehung strafbarer Handlungen erfolge;[13] das seien „*Zustandsverbrecher*“, bei denen bei geringfügigem äußeren Anlass (...) das Verbrechen aus der dauernden Eigenart, der tiefgewurzelten Anlage des Verbrechers erwächst, dessen eigenstes Wesen es uns enthüllt.[14] „*Die Sicherung der Gesellschaft verlangt*“, so *Liszt* im Marburger Programm, „*dass diese antisozialen Elemente in die Unmöglichkeit versetzt werden, der Gesellschaft zu schaden (...) nach der von mir wiederholt ausgesprochenen, auch heute noch festgehaltenen Ansicht ist eine grundsätzlich bis zum Lebensende fortdauernde Einschließung das einzig richtige.*“[15]
Bemerkenswert an diesen Formulierungen ist nicht die Forderung nach lebenslanger Anhaltung, sondern die durch *Liszt* als Tatsache vorgetragene Behauptung, Gewohnheitsverbrecher seien nicht etwa nur in rechtlichen, sondern auch in kriminalpsychologischen Kategorien beschreibbar.
Mit Hilfe der Methoden der Kriminalpsychologie erhoffte sich *Liszt* eine so genaue Beschreibung der Psyche und damit der kausalen Faktoren für das normwidrige Verhalten aller Rechtsbrecher, um damit zweierlei zu erreichen: eine differenzierte und valide Nosologie von Rechtsbrechern; zum anderen erhoffte er sich die Entwicklung von – in heutiger Terminologie – Therapie- und Lernprogrammen für den Strafvollzug, durch deren Anwendung Rechtskonformität „hergestellt“ werden könne. Da Strafrichter zum Zeitpunkt der Urteilsfällung nicht in der Lage seien, die für den einzelnen Rechtsbrecher erforderliche Strafhöhe (dh Behandlungslänge) festzusetzen, forderte er konsequenterweise Rahmenstrafen, innerhalb derer Kommissionen die Länge der Anhaltung festzulegen hätten.[16] Dies alles habe jedoch nicht für Gewohnheitsverbrecher zu gelten, da dieser Verbrechertypus durch Strafen nicht zu beeindrucken sei und sich durch soziale Lernunfähigkeit auszeichne.
Damit nähert sich *Liszt* der Figur des geborenen Verbrechers *Lombrosos*, der bekanntlich etwa zeitgleich gleichfalls von der Naturgesetzlichkeit des Bösen spricht. Allerdings meinte *Lombroso*, seinen Verbrechermenschen[17] aus anatomisch-medizinischen Befunden herleiten zu können, während sich *Liszt* auf (künftige) kriminalpsychologische Forschungen berief.[18]
In einer zweiten, davon nicht immer klar getrennten sozialwissenschaftlichen Argumentationsschiene stützte sich *Liszt* auf kriminalstatistisches und kriminalsoziologisches Material, das er für die Analyse der Entstehung und Veränderung von Verbrechen heranzog.
Der Schutz vor Gewohnheitsverbrecher sei wegen der gesellschaftlichen Veränderungen vom 18. zum 19. Jahrhundert neu zu gestalten. War der typische Gewohnheitsverbrecher des ancient regime der Bandit und Wegelagerer, so haben Kapitalismus und Urbanisierung den Dieb und Betrüger, eingebettet in ein Heer von Bettlern, Kupplern und Prostituierten, als Berufsverbrecher neuen Typs hervorgebracht. Aus dieser Analyse, die sich auf kriminalsoziologische Befunde stützte, leitete *Liszt* seine Reformforderungen für die Erneuerung des deutschen Strafrechts ab.[19]
Aus heutiger Sicht sind weniger seine kriminalsoziologisch inspirierten Überlegungen und Schlussfolgerungen zu kritisieren, sondern in erster Linie die durch ihn missverstandenen Möglichkeiten dessen, was man zusammenfassend als Kriminalpsychologie bezeichnen kann. Den Beweis der

13 *Liszt*, Das gewerbsmäßige Verbrechen, in *ders*, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Band 2, 1905, 308, hier 312.
14 *Liszt*, Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik, in *ders*, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Band 2, 1905, 170, hier 192.
15 *Liszt*, Der Zweckgedanke im Strafrecht, in *ders*, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Band 1, 1905, 126, hier 169.
16 *Liszt* spricht von Strafvollzugsämtern, vgl *Ostendorf* FN 11, 16.
17 *Strasser*, Verbrechermenschen, 2. Aufl. 2005.
18 *Höffe*, Tätertypen im Strafrecht und in der Kriminologie, ZStW 2015, 1018. In seinen ausführlichen Überlegungen auch zur Methodologie, auf die sich *Franz von Liszt* beruft, weist *Ostendorf* (siehe Fn 11) darauf hin, dass *Liszt* eine Reihe von empirischen Behauptungen später zurückgenommen hat. Gleichwohl ist seine Kriminalpolitik ohne die behauptete oder erhoffte Leistungsfähigkeit der Kriminalpsychologie nicht zu verstehen.
19 *Liszt*, Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts, in *ders*, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Band 2, 75.

© Verlag Österreich 2018

Lizenziert für Universitäts- und Landesbibliothek Innsbruck am 29.11.2022 um 18:48 Uhr

kriminalpsychologischen Fundierung sowohl der Verbrechertypen wie auch der empirisch geleiteten und effektiv gestalteten strafrechtlichen Reaktionen konnte *Liszt* nämlich nicht erbringen. Die kritische Lektüre des Umgangs mit den Erfahrungswissenschaften durch *Liszt* zeigt sein laienhaftes Bemühen, wie *Kempe* in seiner *Liszt*-Studie konstatierte, sich unverzagt auf dem Gebiet der Soziologie, Sozialpsychologie, Pädagogik, Biologie und Psychologie zu bewegen und dabei *„mit Begriffen zu operieren, welche für den Fachmann auf diesem Gebiet unverwendbar sind....".*[20] Nicht weniger kritisch sieht *Frommel* die Versuche der *Liszt*-Schule, den Zweckgedanken erfahrungswissenschaftlich zu fundieren, und bewertet deren Scheitern als typisches Problem, mit dem eine soziologisch interessierte Rechtswissenschaft zu kämpfen habe. Einerseits bedurfte *Liszt „der Anregung seitens der Nachbarwissenschaften, andererseits konnte er sich auf deren Fragen nur einlassen, um die schon unabhängig von den Erfahrungswissenschaften ins Auge gefassten rechtspolitischen Forderungen zu untermauern."*[21]

