

Der Mensch im Recht

am Beispiel Migration, Strafvollzug und Bildung

Gastvorlesung Rechtsethik am 07.04.2022, HS F, 19.00-20.30

von

Karl Heinz Auer

Einleitung

Das Thema der heutigen Vorlesung lautet: „Der Mensch im Recht“. Ein Thema im Spannungsfeld gesellschaftlicher Entwicklungen. Ein Thema mit verbindendem und verbindlichem Charakter angesichts unterschiedlicher Interpretationsmuster. Die Notwendigkeit, grundlegende Fragen rechtsanthropologischer und rechtsethischer Natur anzusprechen, ergibt sich aus Meldungen, die Tag für Tag auf uns einbrechen: Finanzkrisen, die an den Fundamenten rütteln; Überschuldung, die nicht mehr zu stemmen ist, und galoppierende Inflation; Terroranschläge, die inmitten der Zivilgesellschaft ausgeführt werden; Sportveranstaltungen, deren Austragung zum Spielball der Weltpolitik wird, bei denen aber auch ein massives Polizeiaufgebot notwendig ist, um Gewalt in Grenzen zu halten; Migrationsbewegungen, die sich in ungeahntem Ausmaß Bahn brechen; Kriege, die wir für überwunden geglaubt haben; Megadeals mit Staaten, die auf Menschenrechte – salopp formuliert – pfeifen; Geschäftspraktiken von Konzernen, die Betrug zur Methode machen; PolitikerInnen, die sich in ideologischen Grabenkämpfen und Hass zerfleischen, statt dem Auftrag des Souveräns nachzukommen und *für* die Menschen zu arbeiten; uvam. Unter solchen Gegebenheiten ist die Frage nach dem Menschen eine ganz Wesentliche. So ergibt sich die Thematik der heutigen Vorlesung: Der Mensch im Recht!

Im ersten Teil meiner Ausführungen werde ich den Menschen im Recht aus einer rechtsphilosophischen Perspektive erörtern, im zweiten Teil aktuelle Kontexte: einmal den Kontext Migration (mit den damit zusammenhängenden Bereichen), dann den Kontext Strafe und Strafvollzug, abschließend den Kontext Schule. Welche Möglichkeiten und Grenzen hat die Schule mit ihrem Auftrag, die staatlichen Erziehungsziele zu verwirklichen?

Der Mensch: dem Recht vorgegeben und dem Recht aufgegeben

Als der Rechtspolitiker, Rechtsphilosoph und Strafrechtswissenschaftler *Gustav Radbruch* (1878-1949) vor fast 100 Jahren (1926) seine Heidelberger Antrittsvorlesung mit dem Titel „Der Mensch im Recht“ hielt, hat sich damit eine neue Rechtsphilosophie angekündigt, die in der Folge immer mehr Beachtung gefunden hat: Nicht der real existierende Mensch ist sein Thema, sondern das Bild vom Menschen, welches dem Recht vorschwebt. Dieses Bild hat sich in der Geschichte und den verschiedenen Epochen der Rechtsentwicklung gewandelt. Nach *Radbruch* ist es der Wechsel des vorschwebenden Bildes vom Menschen, der in der Geschichte des Rechts Epoche macht, nicht umgekehrt. Und er zieht die Schlussfolgerung, dass nichts so entscheidend ist für den Stil eines Rechtszeitalters wie die

