

## 2. Grundbegriffe der vorliegenden Arbeit

Jede rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung setzt ein bestimmtes Verständnis jener Begriffe voraus, welche sie verwendet. Dies ist schon bei rein innerstaatlichen Begriffen oft nicht einfach und mitunter der wahre Kern des zu behandelnden rechtlichen Problems. Ganz besonders wichtig ist ein klares Begriffsverständnis jedoch für eine rechtsvergleichend und international angelegte Arbeit wie die vorliegende.<sup>5</sup> Aus diesem Grund muss sich eingangs ein eigenes Kapitel den Grundbegriffen dieser Arbeit widmen: Strafrecht und Strafanwendungsrecht. Dabei ist zu versuchen, allgemeingültige und den einzelstaatlichen Begriffsverständnissen möglichst nahekommende Definitionen *für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung* zu finden. Es geht darum, ein brauchbares und breitestmögliches Instrumentarium zu schaffen, um Vergleichbares sichtbar zu machen. Nicht beabsichtigt ist es, letztgültig richtige Wahrheiten in Bezug auf die genannten, zu definierenden Begriffe zu finden. Dies ist weder die Aufgabe dieses Werks, noch wäre es ein erreichbares Ziel für eine grenzübergreifende Studie.

### 2.1. Begriff des Strafrechts

Strafrecht steckt im Titel dieser Arbeit, der Strafrechtswissenschaft dient sie. Strafanwendungsrecht und internationales Strafrecht sind Teilgebiete des Strafrechts (wenn auch mitunter Querschnittsmaterien mit dem Völkerrecht). Wäre diese Arbeit alleine der österreichischen Rechtslage gewidmet – was beim gegenständlichen Thema schwierig zu bewerkstelligen wäre und die Nützlichkeit des Buches stark einschränken würde – könnte man sich an dieser Stelle vielleicht die Grundsatzfrage nach dem Kern und der Abgrenzung des Strafrechts ersparen und ein bestimmtes Begriffsverständnis voraussetzen; da diese Arbeit ihren Wert aber nicht hinter der österreichischen Grenze einbüßen soll und sinnvoller Weise nur übernational, europäisch anzulegen ist, kommt diese Lösung mangels Präzision nicht infrage. Bei einem grenzüberschreitenden Charakter der Arbeit zwingt schon der Umstand, dass Österreich nicht die alleinige Oberhoheit über die deutsche Sprache hat, zumindest zur Berücksichtigung der deutschen und schweizerischen Rechtslage und des dortigen Begriffsverständnisses. Da die Arbeit aber einen noch weiteren Kreis an Staaten beachten soll, ist auch auf fremdsprachige Begriffe bzw. Rechtslagen weiterer Staaten Bedacht zu nehmen. Überstaatlich gesehen fehlt es zwar nicht an Rechtsakten, die sich inhaltlich und ausdrücklich dem Strafrecht widmen, Legaldefinitionen gibt es jedoch nicht. Ganz allgemein fällt auf, dass der Begriff des Strafrechts selbst kaum gesetzlich definiert ist. Dennoch haben sich in den einzelnen Staaten deutliche Rechts-

---

5 Dennoch ist das Problem der exakten Rechtsterminologie gerade im Bereich der Rechtsvergleichung ein oft schwerwiegendes, vgl etwa *Gutteridge, Comparative Law* (1949), Neudruck 1971, 117 ff.

meinungen herausgebildet. Die rechtstheoretischen Grundlagen zur Erörterung der Position des Strafrechts besitzen allgemeine Gültigkeit. Die genaue Abgrenzung und wesentliche Untergliederung ist jedoch in der Lehre verschiedener Staaten nicht immer gleich.

### 2.1.1. Strafrecht als Teil des Rechts

Unbestritten ist zunächst, dass das Strafrecht Teilbereich des Rechts ist. Letzteres bezeichnet im objektiven Sinn eine Ordnung menschlichen Zusammenlebens, dem die Wahrung der Freiheit des Einzelnen obliegt.<sup>6</sup> Recht „besteht aus Normen, dh Sollensanforderungen, die dem einzelnen mit dem Anspruch entgegnetreten, von ihm beachtet zu werden.“<sup>7</sup> Neben dem Recht bestehen als weitere Ordnungssysteme, die Sollensanforderungen an den Einzelnen herantragen, Sitte und Moral<sup>8</sup>, die aber beide von ersterem dadurch zu unterscheiden sind, dass nur das Recht mit organisiertem und unmittelbarem Zwang (durch den Staat) durchgesetzt werden kann.<sup>9</sup> Obwohl es durchaus Ausnahmen gibt (*leges imperfectae*)<sup>10</sup>, bestätigen diese nur die Regel, dass das Recht „mit der Befugniß zu zwingen verbunden“<sup>11</sup> sein muss. Der Staat, der diesen Zwang ausübt, tut dies – zumindest in Friedenszeiten – am deutlichsten im Strafrecht.