4. Rezeptionen

Bevor auf die Frage der Rezeptionen des durch *Liszt* propagierten Kampfes gegen das Gewohnheitsverbrechertum eingegangen wird, ist vorweg anzumerken, dass sich die Forderung der Neukonzeption des Strafrechts in Form eines Täterstrafrechts, wie es durch Liszt als Konsequenz seines spezialpräventiven Ansatzes (zunächst) vertreten worden war, weder in Deutschland noch in Österreich durchsetzte. Vielmehr klärte *Carl Stooss*[22] um die Wende zum 20. Jahrhundert das rechtsdogmatische Verhältnis zwischen dem traditionellen Schuldstrafrecht auf der einen Seite, in dessen Rahmen die Strafe durch das Unrecht der Tatbegehung und die Einzelschuld des Täters begrenzt werde. Dem stellte er das Maßnahmenrecht gegenüber, das auf den Zustand des Rechtsbrechers abzielt und dem daraus resultierenden Grad der Gefährlichkeit. Diese determiniert Art und Dauer der Anhaltung.[23]

Durch diese sogenannte „Zweispurigkeit des Strafrechts" wurden die Schuld- und die Gefährlichkeitskonzeption in ein Strafrecht integrierbar, wodurch alle Reformer in der Nachfolge *Liszts* der Notwendigkeit enthoben waren, seiner gesamten täterstrafrechtlichen Konzeption des Strafrechts folgen zu müssen, wenn sie sich zugleich zum Zweckgedanken und zur spezialpräventiven Maßnahmenkomponente in der Kriminalpolitik bekannten. Das Täterstrafrecht wurde aus dem Tatstrafrecht in das Maßnahmenrecht überführt.

In der folgenden Analyse werden die Rezeptionen der Sicherungsverwahrung in den Diskussionen der Strafrechtskommission 1955 und den nachfolgenden Debatten untersucht, während die Bezugnahmen, die im Kontext der Strafgesetzentwürfe 1909 und 1912 erfolgten, nur am Rande berücksichtigt werden.[24]

Die Strafrechtskommission tagte in 140 Sitzungen vom Oktober 1954 bis November 1960 mit dem durch das Parlament formulierten Ziel, eine Gesamtreform des österreichischen Strafrechts zu erarbeiten. Nach nochmaliger Revision wurde der Entwurf 1962 vorgelegt und interessierten Kreisen zugänglich gemacht.[25]

Grundlage für die Kommissiondebatte war die Unterlage Nr 25, verfasst vom Kommissionsvorsitzenden *Ferdinand Kadecka*, die er wortgleich bereits 1927 als Teil seines Strafgesetzentwurfes veröffentlicht hatte.[26]

Die Konzeption ähnelt den geltenden Bestimmungen des StGB, wie sie einleitend skizziert wurden, beinhaltet jedoch zwei wesentliche Unterschiede: zum einen hat die Sicherungsverwahrung an die Stelle der ausgesprochenen Freiheitsstrafe zu treten, also nicht – so wie das geltende Gesetz bestimmt – nach der verbüßten Freiheitsstrafe vollzogen zu werden. Zum anderen sah der *Kadecka*-Entwurf die Möglichkeit der unbegrenzten Anhaltung vor und limitierte damit die Detention nicht mit höchstens zehn Jahren, wie dies nach geltendem Recht der Fall ist.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass der *Kadecka*-Entwurf einer Konstruktion ähnelte, die in Deutschland 1933 eingeführt worden war.[27] Entfallen ist gegenüber den Entwürfen von 1909 und 1912 die Einschränkung

20 *Kempe*, Franz von Liszt und die Kriminologie, ZStW 1969, 804, hier 823.

21 *Frommel*, Fn 12, 45; vgl auch *Frommel*, Was bedeutet uns heute noch Franz von Liszt, Neue Kriminalpolitik 2012, 152; in diesem Text weist sie auch auf die argumentative Nähe der Tätertypologie von Radbruch zu jener *Liszts* hin: Beide hätten sich *„über die Konsequenzen der Tätertypologie im einzelnen keine Gedanken gemacht. Sie hielten die Ersetzung eines moralisierenden Vergeltungsgedankens durch einen wie auch immer pragmatischen Gesellschaftsschutz für „modern" und stützten sich auf das Votum der Psychowissenschaften ihrer Zeit."* (153).

22 Sehr ausführlich und informativ zu Leben und Werk von *Stooss* siehe *Moos*, Carl Stooss in Österreich, ZStR 1988, 35; besonders zum Einfluss von *Stooss* auf die Strafrechtsreformen in Deutschland und der Schweiz siehe *Schäfer*, Carl Stooss (1849–1934) – Eine Geschichte der Strafrechtskodifikationen in drei Staaten, Journal der Juristischen Zeitgeschichte 2013, 312, bes 345 f.

23 *Stooss*, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts (1913) 20; für die Entwicklung in Deutschland vgl *Vormbaum*, wie Fn 12, 123 ff.

24 Eine ausführliche Darstellung der „Sicherheitsgesetzgebung" in den StG-Entwürfen von 1909 und 1912 findet sich in der Studie von *Einem*, „Sicherungsverwahrung" in Österreich. Zur Einführung der Maßnahme nach § 23 StGB, Schriftenreihe des Ludwig-Boltzmann-Instituts für Kriminalsoziologie (1981).

25 Zur Zusammensetzung der Kommission und weiteren Details vgl *Stangl*, Therapie ohne Grenzen: Zur Rolle der Psychiatrie bei der Entwicklung des Maßnahmenvollzugs in Österreich, JSt 2015, 537, Fn 2 und 3.

26 *Kadecka*, Der österreichische Strafgesetzentwurf von 1927 (1927).

27 *Naucke*, Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, ZStW 1982, 525, siehe auch *Einem*, Fn 24.

© Verlag Österreich 2018

Lizenziert für Universitäts- und Landesbibliothek Innsbruck am 29.11.2022 um 18:48 Uhr

auf bestimmte Straftatbestände und die Begrenzung der Anhaltung von höchstens zehn Jahren. Außerdem war die Sicherungsverwahrung 1909 und 1912 fakultativ, im Entwurf 1927 obligatorisch angedroht.[28]

Auf der Basis dieser Arbeitsunterlage, ergänzt noch durch die Unterlage von *Horrow*,[29] entwickelte sich in der Strafrechtskommission ein akademischer Diskussionsprozess, der terminologisch zwar weitgehend den durch *Liszt* vorgegebenen Leitlinien zur Bekämpfung des Berufsverbrechertums folgte, ohne auf die Realitäten des Strafvollzugs und seiner Lebenswelt oder auf die österreichische Gesellschaft und die Entwicklung der Kriminalität Bezug zu nehmen. Es soll dies anhand einiger ausgewählter Positionen demonstriert werden.