Auffassung vom Menschen, an der es sich orientiert.¹ Oder, wie es *Theo Mayer-Maly* eine Generation später ausdrückt: „Der Mensch – sein Tun und Unterlassen – ist der hauptsächliche Gegenstand des Rechts. Deshalb kommt keine Rechtsordnung darum herum, bewusst oder unbewusst von einem bestimmten Menschenbild auszugehen, und keine Rechtswissenschaft kann es sich ersparen, Vergewisserung über das vorausgesetzte Menschenbild zu suchen.“² Hat *Aristoteles* den Menschen als *Zoon politikon* und als *Zoon logon echon* – als gemeinschaftsbezogenes und vernunftbegabtes Wesen – und darüber hinaus als verbindende Mitte im Gesamtgefüge der Seinsordnung verstanden³, war die jüdisch-christliche Tradition bis ins 16. Jahrhundert von einem theozentrischen Weltbild geprägt, so vollzog sich mit der Neuzeit ein Paradigmenwechsel hin zum anthropozentrischen Weltbild, das zur Grundlage wird nicht nur des Humanismus und der Aufklärung, sondern auch der gegenwärtigen menschenrechtlich geprägten Kodifikationen. Der Mensch wird zum Mittelpunkt. *Immanuel Kant* subsumiert alle Felder der Philosophie der Anthropologie und gibt damit der Frage nach dem Menschen absolute Priorität.⁴ Als sozialdemokratisch orientierter Mensch kritisiert *Radbruch* das Bild des klugen, freien und interessierten Menschen des liberalen Rechtszeitalters und postuliert den aus seiner Sicht viel lebensnäheren „Typus, in den auch die intellektuelle, wirtschaftliche, soziale Machtlage des Rechtssubjekts miteingedacht wird. Der Mensch im Recht ist fortan nicht mehr *Robinson* oder *Adam*, nicht mehr das isolierte Individuum, sondern der Mensch in der Gesellschaft, der Kollektivmensch.“⁵ Die Nähe zur Kritik von *Karl Marx* an Artikel 4 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte der Französischen Nationalversammlung vom 26.8.1789 ist offensichtlich. Freiheit besteht dort darin, alles tun zu können, was einem anderen nicht schadet. *Marx* wendet dagegen mit scharfen Worten ein, dass dieses Freiheitsverständnis nicht auf der Verbindung des Menschen mit dem Menschen beruhe, sondern vielmehr auf der Absonderung des Menschen von den Menschen.⁶ Heute mag der *Radbruch*’sche Ansatz eine Möglichkeit sein, Menschen aus Kulturkreisen mit einem mehrheitlich kollektiven Menschenbild eine Brücke zu bauen hin zu den individualistisch geprägten Menschenrechten. Mehr noch vermag das die sogenannte Menschenbildformel des deutschen Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1954. Diese Formel kann nicht nur aus dem deutschen Grundgesetz abgeleitet werden, sondern entspricht auch dem Menschenbild anderer demokratischer Verfassungsstaaten. „Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten.“⁷ Zentral ist der Gedanke der Menschenwürde. „Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu; es ist nicht entscheidend, ob der Träger sich dieser Würde bewusst ist und sie selbst zu wahren weiß.“⁸

¹ Vgl. *Gustav Radbruch*, *Der Mensch im Recht*. Gesamtausgabe hg. v. *Arthur Kaufmann*, Bd 2, ²1993, 467-476, hier 467.

² *Theo Mayer-Maly*, *Rechtsphilosophie*. Wien-New York 2001, 37.

³ Vgl. *Emerich Coreth*, *Was ist der Mensch?* Innsbruck-Wien-München 1973, 25.

⁴ Vgl. *Immanuel Kant*, *Vorlesungen zur Logik*. In: *Kant-Werke*, hg. v. *Weischedel*, Bd 3, 447 f.

⁵ Vgl. *Gustav Radbruch* (Fn 1) 472.

⁶ Vgl. *Karl Marx*, *Zur Judenfrage*, MEW 1, 364.

⁷ Investitionshilfe-Urteil vom 20.07.1954, BVerfGE 4,7.

⁸ BVerfGE 39,41.

Bilder vom Menschen

Die Vielschichtigkeit des Menschenbildbegriffs⁹ veranlasst den Juristen, nach Strukturen, Elementen und Leitlinien zu suchen, die den Menschenbildbegriff qualifizieren, zur Erhellung von Zusammenhängen zwischen Mensch und Recht beizutragen. In diesem Sinn klassifiziert *Franz Bydlinski* das Menschenbild als Kritikmaßstab und Korrektiv.¹⁰ Die Behauptung, es existiere „kein in juristischer Absicht kreierter Entwurf eines gesollten Menschenbildes“¹¹, wie er vereinzelt erhoben wurde, ist nicht haltbar. Denn sowohl das Straf-, wie das Schadenersatzrecht setzen einen Menschen voraus, der zwischen Schuld und Unschuld unterscheiden kann und mit freiem Willen ausgestattet ist.

Im Wesentlichen liegen vier Grundmuster vor: das normative, das idealtypische, das in seiner soziologischen Begrifflichkeit auf *Max Weber* zurückgeht, das realtypische und das personale Menschenbild, das von der grundlegenden Prämisse vom Menschen als Person ausgeht.