### 2.1.2. Stellung des Strafrechts in der Gegenüberstellung öffentliches Recht – Privatrecht

Von übernationalem Charakter ist auch die Zuordnung des Strafrechts in der allgemeingültigen Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht. Dieser Gegensatz war schon den Römern bekannt, wenngleich auch die genaue theoretische Abgrenzung beider Gebiete nach wie vor Schwierigkeiten bereitet. Die bereits von

---

6 *Koziol/Welser 2*; in diesem Sinne schon *Kant*, Die Metaphysik der Sitten (1797), abgedruckt in: Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken, Bd VI 230. Vgl zur Übersicht über Theorien über den Rechtsbegriff etwa die Zusammenstellung *Maihofer* (Hrsg), Begriff und Wesen des Rechts (1973). Vgl zum Rechtsbegriff allgemein etwa auch *F. Bydliński*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup> (1991); *Verdroß*, Zur Klärung des Rechtsbegriffes, JBl (72) 1950, 97; *Binder*, Rechtsbegriff und Rechtsidee (1915); *Stammler*, Theorie der Rechtswissenschaft<sup>2</sup> (1923); *ders*, Die Lehre von dem richtigen Rechte (1926).

7 *Koziol/Welser 2*. Wesentlich ist freilich die Unterscheidung zwischen gebietenden und ermächtigenden Normen, wobei letztere dem Verfahrens- und Organisationsrecht dienen und nur erstere als „Zwangsnormen“ bezeichnet werden, da sie bestimmte (normwidrige) Verhaltensweisen mit Sanktionen verknüpfen, vgl *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup> (2007), Rz 3.

8 Zum Verhältnis zwischen den Ordnungen und zur Durchdringung des Rechts mit Ethik, Sitte und Moral vgl *Ravà*, Diritto e Stato nella Morale Idealistica (1950); *Binder*, Rechtsbegriff und Rechtsidee (1915).

9 *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1934), Studienausgabe der 1. Auflage 1934 (2008) 37 f.

10 Vgl etwa *Köbler*, Juristisches Wörterbuch<sup>14</sup> (2007) 263.

11 *Kant*, Die Metaphysik der Sitten (1797), abgedruckt in: Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken, Bd VI 231.

*Ulpian* vertretene *Interessentheorie*<sup>12</sup> grenzt das öffentliche Recht vom Privatrecht dadurch ab, dass dieses die Interessen des Staates verfolgt, jenes den Interessen des Einzelnen zum Nutzen ist. Das Strafrecht ist unter dem Gesichtspunkt der Interessentheorie weder dem öffentlichen Recht noch dem Privatrecht eindeutig zuzuordnen: Es schützt sowohl Rechtsgüter des Staates (zB bei den strafbaren Handlungen gegen die Rechtspflege oder den Amtsdelikten) als auch Rechtsgüter Einzelner (zB bei den Vermögensdelikten oder den strafbaren Handlungen gegen Leib und Leben), und dient somit öffentlichen wie privaten Interessen. Auch der Strafanspruch ist nur meistens staatlich, da Privatankläger zwar selten, aber nicht undenkbar sind. Die Römer selbst ordneten das Strafrecht teilweise dem einen, teilweise dem anderen Gebiet zu.<sup>13</sup> Die Interessentheorie hilft bei der Zuordnung des Strafrechts also nicht weiter.

Die *Subjektionstheorie* versucht, die Grenze zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht anhand des Über- und Unterordnungsverhältnisses ziehen, welches dem öffentlichen Recht innewohnt, währenddem das Privatrecht durch die Gleichrangigkeit der Akteure gekennzeichnet ist.<sup>14</sup> *Otto Mayer*, der diese Theorie unter Bezugnahme auf die französische Verwaltungsrechtslehre<sup>15</sup> in den deutschsprachigen Raum eingeführt hat, erachtet den Staat grundsätzlich als rechtlich allmächtig, wobei der Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts des Staates nur den Blick auf die Unbegrenztheit der öffentlichen Gewalt verstellt.<sup>16</sup> Letztlich legt sogar im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung der (eigentlich allmächtige) Staat nur „sein eigenes Untertanenrecht auf sich selber“<sup>17</sup> an, und zieht auch die Grenze zwischen hoheits- und privatwirtschaftsverwaltendem Handeln im Prinzip willkürlich.<sup>18</sup> Das Privatrecht befasst sich hingegen mit der Abgrenzung der Willensmacht Einzelner untereinander.<sup>19</sup> Auch nach der Subjektionstheorie ist das Strafrecht möglicherweise nicht vollständig Teil des öffentlichen Rechts. Zwar ist in weitesten Bereichen des Straf- und Strafprozessrechts die „öffentliche Gewalt“ spürbar, und auch die Verfah-

---

12 Vgl *Ulpian* in D 1,1,1,2.

13 In der für das römische Recht typischen Konzentration auf den prozessualen Aspekt galt das Verfahren nach dem magistratisch-comitalen Strafprozess als öffentlich-rechtlich, Deliktsprozesse vor Geschworenengerichten hingegen als privatrechtlich, vgl *T. Mommsen*, Römisches Strafrecht (1899) 4.