Rittler vertritt zB die Auffassung, die Sicherungsverwahrung sei nichts anderes als *„Freiheitsstrafe schwerster Art"*,[30] um an anderer Stelle zu ergänzen, er sei der Sache nach *„für die Sicherungsverwahrung. Aber ich bin dafür, sie als das zu benennen, was sie ist"*[31]; alles andere sei ein Etikettenschwindel, oder man käme zu Formen der Sicherung, die niemand wolle: Falls sie realiter in einer Form der Anhaltung ohne Strafcharakter geführt werde, so müsse sie *„einem Altersasyl entsprechen, einer Versorgungsanstalt....*(und) *der Gefangene hätte den angenehmen Status eines Staatspensionärs*, eine Stellung, die er sich zwar nicht verdient habe, jedoch *„aus Gründen der öffentlichen Sicherheit"* eingeräumt bekomme.[32] Diesen Ausführungen, die *Rittler* mit dem Konzept der Charakterschuld verbindet[33], tritt der Vertreter des Justizministeriums, *Hausner*, entschieden entgegen. Gemäß seiner schuldstrafrechtlichen Überzeugung darf niemand über die schuldangemessene Strafe hinaus bestraft, wohl aber unter dem Regime des Maßnahmenrechts lebenslänglich angehalten werden (*„Es gibt eben Menschen, die wie gefährliche Tiere sind"*[34]). Diese Anhaltung sei *„in betont humaner Weise zu vollziehen"*,[35] ohne dass über diese „Humanität" näher gesprochen wird.

Auf den Einwand hin, dass diese „Humanität" des Vollzugs Gewohnheitsverbrecher gegenüber anderen Rechtsbrechern privilegieren würde, da deren Anhaltung an die Stelle der Strafe trete, korrigiert *Hausner* seine Position und fordert, die Sicherungsverwahrung nach dem Vollzug der Freiheitsstrafe im Normalvollzug zu vollziehen. Diese Wendung in der Diskussion ist bemerkenswert, weil hier nicht nur auf die Wirkung der Anhaltung auf den Rechtsbrecher Bezug genommen und damit die Anhaltung nach der Strafhaft begründet wird, sondern ausschlaggebend für den Perspektivenwechsel ist das Übel der Strafe, das dem Straftäter nicht erspart werden dürfe.

Kadecka wandte sich sogleich gegen *Rittler*, mit dem er zuvor bei den Beratungen der Kommission zur Anhaltung geisteskranker Rechtsbrecher die rechtsdogmatische Klinge gekreuzt hatte[36] und verstärkt zunächst die Position *Hausners*. Akademisch führt er aus, dass die *„Sicherungsverwahrung, die unter Umständen lebenslang dauert, mit dem Unrechts- und dem Schuldgehalt der vorangegangenen Tat in gar keinem Verhältnis (stehe). Sie kann und darf sich nicht Strafe nennen, sonst fälsche ich den Begriff der Strafe..."*.[37] Den weiteren Vorschlag von *Hausner*, die Sicherungsverwahrung nach der Freiheitsstrafe zu vollziehen, lehnt *Kadecka* jedoch entschieden mit Hinweis auf ausländische Erfahrungen ab: *„Das, was Sektionsrat Hausner befürwortet, ist nichts als das fast überall abgelehnte und abgewirtschaftete Doppelspurigkeitssystem.*[38] *Das hat man in England, Dänemark, Schweden und in der Schweiz aufgegeben, weil es eben nicht durchführbar ist. Der Vollzug der Sicherungsverwahrung lässt sich eben von dem Vollzug der Gefängnisstrafe nicht dem gelinderen oder strengeren Grad des Vollzugs nach unterscheiden"* um sodann wieder den dogmatischen Unterschied zwischen Strafe und Maßnahme zu betonen.[39]

Nach weiteren diffizilen Debatten, an der sich auch der Vertreter der Anwaltschaft und der an der Sitzung teilnehmende Justizminister beteiligen, gelangte die Kommission nach mehreren Abstimmungen zum Ergebnis, bei der Sicherungsverwahrung am Vikariierungssystem festzuhalten, was der Sache nach aber ohne Bedeutung war, da, wie im Zuge der Debatte herausgearbeitet worden war, zwischen der Anhaltung im Normalvollzug und in jener der Maßnahme ohnehin kein Unterschied bestehen werde, so dass keinerlei Privilegierung zu befürchten sei.

---

28 Vgl *Einem*, wie Fn 24, 20 f.

29 Unterlage Nr 23, verfasst durch *Max Horrow*, Strafrechtsprofessor an der Universität Graz, in Unterlagen zu den Protokollen der Kommission zur Ausarbeitung eines Strafgesetzentwurfes, Bd II.

30 *Rittler*, Protokoll über die 16. Sitzung der Kommission zur Ausarbeitung eines Strafgesetzentwurfes, 23. September 1955, 1442, ähnlich 1450.

31 *Rittler*, Fn 30, 1449.

32 *Rittler*, Fn 30, 1459.

33 Rittler, Lehrbuch, Band 1, 112; zur Bedeutung der Charakterschuld für die gesamte Konzeption des reformierten Strafrechts vgl *Stangl*, Die neue Gerechtigkeit (1985) 44 ff.

34 *Hausner*, Fn 30, 1445; weitere Wortmeldungen bei *Bruckmüller*, Die strafrechtliche Behandlung der Rückfälligkeit im österreichischen StGB (2011) 124.

35 *Haus*ner, Fn 30, 1444.

36 *Stangl*, Fn 25, 543.

37 *Kadecka*, Fn 30, 1445.

38 *Kadecka* verwendet hier den Begriff der Doppelspurigkeit mit Bezug auf die Art des Vollzugsregimes im Normal- bzw Maßnahmenvollzug und betont, dass in der Vollzugsrealität das eine vom anderen Regime nicht zu unterscheiden sei. Die rechtsdogmatisch verstandene Doppelspurigkeit des Schuldstrafrechts neben dem Maßnahmenrecht im reformierten Strafrecht verteidigt *Kadecka* hingegen vehement!

39 *Kadecka*, Fn 30, 1455.

© Verlag Österreich 2018

Lizenziert für Universitäts- und Landesbibliothek Innsbruck am 29.11.2022 um 18:48 Uhr

Diese Debatte ist in mehrfacher Hinsicht äußerst aufschlussreich. *Liszt* hatte – wie gezeigt – versucht, die strafrechtliche Verfolgung von Gewohnheitsverbrechern auf empirische Beine zu stellen. Der kriminalpsychologisch beschriebene Verbrecher soll der gleichfalls sozialwissenschaftlich fundierten Strafe unterworfen werden, wodurch sich für *Liszt* eine auf wissenschaftlicher Basis entworfene Korrespondenz von Straftätern und Strafen herstellte. Werden Strafe und Bestrafter durch die Wissenschaft stimmig zusammengeführt, bedarf die Strafe auch keiner weiteren rechtlichen Limitierung im Sinne der Schuldangemessenheit: Bestraft wird nur so lange, wie dies im Sinne der Resozialisierung oder Abschreckung des Rechtsbrechers notwendig ist.[40] Im Rahmen dieses szientistischen Verständnisses, demzufolge alle Fragen des Strafvollzugs sich mit Hilfe der sozialwissenschaftlichen Methoden hinlänglich exakt klären ließen, ist auch der oft zitierte Satz zu verstehen, der später von den sozialdemokratischen Reformern dem konservativ-klerikalen Lager gerne entgegengehalten wurde: Dass mit dem Strafrecht sparsam umzugehen sei, und dass sich „*eine schwerere Versündigung gegen den Zweckgedanken gar nicht denken ließe als die verschwenderische Verwendung der Strafe.*“[41]

Analysiert man die Debatten der Strafrechtskommission im Licht ihrer Rezeption der *Liszt*'schen Konzepte, so ist zunächst festzuhalten, dass sie zu Recht den scheinempirischen kriminalpsychologischen Befunden nicht gefolgt ist. Dies gilt auch für die Entwürfe zur Sicherungsverwahrung aus dem Jahr 1912 wie auch für den *Kadecka*-Entwurf aus 1927.