- Das normative Menschenbild geht von einem idealtypischen Menschen aus, „dessen Verhalten dem einer sinnvoll normativ geordneten menschlichen Gemeinschaft entspricht“. Die gesellschaftlichen und rechtlichen Normen sind Befolgungsmaßstab für den nach dem normativen Menschenbild gedachten Menschen. Die Gefahr dieser Perspektive liegt in einer Reduktion des Menschen auf ein Normensystem.
- Das idealtypische Menschenbild hat einen Idealtypus des Menschen zum Inhalt, ein Bild, wie der Mensch sein soll, nicht, wie er ist. Ein Ideal, das der Mensch erreichen kann und soll, wenn er sich darum bemüht. Als Idealität für das Recht darf aber nicht eine religiöse oder ethische Vollkommenheitsforderung maßgeblich sein, sondern die bescheidenere Zielsetzung der Sozietät. Die Gefahr einer ideologisch-weltanschaulichen Vereinnahmung ist nicht von der Hand zu weisen. Andererseits bedient sich der Verfassungsgesetzgeber idealtypischer Elemente, wenn er zB die staatlichen Bildungs- und Erziehungsziele in Art 14 Abs 5a B-VG normiert.
- Im Gegensatz zur Sicht des Menschen, wie er sein soll, fokussiert das realtypische Menschenbild den Menschen, wie er – angeblich – ist. So ist er halt, der Mensch oder dieser Mensch oder diese bestimmte Gruppe von Menschen. Hier besteht die Gefahr, dass ein Allgemeintypus konstruiert wird, der der Realität ebenso wenig gerecht wird wie Stereotype. Indes muss der Gesetzgeber, so Radbruch in der angeführten Heidelberger Antrittsvorlesung, „sein Gesetz so gestalten, als wäre der Mensch so eigennützig, dass er rücksichtslos seinem Interesse folgen würde, wären ihm nicht Rechtsschranken gesetzt, und so klug, dass er jede Lücke dieser Schranken sofort erkennen würde, sein Gesetz muss (mit Kant zu reden) auch für ein Volk von Teufeln passen, sofern sie nur Verstand haben.“¹²
- Auf der Suche nach dem Menschenbild als Regulator des Rechts erweisen sich sowohl das normative wie auch das idealtypische und das realtypische Menschenbild als jeweils unzulänglich. Sie eignen sich zwar, um Strukturen des Menschenbildes aus der jeweiligen Perspektive zu erhellen, sie haben auch Eingang in das positive Recht gefunden, versagen aber dort, wo der Mensch als Ganzes in das Blickfeld treten soll. Dieser Anforderung entspricht nur das personale Menschenbild. § 16 ABGB normiert als grundlegende Prämisse, dass jeder Mensch als Person zu betrachten ist, weil er angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte hat. § 16 ABGB schützt damit die Person als Kristallisationspunkt der menschlichen Identität und einer sich lebenslang

⁹ Dieser Abschnitt orientiert sich an *Karl Heinz Auer*, Das Menschenbild als rechtsethische Dimension. In: ARSP 4 (2007) 493-518.

¹⁰ Vgl *Franz Bydlinski*, Das Menschenbild des ABGB in der Rechtsentwicklung. In: FS *Bernhard Großfeld*, hg v *Hübner/Ebke*, 1999, 119-128, hier 119 f.

¹¹ Vgl *Wolfgang Zöllner*, Menschenbild und Recht. In: FS *Walter Odersky*, hg v *R. Böttcher/G. Hueck/B. Jähnke*, 1996, 123-140, hier 128 f.

¹² *Gustav Radbruch* (Fn 1) 469 f.

weiter entwickelnden Selbstdefinition (E.H. Erikson). Die gleiche Personenhaftigkeit und Würde jedes Menschen ist zentrale Fundamentalnorm des personalen Menschenbildes. Sie zielt nicht auf gewaltsame Gleichmacherei in allem und jedem, sondern sie schließt normativ aus, „dass Menschen legitimerweise bloß als Mittel für fremde Zwecke behandelt oder hinsichtlich ihrer zentralen Persönlichkeitsgüter diskriminiert werden“. Hier liegt der Ansatz für die Bewältigung vieler Probleme der Gegenwart. Im Mittelpunkt steht der Mensch als Person. Das personale Menschenbild berücksichtigt den Menschen als „Phänomen, das seinshaft und prozesshaft zugleich ist“ und – mit *Arthur Kaufmann* gesprochen – als „Ensemble der Beziehungen, in denen der Mensch zu anderen Menschen oder zu Sachen steht“. In der Schlussfolgerung dieser Grammatik wird der Mensch als Person nicht nur zum Zentralbegriff des Rechts und des Gerechtigkeitsdiskurses, sondern es zeigt sich darüber hinaus, dass der hermeneutische Zirkel allen Verstehens in der Person des Menschen begründet und daher unaufhebbar ist.¹³ *Kaufmann* geht damit weit über seinen Lehrer *Radbruch* hinaus und bringt es salopp auf den Punkt, wenn er sagt: Die Idee des Rechts ist die Idee des personalen Menschen oder sie ist gar nichts.