14 Die Annahme, dass im öffentlichen Recht stets eine Über- und Unterordnung vorherrscht, lässt sich nicht immer durchhalten: So nennt *Baummann*, Einführung in die Rechtswissenschaft<sup>8</sup> (1989) 35 f, als Gegenbeispiele etwa das Staatskirchenrecht (keine Über-/Unterordnung zwischen Staat und Kirche) oder das Völkerrecht (keine Über-/Unterordnung zwischen den Völkerrechtssubjekten). In diesen Fällen könne auf die Interessentheorie zurückgegriffen werden.

15 *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (1914), Bd 1 V (Vorwort zur ersten Auflage).

16 *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (1914), Bd 1, 106 ff. Sehr wohl existieren seiner Meinung nach aber subjektive öffentliche Rechte des Einzelnen dem Staat gegenüber, vgl ebd 109 ff.

17 *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (1914), Bd 1, 122 f.

18 *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (1914), Bd 1, 118 f.

19 *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (1914), Bd 1, 106, 116.

rensgrundrechte stellen subjektive öffentliche Rechte (gegen den Staat) dar.<sup>20</sup> Kein Problem stellt auch die strafprozessuale Waffengleichheit zwischen Staatsanwalt und Angeklagtem dar, da auch diese nach der Subjektionstheorie nur als Ausdruck von (letztlich freiwilliger) Selbstbeschränkung der allmächtigen öffentlichen Gewalt anzusehen ist. Probleme bereiten allerdings erneut die Privatanklagedelikte. Während die Stellung des Privatanklägers selbst verfahrensrechtlicher und somit öffentlich-rechtlicher Natur ist, erfüllen die materiell-rechtlichen Privatanklagedelikte eine dem Zivilrecht vergleichbare Funktion: Sie regeln das Verhältnis Einzelner untereinander, grenzen ihre Willensmacht voneinander ab. In diesem sehr schmalen Bereich könnte man der Subjektionstheorie zufolge das Strafrecht eher dem Privatrecht zurechnen, es sei denn, man sieht ein Über- und Unterordnungsverhältnis darin, dass die verhängten (Geld-) Strafen – in Europa<sup>21</sup> – dem Staat (und nicht etwa dem Privatankläger) zufließen.<sup>22</sup>

Die *Subjekttheorie* wiederum meint, dass das öffentliche Recht jenen Teil des Rechts bezeichnet, der die Beziehungen eines mit Herrschergewalt („*imperium*“) ausgerüsteten Gemeinwesens zu gleich- und untergeordneten Personen regelt<sup>23</sup>, während das Privatrecht die Beziehungen der Einzelnen (als einander Nebengeordnete) regelt.<sup>24</sup> Das Dürfen ist das Kennzeichen des Privatrechts, während das Können das Kriterium des öffentlichen Rechts bildet.<sup>25</sup> Die Subjekttheorie stimmt mit der Subjektionstheorie darin überein, dass der Grenzverlauf zwischen Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung, in dem sich wie unter einer Lupe der größere Gegensatz zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht zeigt, grundsätzlich durch gesetzliche Festlegung bestimmt wird, der Staat sich also formell dem Privatrecht entziehen kann.<sup>26</sup> Anders als nach der Subjektionstheorie ist der Staat nach der Subjekttheorie allerdings nicht rechtlich allmächtig: „Herrschergewalt wird dadurch zur rechtlichen, dass sie eingeschränkt ist. Recht ist rechtlich beschränkte Macht.“<sup>27</sup> Die staatliche Selbstbeschränkung ist nicht willkürlich (und freiwillig). Während also nach der Subjektionstheorie letztlich jegliches Verhältnis des Staates zum Einzelnen von Über- und Unterordnung geprägt und damit auch dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist, stellt die Sub-

---

20 O. Mayer spricht auch solchen „Freiheitsrechten“ die eigentliche Qualität subjektiver öffentlicher Rechte in einem zweiten Schritt wieder ab, da der Einzelne sie „ohnedies“ habe, sie also durch Verfassungsbestimmungen nur gewährt, nicht aber verliehen werden könnten, vgl. O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (1914), Bd 1, 110 f.

21 Anders in den USA, wo zumindest in Bezug auf betrügerische Auftragnehmer des Staates private Strafrechtsdurchsetzung („private enforcement“) nach dem Prinzip *qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur* der Privatkläger bis zu 30% des vom Angeklagten bzw. Verurteilten zu zahlenden Strafbetrages erhält, vgl. 31 USC Sec 3730 (False Claims Act). Vgl. dazu etwa Kölbl, Zur wirtschaftsstrafrechtlichen Institutionalisierung des Whistleblowing, JZ 2008, 1134.

22 Gemäß der rechtshistorischen Unterscheidung des öffentlichen Strafrechts vom Privatstrafrecht als Weiterentwicklung von diesem, vgl. Wesel, Geschichte des Rechts in Europa (2010) 25 f.

23 Vgl. Jellinek, Allgemeine Staatslehre<sup>3</sup> (1914) 384.

24 Jellinek, Allgemeine Staatslehre<sup>3</sup> (1914) 384.

25 Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte (1905) 55 f.