Es fehlt aber auch jeglicher Versuch seitens der Mitglieder der Strafrechtskommission, die österreichische Gesellschaft nach 1945 im Hinblick auf die Kriminalitätsentwicklung zu untersuchen, wie das *Liszt* für seine Zeit vorgenommen hat. Diese Versuche, Sozialwissenschaften und weitere Wissenschaftsdisziplinen für das Strafrecht und den Strafvollzug fruchtbar zu machen, fehlen in den Debatten zur Sicherungsverwahrung 1955 vollständig. Bezog sich der Entwurf von 1912 in seinen erläuternden Bemerkungen zumindest noch ansatzweise auf Empirie und nahm drei Strafkarten von vielfach rückfälligen Straftätern als Anschauungsmaterial in seine Erläuterungen auf und stützte sich des Weiteren auf Expertenberichte und auf Erfahrungen im Ausland, um die Maßnahme nicht nur rechtsdogmatisch zu rechtfertigen, so bewegt sich der Rechtsdiskurs der Kommission ausschließlich auf der normativen Ebene, der sich zwar in seiner Begrifflichkeit auf das *Liszt*'schen Zweckstrafrecht bezog, sich aber als Diskurs längst vom Anliegen der soziologischen Rechtsschule abgekoppelt hatte.

Hausner spricht von Menschen als Raubtiere, dh er entmenschlicht Rechtsbrecher und vergleicht sie mit gefährlichen Tieren, um sodann Humanismus für sie einzufordern.

Rittler greift auf Empirie ausschließlich zum Zweck der Polemik zurück: Gewohnheitsverbrecher würden sich zu Staatspensionären und Gefängnisse zu angenehmen Versorgungsanstalten wandeln, würde man den Maßnahmenvollzug nicht dem harten Regime des normalen Strafvollzugs unterordnen, was dann ja auch geschah.

Bei *Kadecka* haben wir schließlich gesehen, dass ihm die dogmatische Abgrenzung von Strafe und Maßnahme wichtig ist, wohl auch mit Blick auf den Gesamtentwurf des Maßnahmenrechts, den er als Vorsitzender der Strafrechtskommission und als Autor des Strafrechtsentwurfs von 1927 damit zugleich verteidigte.

Fragen, welche ausländische Erfahrungen mit Formen der Sicherungsverwahrung vorliegen, auf die gelegentlich in den Debatten verwiesen wurde, in welcher Weise sich die Kriminalität nach dem Krieg in Österreich entwickelt hat, auf die ua durch die Sicherungsverwahrung reagiert werden soll, welche Erfahrungen mit dem zum Zeitpunkt der Debatte in Österreich immerhin existierenden Arbeitshaus gemacht wurden und ob, mit anderen Worten, überhaupt die Schaffung einer Sicherungsverwahrung in Österreich angebracht sei, werden nicht gestellt.

Der sozialdemokratische Nationalratsabgeordnete *Skrein* stellte gegen Ende der Debatte den (folgt man den Protokollen der Kommission) unvermittelten Antrag, der Bestimmung der Sicherungsverwahrung keine Zustimmung zu erteilen. Er begründete seinen Antrag mit den ohnehin hohen Strafen im Strafgesetzentwurf und der Möglichkeit, den Rückfall gesondert streng zu bestrafen. Mit dem Verzicht auf die Sicherungsverwahrung müsse man auch keinen „*Etikettenschwindel vornehmen, sondern der Richter muss nur die Entschlusskraft und die Möglichkeit haben, jene Strafe zu verhängen, die im Interesse der Öffentlichkeit im konkreten Fall erforderlich ist.*“[42]

Der Antrag von *Skrein* wurde nicht zur Abstimmung gebracht, vielmehr wurde die Sicherungsverwahrung in

40 Diese positivistische Wissenschaftsgläubigkeit durch *Liszt* scheint mir in den Analysen *Liszt*'scher Kriminalpolitik, wie sie durch *Baurmann* vorgelegt worden sind, zu wenig berücksichtigt. Zwar wirft *Baurmann* der Strafkonzeption von *Liszt* zu Recht vor, keine wertethische Begrenzung der Straflänge zu kennen, übersieht jedoch, dass *Liszt* den Standpunkt vertrat, wegen seiner szientistischen Auffassung darauf verzichten zu können, vgl *Baurmann*, Kriminalpolitik ohne Maß – Zum Marburger Programm Franz von Liszts, Kriminalsoziologische Bibliographie 1984, 54, bes 73 f.

41 *Stangl*, Fn 7, 89.

42 *Skrein*, Fn 30, 1467.

© Verlag Österreich 2018

Lizenziert für Universitäts- und Landesbibliothek Innsbruck am 29.11.2022 um 18:48 Uhr

der beschriebenen Form von den Mitgliedern der Kommission beschlossen.

Bewegung in die Diskussion um die Sicherungsverwahrung kam durch die Regierungsvorlage 1968, die während der Alleinregierung der Österreichischen Volkspartei ausgearbeitet wurde und in der die Reihenfolge des Vollzugs von Strafe und Sicherungsverwahrung, wie sie in den Entwürfen 1960, 1962, 1964 und 1966 normiert war, geändert wurde. Nunmehr wurde das System des Vikariierens für die Sicherungsverwahrung beseitigt und die Kumulation von Strafe und Maßnahme vorgeschlagen. Unter Berufung auf *„zahlreiche Stellungnahmen, in denen es als unerträglich bezeichnet wird, dass ein zu langjähriger Kerkerstrafe verurteilter Hang- oder Berufsverbrecher zunächst, ja möglicherweise überhaupt nur in die ihrem Namen nach farblose Sicherungsverwahrung genommen würde und nicht dorthin käme, wohin er nach dem Strafurteil und der Volksmeinung gehöre, nämlich in den Kerker, mit anderen Worten in die Strafanstalt"* sah der Entwurf vor, die Maßnahme im Anschluss an die Freiheitsstrafe zu vollziehen, um das *„Vertrauen der Allgemeinheit"* nicht zu erschüttern.[43]

Die RV 1971, nunmehr wieder durch die Administration *Broda* verfasst, kehrte zum System des Vikariierens zurück, berief sich dabei auf die ungünstigen ausländischen Erfahrungen mit der Kumulation von Strafe und Maßnahme und wies insbesondere die Berufung der konservativen Legistik auf die Meinung des Volkes zurück.