Kontext 1: Migration

Migration ist so alt wie die Menschheit selbst.¹⁴ Der *homo sapiens* hat sich als Wandernder, als *homo migrans*, über die Welt ausgebreitet. In den Schöpfungsmythen der Religionen und Kulturen stehen Fluchtschicksale im Mittelpunkt, im Gilgamesch-Epos ebenso wie im Buch Exodus. Im 16. und 17. Jahrhundert führte das Streben absolutistischer Herrscher nach religiöser Einheit durch die Vorgabe von „*cuius regio, eius religio*“ zur massenhaften Vertreibung ganzer Bevölkerungsgruppen. Man denke an das „*ius emigrandi*“ des Augsburger Religionsfriedens. Mit der Verschleppung von geschätzten elf Millionen Westafrikanern auf die amerikanischen Plantagen im 19. Jahrhundert wurde Migration, in diesem Fall Zwangsmigration, zu einem globalen Phänomen. Mehr als eine Million Iren wanderte geradezu fluchtartig nach Amerika aus, als Mitte des 19. Jahrhunderts eine durch Kraut- und Knollenfäule verursachte Hungersnot herrschte. Ende des 19. Jahrhunderts verließen 8,5 Millionen Europäer innerhalb von zehn Jahren aus wirtschaftlichen Gründen ihre Heimat Richtung Amerika. Das Jahrhundert, das alle bisherigen Dimensionen sprengte und zum Jahrhundert des Weltflüchtlingsproblems wurde, ist das 20. Jahrhundert mit den beiden Weltkriegen. Heute ist Migration die Antwort auf komplexe Existenz- und Rahmenbedingungen, ökonomische und ökologische, soziale, kulturelle, religiös-weltanschauliche, ethnische und politische.¹⁵ Und gerade jetzt eben auch Folge eines Krieges. Diese vielschichtigen Existenz- und Rahmenbedingungen erfordern inter- und transdisziplinäre Lösungsansätze. Auch Rechtstheorie und Rechtsethik sind keine isolierten Wissenschaften, sondern eingebettet in einen transdisziplinären Rahmen.

Es ist nicht ungefährlich, in der Folge von 2015 über Migrationsfragen zu sprechen. Wer es dennoch getan hat oder tut, sticht insofern in ein Wespennest, als kaum ein inhaltlich-sachlich geführter Diskurs zu erkennen ist, dafür aber weitgehend vergiftete Beiträge, die darauf abzielen, den jeweils anders Denkenden zu diffamieren. Längst haben wir in Kauf genommen, dass die jeweilige weltanschauliche Einstellung bestimmt, welche Argumente und Beweise wir zu akzeptieren bereit sind. „Wir schenken

¹³ Vgl. *Arthur Kaufmann*, Rechtsphilosophie. München 1997, 292 f.

¹⁴ Vgl. dazu und zu den folgenden Ausführungen *Karl Heinz Auer*, Migration aus rechtstheoretischer und rechtsethischer Perspektive. In: S&R (2011) 43-58.

¹⁵ Vgl. *Bade Klaus J.*, Migration. Migrationsforschung. Migrationspolitik. Online in Internet. URL: <http://www.kjbade.de/bilder/goethe.pdf> (Stand: 17.06.2016).

dem winzigsten Strohalm im Wind Glauben, wenn er unsere Werte bestätigt, während wir Beweise, die für das Gegenteil sprechen, mit Verachtung und Geringschätzung strafen.“¹⁶ Dabei geht es, wie es *Paul Collier* in seinem Buch „Exodus. Warum wir Einwanderung neu regeln müssen“ schreibt, um ganz nüchterne Fragen: „Was bestimmt die Entscheidung von Migranten? Wie wirkt sich die Migration auf die Zurückgelassenen aus? Und welche Folgen hat sie für die einheimische Bevölkerung in den Aufnahmegesellschaften?“¹⁷

Im Hinblick auf Syrien hat der Hamburger Strafrechtswissenschaftler und Rechtsphilosoph *Reinhard Merkel* schon vor Jahren darauf hingewiesen, dass Europa und die Vereinigten Staaten die „Brandstifter einer Katastrophe“ seien. Der sogenannte „demokratische Interventionismus“, das Betreiben eines Regimewechsels mit militärischen Mitteln zum Zweck der Etablierung einer demokratischen Herrschaft, überlässt im konkreten Fall den Sturz des Regimes dessen innerer Opposition und entfesselte damit die verheerendste Form des Krieges: den Bürgerkrieg mit 100.000 Toten.¹⁸ Heute müssen wir diese Perspektive erweitern: das Betreiben eines Regimewechsels mit militärischen Mitteln wird auch eingesetzt zum Zweck der Etablierung früherer Herrschaftsverhältnisse. Flüchtende aus solchen und vergleichbaren Kriegen haben nicht nur die Genfer Flüchtlingskonvention auf ihrer Seite, sondern auch einen moralischen Anspruch gegen die Mitverursacher ihres Leides.