26 Jellinek, Allgemeine Staatslehre<sup>3</sup> (1914) 385.

27 Jellinek, Allgemeine Staatslehre<sup>3</sup> (1914) 386.

jekttheorie auf ein Auftreten mit (rechtlich beschränkter) Herrschergewalt ab, die gerade deshalb nicht immer besteht, weil sie nicht unbegrenzt ist. Nach Ansicht von *Jellinek* ist das Strafrecht grundsätzlich Bestandteil des öffentlichen Rechts.<sup>28</sup> Sein *imperium* tritt im Handeln der Strafverfolgungsbehörden markant zutage. Diese globale Zuordnung trifft allerdings wieder nicht auf Privatanklagedelikte zu, bei denen es anders als von *Jellinek* ausgedrückt nicht um „das Recht des Staates zu strafen“<sup>29</sup> geht. Auf „die Pflicht des rechtskräftig Verurteilten, die Strafe auf sich zu nehmen“<sup>30</sup>, kann es nicht ankommen: Dass die Unterworfenheit des Einzelnen unter den Strafprozess und die Strafvollstreckung öffentlich-rechtlicher Natur ist, ist unbestritten. Die in gleicher Weise öffentlich-rechtliche Natur der Unterworfenheit des Beklagten unter den Zivilprozess und die Exekution von Zivilurteilen verleiht aber materiellen zivilrechtlichen Bestimmungen auch keinen öffentlich-rechtlichen Charakter. Einzig den Umstand, dass die verhängten Strafen nicht dem Privatankläger, sondern dem Staat zufließen, könnte man wie bereits bei der Subjektionstheorie, diesmal als Ausdruck von *imperium*, zugunsten einer Zuordnung der Privatanklagedelikte zum öffentlichen Recht erneut ins Treffen führen.<sup>31</sup>

Weitere Theorien wie die *Fiskustheorie* oder die *Zweistufentheorie* versuchen, die oft schwierige Zuordnung des Verwaltungshandelns vorzunehmen. Nach der Fiskustheorie geht es im Privatrecht um Vermögenswerte, im öffentlichen Recht nicht.<sup>32</sup> Im Fiskus wurde zunächst eine zweite juristische Persönlichkeit neben dem Staat erkannt, die diesen vermögensrechtlich vertritt, später zumindest immer noch der Staat selbst als Privatrechtssubjekt.<sup>33</sup> *Otto Mayer* sieht im Fiskus – ganz der Subjektionstheorie entsprechend – nur einen Namen „für alle die Fälle, in welchen der Staat dem für die Einzelnen gegebenen Rechte unterliegt, weil er in Lebensverhältnisse getreten ist, wie ein solcher. Dieser Fiskus ist nicht der gewöhnliche Privatmann wie der alte;“<sup>34</sup> An der Richtigkeit der Fiskustheorie bestehen Zweifel, da mit Recht ins Treffen geführt wird, dass es einerseits auch im Privatrecht Rechtsverhältnisse ohne Vermögenswert gibt, wie zB im Familienrecht, andererseits auch im öffentlichen Recht oft um Vermögenswerte geht, wie zB im Steuerrecht.<sup>35</sup> Dadurch ist die Fiskustheorie für die Zuordnung des Strafrechts auch nur von begrenztem Nutzen. Der Staat tritt zwar im Strafrecht nicht als Fiskus auf, weshalb alles für eine Zuordnung zum öffentlichen Recht spricht. Es wäre jedoch unrichtig zu behaupten, dass es im

---

28 *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre<sup>3</sup> (1914) 388.

29 *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre<sup>3</sup> (1914) 388.

30 *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre<sup>3</sup> (1914) 388.

31 Auch in diesem Zusammenhang ist noch einmal auf das Prinzip *qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur* zu verweisen, nach welchem in den USA in bestimmten Fällen privater Strafdurchsetzung gemäß dem False Claims Act Privatkläger bis zu 30% des vom Angeklagten bzw Verurteilten zu zahlenden Strafbetrages erhalten.

32 *Baumann*, Einführung in die Rechtswissenschaft<sup>8</sup> (1989) 36.

33 *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (1914), Bd 1, 121; *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre (1900) 347, der auf die unterschiedliche Sichtweise im englischen Recht hinweist, wo gegenüber dem Staat nur ein Bittrecht bestand.

34 *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (1914), Bd 1, 122.

35 *Baumann*, Einführung in die Rechtswissenschaft<sup>8</sup> (1989) 36.

Strafrecht niemals um Vermögenswerte ginge: Vermögensdelikte, Geldstrafen, Verfall und Privatbeteiligte sind die besten Gegenbeispiele.