Die heute noch geltende (1987 novellierte) Bestimmung wurde schließlich durch die Beratungen im Justizunterausschuss (JUA) im Jahr 1972 vorbereitet, zu denen auch die Psychiater *Berner* und *Sluga* in ihrer Eigenschaft als *„sachverständige Mitarbeiter"* des BMJ hinzugezogen wurden.[44]

Zum einen wurde die Bezeichnung *„Sicherungsverwahrung"* durch *„Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter"* ersetzt. Dies geschah ua mit dem Hinweis, es solle nicht der irreführende Eindruck entstehen, die Maßnahme diene ausschließlich dem Zweck der bloßen Sicherung, während in Wahrheit ihr Zweck auch in der Resozialisierung des Untergebrachten zu sehen sei und der Erwägung, die Bezeichnung „Sicherungsverwahrung" erscheine geeignet, *„unerwünschte Erinnerungen heraufzubeschwören"*.[45]

Zum zweiten kehrte man wieder zur Auffassung des Entwurfes von 1912 zurück, wonach eine Unterbringung nur wegen taxativ aufgezählter Deliktsgruppen, bei gleichzeitigem Ausschluss politischer Delikte, zulässig sei und nicht länger als höchstens zehn Jahre dauern dürfe. Damit war die noch in der RV 71 festgeschriebene Position der potentiell lebenslangen Anhaltung überwunden, die vom *Kadecka*-Entwurf übernommen worden war.

Neu war schließlich auch die Möglichkeit der bedingten Anhaltung und das Abgehen vom Vikariierungssystem zugunsten der Kumulation von Strafe und anschließendem Maßnahmenvollzug. Das Argument dafür war dasselbe wie im Entwurf von 1968: der Anschein sei zu vermeiden, der Rechtsbrecher werde durch die Maßnahme besser gestellt und nicht der eigentlich verdienten Strafe zugeführt.[46]

Diese Vorschläge wurden von den Vertretern der ÖVP und FPÖ akzeptiert. Heftigen Widerstand gab es lediglich bei der Frage der Altersgrenze von 24 Jahren. *Zeillinger* (FPÖ) stimmte erst im JA dieser Altersgrenze zu, nachdem er zuvor mehrmals eine Herabsetzung auf 22 Jahre gefordert hatte. Diese Forderung korrespon-

---

43 RV 706 BlgNR 11. GP 107; dazu *Moos*, Zum neuen Strafrecht 1973, 71, der diese Begründungen als besonders unangemessen kritisierte.

44 Die Anhörung erfolgte in der 11. Sitzung des JUA am 20.10.1972. In dieser Sitzung wurde über den gesamten Maßnahmenvollzug und nicht nur über § 23 diskutiert.

45 Änderungsvorschlag zu den Bestimmungen der Regierungsvorlage eines StGB betreffend die Sicherungsverwahrung vom 18.9.1972, Archiv *Christian Broda*, ÖNB, Mappe V. 870.

46 *Rieder*, Die Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter, ÖJZ 1976, 390, hier 394; *Kunst*, Die strafrechtliche Behandlung des Rückfalls, ÖJZ 1980, 314, hier 318; kritisch *Einem*, Fn 24, 31 ff.
Ergänzend ist hier anzumerken, dass die Straflegislativsektion schon vor den Verhandlungen im JUA nach internen Beratungen vom vikariierenden System abgegangen war und entsprechende Gesetzesvarianten dem Minister vorgelegt hatte. Großen Einfluss hatte dafür die Sitzung der österreichischen Gesellschaft für Strafrecht und Kriminologie vom 27.4.1972, in der seitens der Generalprokuratur (*Melnitzky* und *Liebscher*) die Sicherungsverwahrung kritisiert wurde, weil der künftige Anwendungsbereich wegen der zahlreichen vorgesehenen Qualifikationen als zu schmal prognostiziert wurde; auch *Loebenstein* (Sektionschef im BMJ) unterstrich, dass unter den derzeitig geplanten Voraussetzungen die Sicherungsverwahrung regelmäßig erst für Täter von etwa 50 Jahren in Frage komme, und formulierte pointiert, dass sich diese Maßnahme als *„Altersheim für straffällig Gewordene"* darstellen würde, was jedoch *Grassberger* in seiner Wortmeldung wiederum bestritt. (Archiv *Christian Broda*, ÖNB, Mappe V. 870, Blatt 56, Einlage 1 bis 8).
In der Ministervorlage wird als Vorteil des „Vikariierens" *„das einheitliche Vollzugsregime von Beginn an"* angeführt. Dh nur in den wenigen Fällen, in denen die Freiheitsstrafe länger als zehn Jahre dauern würde, wäre ein Wechsel aus der Sonderanstalt in den Normalvollzug nötig. Der Nachteil bestehe in der jährlich notwendigen Prüfung zur Frage der weiteren Anhaltung. *„Dieser Nachteil fällt weg, wenn die ... Unterbringung im Anschluss an die Freiheitsstrafe vollzogen wird. Der vorliegende Vorschlag entscheidet sich daher für diese Lösung."* (Archiv *Christian Broda*, ÖNB, Mappe V. 870, 27)
Auch *Nowakowski* trat für das kumulative System ein, nachdem die bedingte Anhaltung in der Maßnahme vorgesehen wurde. *„Das Vikariieren muss folgerichtig entfallen, wenn die Anhaltung in einer AgR bedingt verfügt werden kann."* (Archiv *Christian Broda*, ÖNB, Mappe V. 870, 31).

© Verlag Österreich 2018

Lizenziert für Universitäts- und Landesbibliothek Innsbruck am 29.11.2022 um 18:48 Uhr

dierte mit Änderungsvorschlägen, die bei der Richterwoche 1973 von Tagungsteilnehmern formuliert worden waren. Hingewiesen wurde auf eine *„Lücke der Anhaltung"*, wenn § 23 erst ab dem 24. Lebensjahr, die Anhaltung in einer Bundeserziehungsanstalt nur bis zum 19. Lebensjahr erfolgen könne.[47]