Gestatten Sie mir, einen Blick auf jenen Kontinent zu werfen, in dem der Migrationsdruck besonders hoch ist: Afrika. In Afrika haben Sklaverei, Kolonisierung und die massive Beteiligung junger Afrikaner an den beiden Weltkriegen die Staaten in eine Situation gebracht, in der es ihnen auch nach einem halben Jahrhundert nationaler Souveränität nicht gelingt, sich aus der Armut herauszuarbeiten und ihre Unabhängigkeit zu verwirklichen. Der senegalesische Autor *Abasse Ndione* berichtet, dass die illegale Massenauswanderung aus seiner Heimat 2007 begann. Niemand wisse, wie viele Unglückliche niemals an ihrem Ziel angekommen sind. Als Schlepper groß angelegte Überfahrten mit schrottreifen Booten von der libyschen Küste zu den europäischen Mittelmeerinseln organisierten und es dabei immer wieder zu Schiffbruch kam, entstand allgemeine Aufregung in Europa. Niemand kann es ungehört lassen, wenn flüchtende Menschen im Mittelmeer ihren Tod finden. Weder Mare Nostrum noch Frontex ist es gelungen, die von der libyschen Küste abgehenden Boote aufzubringen bzw an der gefährlichen Überfahrt zu hindern. Noch ursächlicher: Bis heute ist es der Afrikanischen Union nicht gelungen, der Massenauswanderung ihrer Jugend in Richtung Europa ein Ende zu setzen.¹⁹ So sagte der aus Ghana stammende Präsident des päpstlichen Friedensrates *Peter Turkson*: „Afrika kann diese demografische Ausblutung nicht länger verkraften.“²⁰ *Epiphane Kinhou*, ein afrikanischer Jesuit, beschreibt die Ausgangslage in den afrikanischen Ländern als derart aussichtslos, dass ein Leben nur möglich scheint, wenn man so schnell wie möglich aus dieser Situation flieht. Dazu kommt, dass die heutigen afrikanischen Flüchtlinge dazu erzogen worden sind, nach Europa gehen zu müssen. Die Sehnsucht nach dem besseren Leben ist stärker als der Tod, sodass keine Gefahr sie abschrecken kann. Von offizieller Seite hört man aus Afrika kein Wort über diese Situation: „Migration ist kein Thema. Die Politik schweigt, die Religion betet, und das Leben geht weiter.“ *Epiphane Kinhou* sieht in einem neuen Bildungssystem die unabdingbare Notwendigkeit. Ein Bildungssystem, das sich auf die Realität und die ursprüngliche Struktur der AfrikanerInnen einstellt, um Afrika für junge AfrikanerInnen wieder attraktiver werden zu lassen.²¹ Und *Abasse Ndione* diagnostiziert noch deutlicher: „Die illegale Einwanderung muss ein Ende haben. Dazu müssen die afrikanischen Länder eine Entwick-

¹⁶ *Paul Collier*, Exodus. Warum wir Einwanderung neu regeln müssen. München 2014, 19.

¹⁷ Ebd 11.

¹⁸ Vgl *Reinhard Merkel*, Der Westen ist schuld. In: FAZ, 02.08.2013.

¹⁹ Vgl *Abasse Ndione*, Nur Ministersöhne bleiben. In: Tages Anzeiger, 03.09.2015.

²⁰ Zit n *Hans Winkler*, Mildtätigkeit ohne Politik ist keine Lösung. In: Die Presse, 13.06.2016.

²¹ Vgl *Epiphane Kinhou*, Zur Frage der Flucht von Afrika über das Mittelmeer. Online in Internet. URL: http://www.stimmen-der-zeit.com/zeitschrift/online_exklusiv/details_html?k_beitrag=4656961 (Stand: 17.06.2016).

lungspolitik umsetzen, die ihren Jugendlichen wieder Hoffnung und Vertrauen gibt, damit sie nicht mehr ihr Leben auf das Spiel setzen, um ihren Lebensunterhalt anderswo zu verdienen.“²²