Die von *Hans Peter Ipsen* entwickelte Zweistufentheorie dient ebenfalls der Zuordnung von Verwaltungshandeln, ist jedoch von ihrer Anwendbarkeit rein auf die Beurteilung öffentlicher Subventionsvergaben an Private ausgerichtet, in welchem Fall die Entscheidung über die Bewilligung oder Versagung der Subvention öffentlich-rechtlicher Natur (Stufe 1), die Erfüllung aber mitunter auf privatrechtlichem Wege etwa in Form eines Kreditvertrages erfolgt (Stufe 2).<sup>36</sup> Für die Zuordnung des Strafrechts ist die Zweistufentheorie nicht von Gewinn. Sie ist zu sehr auf das enge Thema Subventionen beschränkt, als dass sich Analogien zu strittigen strafrechtlichen Konstellationen (va die in Subjektionstheorie und Subjekttheorie fragliche Stellung der Privatanklagedelikte) ziehen ließen.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass abgesehen von der Interessentheorie, bei der seine Stellung weitgehend offen bleibt, die modernen Theorien eher für eine Zuordnung des Strafrechts zum Bereich des öffentlichen Rechts sprechen.<sup>37</sup> Diese Zuordnung kann jedoch nicht mit absoluter Ausschließlichkeit vorgenommen werden, da die Privatanklagedelikte privatrechtlicher Natur sein könnten. Da sich diese Schwierigkeiten durch alle dargestellten Theorien ziehen, besteht insofern auch keine Gefahr, dass verschiedene Rechtskreise durch Anhängen an verschiedenen Theorien die Position des Strafrechts im Spannungsfeld zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht unterschiedlich beurteilen.

### 2.1.3. Wesen des Strafrechts

„Objektives Strafrecht (ius poenale) ist die Summe der Bestimmungen, die festlegen, unter welchen Voraussetzungen für bestimmte, genau umschriebene Verhaltensweisen staatliche Sanktionen, nämlich Strafen und/oder vorbeugende Maßnahmen verhängt werden sollen.“<sup>38</sup> Abgesehen von der auch schon bei *Triffterer* erwähnten vorbeugenden Maßnahme knüpft diese für die deutsche Sprache typische Definition

---

<sup>36</sup> *H. P. Ipsen*, Öffentliche Subventionierung Privater (1956) 75 ff.

<sup>37</sup> Vgl die ohne jeden Zweifel vorgenommene Zuordnung nach *Baumann*, Einführung in die Rechtswissenschaft<sup>8</sup> (1989) 34; *Fuchs*, AT<sup>9</sup> Kap 1 Rz 14; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd I<sup>4</sup> (2006) § 1 Rz 5; *Constant*, Traité élémentaire de Droit Pénal. Tome 1<sup>er</sup> (1965) Rz 24; *Javers*, Rahmenbedingungen, Vorgaben, Grundlagen und Entwicklung des Strafrechts in Italien, in *Sieber/Cornils* (Hrsg), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung. Allgemeiner Teil Bd 1 (2009) 277 (313). Auch *Zerbes*, Rahmenbedingungen, Vorgaben, Grundlagen und Entwicklung des Strafrechts in Österreich, in *Sieber/Cornils* (Hrsg), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung. Allgemeiner Teil Bd 1 (2009) 415 (453 f) ordnet das (österreichische) Strafrecht dem öffentlichen Recht zu, wenn sie auch – etwa im Bereich der Eigentums- und Bereicherungsdelikte – „Berührungspunkte“ zum Zivilrecht erkennt. Weniger kompromisslos scheint die „grundsätzliche“ Einordnung des Strafrechts ins öffentliche Recht im englischen Recht zu sein, vgl *Forster*, Rahmenbedingungen, Vorgaben, Grundlagen und Entwicklung des Strafrechts in England und Wales, in *Sieber/Cornils* (Hrsg), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung. Allgemeiner Teil Bd 1 (2009) 127 (161).

<sup>38</sup> *Triffterer* AT 4.

des Strafrechts am Begriff der Strafe an. Unter Strafe wird ein mit Tadel verbundenes Übel verstanden, das aufgrund und nach Maßgabe von Schuld verhängt wird.<sup>39</sup> Zwecke der Strafe sind – zumindest<sup>40</sup> – Individualprävention und Generalprävention.

Schwachpunkt der Anknüpfung am Begriff der Strafe ist, dass es mittlerweile viel mehr Rechtsfolgen für die Begehung von Straftaten gibt, als nur Strafen.<sup>41</sup> Eine Lösung könnte in diesem Fall im Anknüpfen an den Begriffen Verbrechen (*crimen*) oder Delikt liegen. In diesem Fall sollte man das Rechtsgebiet am besten in Kriminalrecht umbenennen, wie *Fuchs* vorschlägt<sup>42</sup> und es in verschiedenen anderen Sprachen auch durchaus nicht ungeläufig ist.<sup>43</sup> Dennoch hat sich der Begriff weder im deutschen Sprachgebrauch noch in der deutschsprachigen Lehre durchgesetzt, und er steht auch in anderen Sprachen hinter oder höchstens neben den an der Strafe anknüpfenden Bezeichnungen dieses Rechtsgebietes.<sup>44</sup> Im Übrigen wäre eine solche Anknüpfung am „Verbrechens“-Begriff auch kaum präziser als die Anknüpfung an

---

39 Wohl um das gleich noch zu erörternde Abgrenzungsproblem zum Verwaltungsstrafrecht zu vermeiden, bauen *Kienapfel/Höpfel/Kert* AT<sup>15</sup>, Z 2 Rz 2, in ihre Definition der Strafe auch ein, dass diese von einem Strafgericht verhängt werden muss. Das erleichtert zwar den Umgang mit dem Justizstrafrecht und vor allem auch das Erlernen desselben, ignoriert jedoch, dass auch im Verwaltungsstrafrecht Strafen verhängt werden.