5. Die Ablehnung des § 23 StGB durch Wissenschaft und Praxis

Wie bereits einleitend berichtet, wurde lediglich für vier Personen in den letzten fünfzehn Jahren die Anhaltung nach verbüßter Strafhaft angeordnet. Das ist eine Entwicklung, die wegen ihrer Radikalität überrascht, bedeutet diese Einweisungszahl doch nichts anderes als die konsequente Nichtanwendung dieser gesetzlichen Bestimmung durch die Richterschaft und auch durch die StA.
Allerdings hat sich dieser nunmehrige Zustand als Entwicklung rasch nach dem in Krafttreten der Bestimmung im Jahr 1975 angekündigt. Im Jahr 1980, also fünf Jahre nach der Reform, wurden nur noch 12 Strafgefangene in die Maßnahme eingewiesen, im Jahr davor waren es 15, die größte Einweisungszahl wurde mit 47 im Jahr 1977 erreicht.[48]
Die Wissenschaft kommentierte diese Verweigerung zustimmend. Dabei handelte es sich zum großen Teil um Wissenschaftler, die in die „Reformtradition" nicht oder nur wenig eingebunden und nicht Mitglied der Strafrechtskommission waren.[49]
Von *„Unbehagen"* ist die Rede, dem auch der OGH durch eine *„sehr restriktive Interpretation des § 23 StGB"* folgte,[50] wie überhaupt die restriktive Rechtsprechung generell gutgeheißen wurde. Attackiert wurde sogleich die Rücknahme des Vikariierens der Strafe durch die Anhaltung,[51] und bald wurden Forderungen nach der Abschaffung des § 23 StGB laut.[52]
Auch im Justizministerium selbst wurde Kritik geäußert, in der vor allem die für die Einweisung in die Anstalt notwendigen Prognosestellung scharf angegriffen wurde. Nicht nur setze eine valide Persönlichkeitsbeurteilung, so die Kritik, einen Entwicklungsstand der Kriminologie voraus, den sie nicht habe, es komme noch hinzu, *„dass sich an den Nahtstellen von medizinischer und juristisch/kriminologischer Begriffswelt die privaten Vorstellungen des Sachverständigen über die Angemessenheit der Rechtsfolgen oder – noch schlimmer – über die diesbezüglichen Erwartungen des Gerichtes eingebracht werden..."* – insgesamt ein Problembereich, der sich bei der Entlassungsprognose noch vergrößere.[53] Moniert wurde auch, dass die Rechtsprechung die Aufgabe des § 23 StGB gründlich missverstehe und *„als Ersatz des seinerzeitigen Gesetzes über die Anordnung einer Unterbringung in einem Arbeitshaus"* betrachte, ein Missverständnis, durch das der Gesetzgeber aufgerufen sei, *„seine Überlegungen in anderer Form darzustellen"*.[54]
Schließlich wurde auch von Seiten der Praxis die Rücknahme dieser Maßnahme gefordert,[55] in der zum Großteil *„bessere Bauhüttendiebe"* angehalten würden.[56]

6. Zusammenfassung und Diskussion

Mit Blick auf die eingangs gestellte Frage nach dem Ursprungsdiskurs über Gewohnheitsverbrecher und ihre Verfolgung, ist hier zweifellos das Marburger Programm von 1882 zu nennen. Die Forderung der rücksichtslosen Verfolgung dieser Delinquentengruppe nahm mit *Liszt* seinen Ausgang und blieb bis zur Reform des österreichischen Strafrechts 1975 eine Formel, der alle Reformgruppen leicht zuzustimmen vermochten.
Wenn auch *Liszt* gegen Ende seines wissenschaftlichen Lebens immer mehr erkennen musste, dass sein spezialpräventives Programm eine Vision blieb, die sich nicht verwirklichen ließ,[57] so wurden seine Überlegungen und Forderungen zum Zweckstrafrecht unabhängig davon über sein Wirken hinaus rezipiert und – selektiv – weitergeschrieben.
Ergänzend ist hinzuzufügen, dass *Liszt* seine gegen das Gewohnheitsverbrechen gerichtete Kriminalpolitik in der Zeit großer wirtschaftlicher Dynamik und gesellschaftlicher Veränderung im Deutschen und Österreichisch-Ungarischen Kaiserreich vortrug. Die Industriestädte entwickelten sich in beiden Reichen, so wie gleichzeitig in

47 Archiv *Christian Broda*, ÖNB, Mappe V. Unterlage 48, 35; zur Diskussion über die Altersgrenze in der Kommission vgl auch *Bruckmüller* (Fn 34), 125–127.
48 *Burgstaller*, Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, 1983, 179.
49 *Friedrich Nowakowski* bildet hier die große Ausnahme. Er hat sich zu § 23 im Speziellen nicht geäußert, sondern nur über die Maßnahmen in rechtsstaatlicher und rechtstheoretischer Hinsicht.
50 *Burgstaller*, Fn 48, 181.
51 Schon früher *Moos*, FN 43, 73.
52 *Mayerhofer*, Die Krise der Sicherungsverwahrung, ÖJZ 1986, 489; die ablehnenden Argumente zusammenfassend in *Bruckmüller* (Fn 36), 150; siehe auch *Medigovic* Freiheitsentziehende vorbeugende Maßnahmen in Österreich (1986).
53 *Kunst*, Die strafrechtliche Behandlung des Rückfalls, ÖJZ 1980, 319.
54 *Neider*, FS Schilder 1979, 125. Seit der Strafgesetznovelle 1987 können Eigentumsdelinquenten nur noch im Zusammenhang mit Gewaltanwendung eingewiesen werden.
55 *Arbeitsgemeinschaft der Leitenden Strafvollzugsbeamten Österreichs*, 1984, 87 f.
56 *Mayerhofer*, FN 52, 489.
57 In seinem Text *„Zur Vorbereitung des Strafgesetzentwurfes"* moniert *Liszt*, dass man über *„platte Redeweisen"* nicht hinausgekommen sei, und es würden lediglich Durchschnittswerte über Verbrechenshäufigkeiten, aber nicht stichhaltige Befunde über Einzelpersonen präsentiert, in *ders*, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd II (1905) 75, hier 89 f; siehe auch *Ostendorf*, Fn 11.

© Verlag Österreich 2018

Lizenziert für Universitäts- und Landesbibliothek Innsbruck am 29.11.2022 um 18:48 Uhr

vielen Teilen Europas, rasant zu Metropolen bürgerlich-aristokratischer Prachtentfaltung, umgeben zugleich von riesigen Slums in den Vorstädten, in denen die Arbeiter und das Heer der Armen hausten, so wie wir sie heute in vielen Gegenden der Welt immer noch kennen. Begleitet war diese neue Form der Urbanisierung mit bis dahin nicht gekannten Häufungen und Formen von abweichendem Verhalten, dh Alkoholismus, Prostitution, Betteln, sozialem Elend, Gewalt und Kriminalität.[58]

Wenn man davon sprechen kann, dass *Liszt* seine Überlegungen zum Gewohnheitsverbrechertum und dessen Bekämpfung in die ökonomische Epoche des deutschen und europäischen Laissez-faire-Liberalismus einzubetten suchte, so ist der *Kadecka*-Entwurf die Fortschreibung dieser Kriminalpolitik in einer neuen Zeit des latenten Bürgerkriegs der 1920er Jahre in Österreich, die bekanntlich in den Austrofaschismus und anschließend in den nationalsozialistischen Faschismus überging. Wie gezeigt sucht man vergeblich nach einem Zeitbezug sowohl in den Arbeiten *Kadeckas* als auch in denen der Strafrechtskommission, da sein rechtliches Denken wie das der Kommission von jeglicher historischen oder gesellschaftswissenschaftlichen Bezugnahme gereinigt schien. Operiert wurde zwar weiter mit den Begriffen des 19. Jahrhunderts, aber zugleich ist die Zeit der 1920er Jahre und später der 1950er Jahre in den Diskursen unkenntlich gemacht.