Der frühere UN-Under Secretary-General for Peacekeeping und Präsident der International Crisis Group *Jean-Marie Guéhenno* bezeichnet aus politischer Perspektive die ursächlichen Konflikte der Flüchtlingskrise als Schlüsselbegriff und als „symptomatic of the breakdown of the international system built over the past seventy years, increasing the risk of violence and weakening the world’s collective capacity for conflict management“. Er spricht von der Notwendigkeit des politischen Willens „to find solutions to the wars that have sent their victims to European shores“.²³ Aus sozialetischer Perspektive bezeichnet es *Paul Collier* als klare moralische Pflicht, den Armen in anderen Ländern zu helfen, und als eine Möglichkeit der Hilfe, einigen von ihnen zu erlauben, in reiche Gesellschaften auszuwandern. Dem Argument, dass *alle* armen Menschen ein Recht auf Migration hätten, erteilt er eine Absage, weil damit unzulässig zwei Dinge vermisch werden: „die Pflicht der Reichen, den Armen zu helfen, und das Recht auf freie Bewegung zwischen den Ländern. Man muss nicht letzteres gewähren, um erstere zu erfüllen.“²⁴

Grenzschutz im Spannungsfeld gegensätzlicher Gesellschaftsmodelle

Seit Herbst 2015 ist das Thema der Grenzen von Staaten und Staatenverbänden durch den Ansturm von Flüchtenden brandaktuell geworden. Flüchtende, die ihren Versuch, nach Europa zu gelangen, mit dem Leben bezahlt haben, dienten als Argument der Forderung nach offenen Grenzen und als Begründung für die Verurteilung jener, die die Grenzen entsprechend der Rechtsordnung gesichert haben. Dabei war eine signifikant unterschiedliche mediale Wahrnehmung festzustellen. Während *Viktor Orbán* für seine Maßnahmen zum Schutz der Schengen-Außengrenze gegeißelt wurde, blieb es rund um den Mauerbau in Calais – mitten in Europa – merklich still, wo Migranten den Ärmelkanal erstickten, um nach England zu gelangen.

Mit „Schengen“ und „Dublin“ ist die Verwirklichung der Idee verbunden, Binnengrenzen nicht nur als Zollgrenzen, sondern auch für Personenkontrollen abzuschaffen, was aber nur funktioniert, wenn diese Funktionen an der Außengrenze der Union wahrgenommen werden. Zu Recht weist der ehemalige deutsche Bundesverfassungsrichter mit italienischen Wurzeln *Di Fabio* darauf hin, dass das nationale Interesse der Grenzstaaten, die Außengrenze der Union zu überwachen oder Zugänge zu verweigern, schwindet, wenn man Einwanderungswillige unregistriert in Länder mit hoher Migrationsattraktivität durchleiten kann. In der Tat war das „Durchreichen“ von unregistrierten Migranten über den Zeitraum einiger Monate Usus mit zum Teil 10.000 Übertritten pro Tag bzw Nacht an der österreichisch-bayerischen Grenze. Allein nach dieser Welle im Herbst 2015 sollen sich in Deutschland zwischen 300.000 und 400.000 unregistrierte Personen aufgehalten haben, von denen niemand etwas weiß.

Herausgefordert und verunsichert durch die Ausmaße der Migrationsströme kam es zu einer gesellschaftlichen Entwicklung, die die Mitte der Gesellschaft ausdünnte und die Extreme stärkte: Willkommenskultur und Brandanschläge, Demos links und Demos rechts, Ängste da, Beschwichtigung dort. Vieles ist aus dem Ruder gelaufen. Die Position des Historikers *Jörg Baberowski*, die er in einem Beitrag in der FAZ vom 14.09.2015 vertrat, dürfte die Befindlichkeit vieler wiedergegeben zu haben: „Ich möchte in einer Gesellschaft leben, die von den Errungenschaften der Aufklärung nicht abrückt,

²² Vgl *Abasse Ndione*, Nur Ministersöhne bleiben. In: Tages Anzeiger, 03.09.2015.

²³ *Jean-Marie Guéhenno*, Conflict Is Key to Understanding Migration. Online in Internet. URL: <http://carnegieeurope.eu/strategieurope/?fa=63578> (Stand: 17.06.2016).

²⁴ *Paul Collier* (Fn 17) 22.

die religiösen Fanatikern Einhalt gebietet, die Einwanderern klarmacht, dass wir diese Grundsätze nicht aufgeben und sie auch verteidigen. Das wird nur gelingen, wenn wir uns unsere Einwanderer aussuchen dürfen. Und ich wünsche mir, in meinem Land offen sagen zu dürfen, was ich denke, ohne von ahnungslosen Fernsehpredigern und überforderten Politikern darüber belehrt zu werden, was moralisch geboten ist und was nicht.“²⁵