40 Zum Strafzweck der Vergeltung vgl *Triffterer* AT 13 ff.

41 Man denke nur neben den schon von *Triffterer* genannten vorbeugenden Maßnahmen an die Diversion oder an vermögensrechtliche Anordnungen ohne Strafcharakter. Ein Beispiel für eine solche vermögensrechtliche Anordnung war die Abschöpfung der Bereicherung im österr Strafrecht nach § 20 aF öStGB, die bis 31. 12. 2010 galt. Nach dieser Bestimmung waren Vermögenswerte, die durch oder für die Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung erlangt wurden, nach dem Nettoprinzip abzuschöpfen, also nur der Reingewinn des Rechtsbrechers unter Berücksichtigung seiner Ausgaben. Seit einer Gesetzesänderung durch das Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch, die Strafprozessordnung 1975, das Staatsanwaltschaftsgesetz und das Gerichtsorganisationsgesetz zur Stärkung der strafrechtlichen Kompetenz geändert werden (strafrechtliches Kompetenzpaket – sKp), öBGB I 2010/108, sind hingegen nach der neuen Bestimmung des § 20 nF öStGB, Verfall, alle Vermögenswerte, die durch oder für die Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung erlangt wurden, nach dem Bruttoprinzip abzuschöpfen. Diese Nichtberücksichtigung der Ausgaben des Täters verleiht – ebenso wie bei der ähnlichen deutschen Verfallsregelung nach § 73 dStGB – dieser vermögensrechtlichen Anordnung *Hinterhofer* zufolge nun sehr wohl auch Strafcharakter, vgl *Hinterhofer*, Die Konfiskation – oder: Erweiterung des Sanktionensystems im österreichischen Strafrecht, *ecolex* 2011, 216 (217); aM jedoch VfGH 8. 10. 2015, G154/2015 ua, VfSlG 20013/2015. Vgl zur Frage des Strafcharakters des Verfalls nach deutschem Recht etwa *Fischer*, StGB<sup>65</sup> (2018) § 73 Rz 4 ff. Zur früheren österr Rechtslage im Vergleich zur deutschen vgl *Severin Glaser*, Seizure, Confiscation and Asset Recovery to Protect the Financial Interests of the European Union – The Legal Situation in Austria and Germany, in *Camaldo/Bana* (Hrsg), *Sequestera, Confisca e Recupero a Tutela degli Interessi Finanziari dell' Unione Europea. La Legislazione Comunitaria e l' Attuazione nei Paesi Membri* 81 ff.

42 *Fuchs*, AT<sup>9</sup> Kap 1 Rz 29.

43 Etwa im Englischen Criminal law, im Italienischen Diritto Criminale, im Französischen Droit Criminel oder im Spanischen Derecho Criminal.

44 Im Englischen Penal law, im Italienischen Diritto Penale, im Französischen Droit Pénal und im Spanischen Derecho Penal.

der Strafe, da es ja auch durchaus verschiedene Kategorien und Schweregrade von Rechtsverletzungen gibt, die durch das Strafrecht erfasst werden sollen. Im Hinblick auf die Abgrenzung zum Verwaltungsstrafrecht wäre insofern nichts gewonnen. Die Bezeichnung Deliktsrecht ist bereits durch das Schadenersatzrecht besetzt. Es kann also bei einer Anknüpfung am Strafbegriff bleiben, wobei die Möglichkeit weiterer Strafrechtsfolgen dadurch nicht ausgeschlossen sein soll: Die Strafe bildet gewissermaßen den Kern des Strafrechts, nicht aber seine Grenze.

### 2.1.4. Abgrenzbarkeit vom Verwaltungsstrafrecht

Hier ergibt sich ein neuer Problemkreis: Kann und soll das (Justiz-) Strafrecht, das am Begriff der Strafe anknüpft, getrennt betrachtet werden vom Verwaltungsstrafrecht? Verwaltungsrecht, ein Rechtsgebiet des öffentlichen Rechts, kann auf vielerlei Weise definiert werden.<sup>45</sup> Verwaltungsstrafrecht, jenes Rechtsbietet also, in dem es um die Verhängung von Strafen im obigen Sinn durch Verwaltungsbehörden geht, wird in jenen Staaten, in denen es in seiner klassischen Form überhaupt noch existiert, wie etwa Österreich oder der Schweiz, als Teil des Verwaltungsrechts angesehen, nicht als Teil des Strafrechts. Diese historisch gewachsene und in der Lehre akzeptierte<sup>46</sup> Zuordnung ist trotz früherer theoretischer Begründungsversuche<sup>47</sup> dogmatisch nicht aufrecht zu erhalten: Da sich der Strafbegriff des Verwaltungsstrafrechts mit jenem des Justizstrafrechts deckt<sup>48</sup>, besteht der einzige Unterschied in der – eher Praktikabilitätsgesichtspunkten folgenden und auch länderspezifisch traditionell unterschiedlichen<sup>49</sup> – Zuordnung der Zuständigkeit durch den Gesetzgeber an Justiz- oder Verwaltungsbehörden.<sup>50</sup> Wesensmäßig besteht kein Unterschied zwischen Justiz- und Verwaltungsstrafrecht.<sup>51</sup> So kommt *Merkel* zum Schluss, dass „Verwaltungsstrafrecht echtes, vollwertiges Strafrecht ist.“<sup>52</sup> Letztlich erkennt auch der VfGH das