Hervorzuheben ist auch dass im Entwurf von 1927 und ihm folgend in der Kommission das strafrechtliche Kontrollpotential massiv vergrößert wurde. Irre, „Psychopathen", Süchtige, widerspenstige Jugendliche, Arbeitsscheue und Berufsverbrecher[59] sollen durch verschiedene Formen von Maßnahmen therapiert, gebessert oder einfach angehalten werden. Während bei den Diskussionen über die künftige Anhaltung geisteskranker und auch süchtiger Rechtsbrecher eine Auseinandersetzung mit dem medizinisch-psychiatrischen System stattfand,[60] wurde das Institut der Sicherungsverwahrung im Hinblick auf die Notwendigkeit seiner Errichtung und seiner Ausgestaltung ausschließlich unter rechtlichen Gesichtspunkten betrachtet. Im Diskussionsprozess über die Sicherungsverwahrung verzichtete die Kommission auf die Anhörung von Experten zB aus dem Strafvollzug, der Fürsorge oder der Psychologie. Dieser Rückzug auf rechtliche Positionen unter strikter Vermeidung jeder Kenntnis- und Bezugnahme auf Wissenschaften und Erfahrungen außerhalb der Rechtswissenschaften, war geradezu eine Voraussetzung für das Gebot des entpolitisierten Diskurses in der Kommissionsarbeit der 1950er Jahre, in der auch eine „Grundsatzdiskussion" über die Reform strikt abgelehnt worden war.[61] Erfahrungswissenschaften bringen im Unterschied zum normativen Wissen Unruhe in das juristische Denken, weil diese die durch das „Sollen" verdeckte Seite des „Seins" der Gesellschaft zum Thema haben und damit Perspektiven (auch) auf Kriminalität eröffnen (können), denen sich die Kommission nicht stellen wollte. So gesehen sind die Konflikte zwischen Psychiater und Juristen im Zuge der Arbeit der Kommission zu den § 21 und 22 StGB eine Anomalie, die sich bei der Formulierung des § 23 StGB nicht widerholte.

Die angesprochene Politisierung der Sicherungsverwahrung durch die Österreichische Volkspartei im Entwurf 1968 fand lediglich unter sehr engen parteistrategischen Überlegungen statt, ohne dass damit die Problematik in einen breiteren historischen oder kriminologischen Kontext gestellt worden wäre. In den geschilderten Verhandlungen im JUA 1972 wurden zwar Experten gehört, ohne dass man von einer rechts- und gesellschaftspolitischen Debatte sprechen könnte. Auf die mehrfach vom Abg *Skrein* auch im JUA vorgebrachte generelle Ablehnung der Anhaltung nach § 23, die er bereits seinerzeit in den Verhandlungen der Strafrechtskommission attackiert hatte, wurde, folgt man den Protokollen und angeschlossenen Beilagen, auch von Broda in seinen Äußerungen nicht Bezug genommen.[62]

Die „Selbstbezogenheit" des Entwurfes der Strafrechtskommission und der nachfolgenden Entwürfe in Hinsicht auf die Sicherungsverwahrung zeigt sich auch in der Ausblendung der Gepflogenheiten und Bedürfnisse der österreichischen Rechtsprechung.

Auch durch *Broda* und seine Administration wurde keine rechtspolitische Debatte zur Sicherungsverwahrung geführt, wiewohl eine Liberalisierung der eigenen Vorentwürfe erfolgte. Ministeriumsintern wurden Gesetzesvorlagen durchgespielt, um den künftigen Belag in

58 *Ostendorf*, hat eine Reihe von Äußerungen durch *Liszt* zur „sozialen Frage" auch als Politiker zusammengetragen, siehe Fn 11.

59 Für diese Gruppen sah der *Kadecka*-Entwurf Formen von Maßnahmen vor.

60 *Stangl*, Fn 23, *ders*, *„Wir können mit Verbrechern Mitleid haben, aber schwach werden dürfen wir ihnen gegenüber nicht"* in VIRUS, 2016, 285.

61 Die Kommissionsarbeit zwischen 1955 und dem Jahr 1962, in dem der Strafgesetzentwurf abgeschlossen worden war, kann als die Phase der „unpolitischen Expertenreform" bezeichnet werden, in der bei keinem Reformthema Bezugnahmen auf Kriminalitätsentwicklungen oder andere gesellschaftliche Probleme erfolgten, vgl *Stangl*, Fn 33, 29 ff; *Broda* schrieb dazu: *„Weder in der Strafrechtskommission saßen Revolutionäre noch waren unter den Gutachtern Umstürzler. Ihre große Mehrheit war von durchaus konservativer Grundhaltung"*, Die Strafrechtsreform, die noch nicht stattfand, in *Stadler* (Hrsg), Probleme der österreichischen Politik, Bd.2, 1968, 23, hier 33; sehr informativ zur Strafrechtsreform und zur Rolle *Brodas* vgl *Wirth*, Christian Broda (2011).

62 Zur Ablehnung durch Skrein vgl Fn 42.

© Verlag Österreich 2018

Lizenziert für Universitäts- und Landesbibliothek Innsbruck am 29.11.2022 um 18:48 Uhr

der Sonderanstalt in Abhängigkeit von Qualifikationsvarianten einzuschätzen.[63] Die Richterschaft war von Beginn an (und im Laufe der Zeit zunehmend) skeptisch und immer seltener bereit, den § 23 StGB nach dessen Gesetzwerdung anzuwenden. Man kann dies als einen über die Zeit zunehmenden Prozess der Rechtsverweigerung sehen, die jene im Bereich der Maßnahmen für süchtige Rechtsbrecher noch bei weitem übertrifft.[64]

Es gibt keine Studien zur Frage, warum Richter den § 23 StGB nicht anwenden. Die gelegentlich geäußerte Ansicht, § 21 Abs 2 StGB erfülle zumindest teilweise die Aufgabe, die § 23 StGB zugedacht sei, mag für einen bestimmten Umfang der Einweisungen zutreffend sein, sie vermag jedoch die Frage nach der Ablehnung der Sicherungsverwahrung durch die Rechtsprechung nicht befriedigend zu erklären.

Es gibt aber im Strafgesetzentwurf von 1912 in den Erläuterungen zur vorgeschlagenen Sicherungsverwahrung eine für uns lesenswerte Passage, in der über die künftige Anwendung der damals vorgesehenen Bestimmung durch die Richterschaft Sorge ausgedrückt wurde.