Zwischen Universalität und Partikularität

Das Spannungsfeld zwischen der Universalität der Menschenrechte und der Notwendigkeit eines abgrenzbaren und beherrschbaren Staates bleibt bestehen. Sie sind andererseits aufeinander bezogen, weil sich die *Universalität* der Menschenrechte nur in der *Partikularität* eines Staatsgebietes entfalten kann. Um den Widerspruch zwischen Öffnung und Begrenzung kommt niemand herum. *Karl Popper* hat sich über viele Jahre des letzten Jahrhunderts mit dieser Frage beschäftigt und seine Gedanken unter dem Titel „Die offene Gesellschaft und ihre Feinde“ 1945 zu Papier gebracht.²⁶ *Popper* argumentierte vor dem Hintergrund der Bedrohung totalitärer Regime. Heute stellt sich im Fokus der Migrationsbewegungen die Frage nach dem Verhältnis von Öffnung und Begrenzung neu. „Aber gleich wie man Grenzen der Aufnahmefähigkeit definiert und rechtliche Auswahlverfahren wählt: Ohne Grenzen und Begrenzbarkeit entfällt eine zentrale Voraussetzung des offenen Verfassungsstaates, ein funktionell beherrschbarer Personenverband zu sein, schon um seine Schutz- und Ordnungsfunktion berechenbar zu gewährleisten.“²⁷ Mit Blick auf die praktische Erhaltung territorialer Grenzen in Europa gibt es zwei Optionen: entweder die Zentralisierung der Sicherung der Außengrenze oder die unbefristete Aussetzung des Schengen-Systems mit der Rückkehr zur nationalen Grenzsicherung.²⁸ Dass das jeweils *nationale* Interesse auch von Schengen-Staaten Priorität hat, erkennt man daran, dass die Kontrolle der eigenen nationalen Grenzen als notwendig im Dienst der Sicherheit bezeichnet wird, während im gleichen Atemzug Grenzsicherungsmaßnahmen anderer Länder als europaschädlich diffamiert werden. Europa wäre wohl gut beraten, die Sicherung der Außengrenzen selbst zentral oder qua Mitgliedstaaten in die Hand zu nehmen und sich nicht von unberechenbaren Drittstaaten abhängig zu machen. Könnten sich die Länder der Union dazu durchringen, Asylanträge in ihren Vertretungen in den Herkunftsländern, in deren Nachbarländern oder in den Lagern zuzulassen und zu bearbeiten, wäre auch das ein Schritt in Richtung einer legalen Migration. Zentraler Topos muss aber die Bekämpfung von Migrationsursachen werden. Mit der politischen und ökonomischen Unterstützung kooperierender Herkunftsländer ist die Richtung vorgegeben, Menschen in ihrem soziokulturellen Umfeld ein menschenwürdiges Leben zu ermöglichen. Der Eindruck, den die politischen Verantwortungsträger in dieser Phase erweckt haben, war aber ein anderer. So beschrieben die Staats- und Verfassungsrechtler *Otto Depenheuer* und *Christoph Grabenwarter* die Situation äußerst kritisch: „Die Staatsgewalt erscheint ratlos, der Rechtsstaat verzichtet auf die Durchsetzung des geltenden Rechts, Regierung und Exekutive treffen ihre Entscheidungen am demokratisch legitimierten Gesetzgeber vorbei, staatsfinanzierte Medien üben sich in Hofberichterstattung, das Volk wird stummer Zeuge der Erosion seiner kollektiven Identität. Was folgt, ist Verunsicherung; was droht, ist wachsende Radikalisierung; was Not tut, ist das Aufzeigen Orientierung stiftender Perspektiven. Politik und Staatsrechtslehre sind auf-

²⁵ *Jörg Baberowski*, Europa ist gar keine Wertegemeinschaft. In: FAZ, 14.09.2015.

²⁶ *Karl R. Popper*, Gesammelte Werke in deutscher Sprache, Bd. 5, Tübingen 2003.

²⁷ *Udo Di Fabio*, Welt aus den Fugen. In: FAZ, 14.09.2015.

²⁸ Vgl ebd.

gefordert, verfassungsrechtliche Leitlinien, Maßstäbe und Grenzen zur Bewältigung der Flüchtlingskrise zu formulieren und umzusetzen.“²⁹