---

45 *Gascón y Marín*, *Tratado de Derecho Administrativo*<sup>5</sup> (1930) 45 ff, nennt 7 verschiedene Ansatzgruppen zur Definition des Begriffes Verwaltungsrecht. Die Ansätze beziehen sich teilweise auf die inhaltlichen Zielsetzungen des Verwaltungsrechts, vgl etwa *Mast*, *Précis de Droit Administratif Belge* (1966) 2, teilweise auf die formale Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden zur Vollziehung, vgl etwa *Antonioli*, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (1954) 37.

46 *Wiederin*, *Die Zukunft des Verwaltungsstrafrechts*, 16. ÖJT Bd III/1, 7.

47 Vgl die Zusammenschau früherer Theorien des Verwaltungsstrafrechts in *Wiederin*, *Die Zukunft des Verwaltungsstrafrechts*, 16. ÖJT Bd III/1, 33 ff. Siehe auch *Merkel*, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (1969) 268 ff.

48 Vgl auch zum Disziplinarrecht *Fuchs*, AT<sup>9</sup> Kap 1 Rz 23.

49 So schreibt schon *Merkel*, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (1969) 269: „Was in der einen Rechtsordnung wie selbstverständlich als Kriminaldelikt gestaltet ist, das wird in der anderen Rechtsordnung herkömmlich als Verwaltungsdelikt behandelt.“ Vgl auch *Fuchs*, AT<sup>9</sup> Kap 1 Rz 19.

50 *Delmas-Marty*, *Les Grands Systèmes de Politique Criminelle* (1992) 2.

51 AA *Triffterer*, AT 7 f, der auch noch in jüngerer Vergangenheit einen quantitativen Unterschied darin erblickte, dass Verwaltungsübertretungen im Vergleich zu Verbrechen und Vergehen minderschweres Unrecht typisieren. Dieser Auffassung war letztlich schon *Goldschmidt*, *Das Verwaltungsstrafrecht* (1902). Vgl zur Gegenansicht *Merkel*, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (1969) 270 f.

52 *Merkel*, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (1969) 273.

Verwaltungsstrafrecht als vom Begriff des Strafrechts mit umfasst.<sup>53</sup> Andere Staaten wie etwa Deutschland haben dieser grundsätzlichen Einsicht folgend sich schon seit längerem<sup>54</sup> vom klassischen Verwaltungsstrafrecht hin zum Ordnungswidrigkeitsrecht gewandt, welches sich materiell und formell eng an das Justizstrafrecht anlehnt. Noch weitergehend werden in Frankreich selbst die so genannten *contraventions*<sup>55</sup>, also die unterste Kategorie von (nicht zivilrechtlichen) Rechtsverletzungen, die gemäß der französischen Verfassung sogar auf Verordnungswege festgelegt werden können<sup>56</sup>, vor dem Tribunal de Police bzw der Juridiction de Proximité, mithin vor gerichtlichen Behörden verhandelt.<sup>57</sup>

Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass weder das Verwaltungsstrafrecht einheitlicher Natur ist, noch die Grenzziehung zum Justizstrafrecht einer gleichmäßigen theoretischen Grundlage folgt. Letztere wird vom nationalen Gesetzgeber nach Praktikabilitätsabwägungen im Rahmen allfälliger verfassungsrechtlicher Bindungen gezogen. Wenn also auch gewisse Delikte typischerweise dem Justizstrafrecht zugeordnet werden (wie etwa Mord), verläuft die Abgrenzung des justizstrafrechtlichen Deliktskataloges von den Verwaltungsübertretungen also keineswegs in international verallgemeinerbarer Weise. Die Vergleichbarkeit der nationalen Strafrechtsbegriffe stößt hier also an ihre Grenzen.

### 2.1.5. Europäische Strafrechtsbegriffe

Vor dem Problem ungleicher bzw zueinander unabgestimmter Strafrechtsbegriffe steht grundsätzlich jeder auf strafrechtlichem Gebiet international tätige Akteur. Auf der Suche nach einem für die Zwecke dieser Arbeit tauglichen, also international oder zumindest europaweit vergleichbaren Strafrechtsbegriff muss der Zugang übernationaler, europäischer Institutionen beachtet werden. Insbesondere sind hierbei die EU und die Rsp des durch den Europarat errichteten EGMR genauer zu untersuchen.