Zunächst wird generell die Milde der Richterschaft bemängelt, und *„ihre Abneigung (...), Strafen von sehr langer Dauer zu verhängen (...). Der Richter hält sich bei der Bemessung der Strafe zu sehr an die einzelne Tat, er mag sich ferner sagen, er könne nicht voraussehen, eine wie lange Freiheitsentziehung zur Bekämpfung der Gemeingefährlichkeit notwendig sei und zieht drum diesen Gesichtspunkt zu wenig in Rechnung. Endlich spielt das Mitleid eine Rolle“*, da es sich bei Rückfälligen nicht nur um Menschen mit großer krimineller Energie handle, *„sondern auch um Individuen, die aus Schwäche fortwährend Verbrechen begehen.“*[65] Gerade in solchen Fällen, so wird weiter räsoniert, gerieten bei Gericht das Vergeltungsbedürfnis und das Schutzbedürfnis in Konflikt. In den Erläuterungen aus dem Jahr 1912 wird die Frage der Anwendung durch die Richterschaft aber letztlich optimistisch eingeschätzt:

„Wenn der Schutz gegen eine abnormale Gefährlichkeit zum Gegenstand einer besonderen Maßregel und Entscheidung gemacht wird, so tritt zunächst für den Richter die besondere Aufgabe scharf hervor und es ist um so mehr zu erwarten, dass er sie dem Bedürfnis entsprechend lösen wird, wenn er eben nicht Strafe zu verhängen, sondern ein Sicherungsmittel von relativ unbestimmter Dauer anzuordnen hat. Zugleich wird der Konflikt zwischen dem Gerechtigkeitsgefühl und dem Bedürfnis nach Sicherheit vermindert.“[66]

Vielleicht war diese Einschätzung für die Endzeit des österreichischen Kaiserreiches zutreffend, für die Richterschaft des späten 20. und frühen 21. Jahrhunderts trifft sie jedenfalls nicht mehr zu.

Anhang[67]

Ftlfd. Zahl:	Justiz-anstalt:	Beginn Haft:	Ende Straf-haft:	Beginn § 23 StGB:	Ende § 23 StGB:	U-Haft/ Strafhaft:	Maßnahme § 23 StGB:	Delikte:
Insasse 1	Sonnberg	10.10.1992	10.04.2002	10.04.2002	07.07.2003	9 Jahre und 6 Monate	1 Jahr, 2 Monate und 27 Tage	§ 143 2. Fall StGB, § 142 StGB; § 99 Abs 1 StGB; § 125 StGB; § 15 StGB, § 269 Abs 1 1. Fall StGB
Insasse 2	Sonnberg	15.04.1996	12.03.2003	12.03.2003	21.04.2008	6 Jahre, 10 Monate und 25 Tage	5 Jahre, 1 Monat und 9 Tage	§ 87 Abs 1 StGB
Insasse 3	Sonnberg	12.01.2001	12.01.2007	12.01.2007	31.03.2009	6 Jahre	2 Jahre, 2 Monate und 19 Tage	§ 207 Abs 1 StGB; § 206 Abs 1 StGB
Insasse 4	Sonnberg	03.08.2004	03.08.2012	03.08.2012	31.01.2013	8 Jahre	1 Jahr, 8 Monate und 15 Tage	§ 206 Abs 1 StGB; § 202 Abs 1 StGB; § 105 Abs 1 StGB
	Stein			31.01.2013	18.04.2014			
	Stein	Im Anschluss an BE zu § 23 StGB am 18.04.2014 Übernahme gem § 21 Abs 2 StGB in Stein und aktuell dort angehalten wg. § 207a Abs 3 1. u. 2. Satz StGB						

63 Archiv *Christian Broda*, ÖNB, Mappe V. 870, 1 ff.

64 In den Jahren zwischen 2000 und 2014 wurden immerhin 362 Personen in die Maßnahme nach § 22 StGB eingewiesen, hingegen 1110 nach § 21 Abs 1 und 863 nach § 21 Abs 2 StGB, eine hohe Anzahl, die als „Detentionsakzeptenz“ aller an der Einweisung beteiligten Professionen bezeichnet wurde, vgl *Stangl/Neumann/Leonhardmair*, Fn 3, 95.
Im Jahr 2015 haben jedoch die LG für Strafsachen Wien, Eisenstadt und Linz keinen einzigen Rechtsbrecher in die Maßnahme nach § 22 StGB eingewiesen! Daten aus einer Sonderauswertung des BMJ.

65 *Strafgesetzentwurf 1912*, 82.

66 *Ebd*, 83.

67 Für Zugang und Auswertung der Daten zu § 23 StGB danke ich sehr herzlich *Christian Schnattler, Leitender Staatsanwalt im Bundesministerium für Justiz* und Walter *Posch-Fahrenleitner* , Leiter des Helpdesks im Strafvollzug.

© Verlag Österreich 2018

Kurzzusammenfassung

Benötigt das österreichische Strafrecht die Maßnahme der Unterbringung gefährlicher Rückfallstäter nach § 23 StGB angesichts der Tatsache, dass zwischen 2001 und 2016 lediglich vier Personen eingewiesen wurden? Warum wird an einer Sanktion festgehalten, die seit der Reform von 1975 sowohl von der Wissenschaft wie von der Strafvollzugspraxis kritisch beurteilt wurde und durch die Rechtsprechung anfangs zögernd, heute praktisch nicht mehr angewendet wird? Diese Fragen stellen sich, wenn man sich mit dieser Maßnahme beschäftigt.

Im vorliegenden Beitrag geht es um die Genese dieser Maßnahme, die sich aus den kriminalpolitischen Forderungen und wissenschaftlichen Visionen *Franz von Liszts* herleitet. Der strafrechtliche Kampf gegen das Gewohnheitsverbrechen bildete eine wichtige Facette in seinen Schriften. Seine national wie international öffentlichkeitswirksam vorgetragene Forderung nach unbegrenzter Anhaltung dieser Straftäter hatte beträchtlichen Einfluss auch auf die österreichische Strafrechtsgesetzgebung, wenn auch *Lammasch, Stooss* und *Hoegel*, die mit der Reform des österreichischen Strafgesetzbuches betraut waren, die soziologische Rechtsschule ablehnten. Im Beitrag wird zum einen die kriminalpsychologische Konstruktion der Figur des gefährlichen Rückfallstäters kritisch untersucht, zum anderen die selektive Rezeption des Diskurses zu diesem Wissenskomplex. Beispiele dafür sind die Debatten der Strafrechtskommission 1955 aber auch jene im Justizunterausschuss 1972, die zur Beschlussfassung der heute noch geltenden rechtlichen Kontur dieser Maßnahme führten. Die Verweigerung der Anwendung dieser Bestimmung durch die österreichische Richterschaft ist jedenfalls eine bemerkenswerte Erscheinung im österreichischen Justizsystem.

Korrespondenz:
Univ. Doz. Dr. Wolfgang Stangl,
wolfgang.stangl@univie.ac.at.

Lizenziert für Universitäts- und Landesbibliothek Innsbruck am 29.11.2022 um 18:48 Uhr

© Verlag Österreich 2018