---

53 Nur wenn man von einer grundsätzlichen Einbeziehung des Verwaltungsstrafrechts in den Begriff „Strafrechtswesen“ ausgeht, ergibt die ausdrückliche Ausklammerung in der Kompetenzverteilungsbestimmung des Art 10 Abs 1 Z 6 öB-VG (wieder aus Praktikabilitätsgründen!) Sinn, VfGH, Erk 3. 7. 1956, 27/55, 7/56, VfSlg 3054/1956.

54 Das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Februar 1987 (BGBl. I S. 602), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 27. August 2017 (BGBl. I S. 3295) geändert worden ist, dBGBI I 602 (dOWiG) wurde 1952 durch dBGBI 25. 3. 1952 I 177 eingeführt.

55 Art 131 – 12 ff sowie Art 131 – 40 ff frCode pénal.

56 Art 37 iVm Art 34 *e contrario* Constitution du 4 octobre 1958, JORF 5. 10. 1958, 9151. Sie werden vom Conseil d'État dekretiert, vgl Art R610-1 frCode pénal.

57 Art 521 frCode de procédure pénale.

### a) EU

#### (1) EU-Gesetzgeber und Positionspapiere

Im Gegensatz zu anderen bi<sup>58</sup>- und multilateralen<sup>59</sup> Abkommen, die sich meist nur mit einem ganz bestimmten, eng eingeschränkten strafrechtlichen Thema befassen und daher umfassende Strafrechtsdefinitionen (scheinbar) nicht benötigen, ist es im Falle der EU, der weitgehende Kompetenzen im Bereich des Strafrechts zukommen<sup>60</sup>, welche sie auch gebraucht<sup>61</sup>, erstaunlich festzustellen, dass auch hier bis jetzt von legislativer oder politisch-offizieller Seite kein Versuch einer Definition unternommen wurde. Der EU-Gesetzgeber stellt sich damit jedoch nur in eine Reihe mit den bereits oben erwähnten nationalen Gesetzgebern, die ebenfalls keine Legaldefinitionen für den Begriff des Strafrechts vorgesehen haben.

Die Europäische Kommission zeichnet für viele unterschiedliche Dokumente rechtlich unverbindlicher Natur verantwortlich, die sich mit dem Strafrecht befassen, jedoch keine Definition des Strafrechts enthalten. Hier zu nennen wären beispielsweise das Corpus Juris<sup>62</sup>, diverse Rechtsakte zum Thema Europäische Staatsanwaltschaft, oder auch bezüglich der Strafgesetzgebungskompetenz der EU. Das Corpus Juris ist ein auf Anregung der Europäischen Kommission durch eine Sachverständigengruppe geschaffenes Kompendium von strafrechtlichen und strafprozessualen Leitprinzipien zum Schutz der finanziellen Interessen der Union. Obwohl der Entwurf ausschließlich strafrechtliche Bestimmungen enthält, scheint er auf eine Definition des Strafrechtsbegriffes ohne Weiteres verzichten zu können. Dies gilt auch für die ausführliche Nachfolgestudie aus dem Jahr 2000, die nicht nur einen überarbeiteten Corpus Juris 2000 enthält, sondern auch eine insgesamt vierbändige Gegenüberstellung bestimmter einzelstaatlicher Strafbestimmungen.<sup>63</sup> Entweder war sich die hochkarätige multinationale Sachverständigengruppe sicher, einen – unausgesprochenen – gemeinsamen Strafrechtsbegriff voraussetzen zu können<sup>64</sup>, oder sie

---

58 Vgl für viele etwa Extradition Treaty between France and the United States of America, Paris, 23. 4. 1996, UNTS I-38404.

59 Vgl für viele etwa im Bereich des Europarates das Strafrechtsübereinkommen über Korruption, Straßburg, 21. 1. 1999, ETS 173, oder im Bereich der UNO das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen, Wien, 20. 12. 1988, Chapter VI Treaty 19 UNTS (Wiener Drogenkonvention).

60 Vgl Art 82–86 AEUV. Die Kompetenzen und Aktivitäten der EU bestehen jedoch nicht erst seit dem Vertrag von Lissabon, sondern haben schon lange davor im Bereich der 3. Säule stattgefunden. Weder die Europäische Kommission noch der Rat oder das EP haben jedoch bisher versucht, Strafrecht im EU-Sinne zu definieren.

61 Vgl für viele etwa Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (2002/584/JI), ABl L 190 vom 18. 7. 2002, 1 (EuHb-RBe).

62 Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, sous la direction de Mireille Delmas-Marty (1997) (Corpus Juris).

63 Delmas-Marty/Vervaele (Hrsg), The Implementation of the Corpus Juris in the Member States (2000).

64 Dies dürfte bei grenzüberschreitender Zusammenarbeit im strafrechtswissenschaftlichen Bereich oft der Fall sein, da der Inhalt eines gemeinsamen Strafrechtsbegriffes auf Tagun-