Wenn Werte kollidieren

Während sich die dogmatische Rechtswissenschaft der Frage widmet, wie das Recht zu verstehen ist, fragt die Sozialtheorie des Rechts nach der Wirklichkeit des Rechts und deren Rückwirkungen auf das soziale Leben. Der Strafrechtswissenschaftler und Rechtsphilosoph *Werner Maihofer* (1918-2009) definiert Rechtssoziologie als Analyse der gegenseitigen Bedingtheit von Recht und Gesellschaft. Die Gesellschaft ist normativ bedingt durch das Recht, das Recht ist faktisch bedingt durch die Gesellschaft. Differenzen ergeben sich aus dem Widerspruch zwischen dem, was als Recht in einer Gesellschaft faktisch gelebt wird und dem, was normativ als Recht für diese Gesellschaft gesetzt ist. Differenzen ergeben sich aber auch, wenn das gesellschaftliche Bewusstsein der betroffenen Laien signifikant vom rechtlichen Bewusstsein der zuständigen Juristen abweicht.³⁰ Durch das Aufeinandertreffen unterschiedlicher Kulturen werden unterschiedliche Normengefüge sichtbar. Wenn Normen kollidieren oder sich gegenseitig gar ausschließen, müssen Konflikte nach Maßgabe der geltenden Rechtsordnung gelöst werden.

Als 1992 im Zuge des türkischen Kurbanfestes in Tirol eine Reihe von lebenden Schafen geschächtet wurde und dieser Vorfall zur Anzeige kam, subsumierte sowohl das Erstgericht als auch das OLG als Berufungsgericht die Schächtung dem Straftatbestand der Tierquälerei gemäß § 222 StGB. Nach einer von der Generalprokuratur erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde wurde der OGH als Kassationsgericht tätig und hob die Urteile auf. Das rituelle Schächten sei als sozial adäquates Verhalten nicht rechtswidrig.³¹ Zwischenzeitlich liegt mit dem Bundesgesetz über den Schutz der Tiere³² eine Norm vor, die das Schächten unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt – ein gelungener Kompromiss.

Als das Landgericht Köln 2011 in einem Urteil³³ die Beschneidung eines nicht einwilligungsfähigen muslimischen Knaben dem Tatbestand der Körperverletzung subsumierte und den Eltern das Recht zur Einwilligung in die Beschneidung absprach, wurde wiederum eine Wertekollision sichtbar. Mit hohen Emotionen wurde die Auseinandersetzung – vor allem in Deutschland – geführt. In Österreich sah sich das Justizministerium veranlasst, einen Erlass³⁴ herauszugeben, in dem unter Hinweis auf § 90 StGB und die herrschende Lehre festgehalten wird, dass die religiös motivierte Beschneidung von Knaben in Österreich nicht strafbar ist.

Mit der Silvesternacht 2015/16 ist – kurz nach den Attentaten von Paris und Brüssel – Köln zu einer Chiffre für den Zusammenprall der Kulturen mutiert. Der Kölner Polizeipräsident musste zurücktreten, die Kölner Oberbürgermeisterin riet Frauen, „eine Armlänge Abstand“ zu halten. Weil an den Übergriffen vor allem junge Männer und Asylwerber aus dem nordafrikanischen Raum beteiligt waren, kippte die mediale Berichterstattung nach ein paar Tagen der Schockstarre in das Gegenteil der bisherigen Linie. Die eklektische Wahrnehmung je nach weltanschaulicher Vorentscheidung ist geblieben. Während die einen keinen wesentlichen Unterschied zu Belästigungen alkoholisierter Männer

²⁹ Klappentext aus *Depenheuer/Grabenwarter* (Hg), *Der Staat in der Flüchtlingskrise. Zwischen gutem Willen und geltendem Recht*. Bielefeld 2016.

³⁰ Vgl. *Werner Maihofer*, *Die gesellschaftliche Funktion des Rechts*. In: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Hg v. *Maihofer/Schelsky*, Bd I, Bielefeld 1970, 11-36.

³¹ Vgl. *EvBl* 1996, 671.

³² *BGBI* I 2004/118.

³³ *LG Köln*, Urteil 151Ns 169/11.

³⁴ Erlass vom 31.07.2012, *BMJ-S120.001/0003-IV/2012*.

beim Oktoberfest in München oder beim Kölner Karneval sehen (so die Islamwissenschaftlerin *Lamya Kaddor*), berichten andere, dass die sexuelle Gewalt in Nordafrika und im Nahen Osten zum Alltag gehört und dort diesbezüglich permanent „Oktoberfest“ und „Karneval“ ist. Denen könne sich keine Frau entziehen, indem sie diese Veranstaltungen meidet (so der langjährige ARD-Korrespondent in Algerien *Samuel Schirmbeck*).³⁵

Im Kontext kollidierender Wertvorstellungen dürfen religiös motivierte Konflikte nicht unerwähnt bleiben. Der Karikaturenstreit 2006 in Dänemark hat das Konfliktpotential zwischen Meinungs- und Pressefreiheit einerseits und religiösem Empfinden andererseits ebenso schlagartig ins Bewusstsein gebracht wie die ermordeten Redakteure einer französischen Satire-Zeitschrift in Paris Anfang 2015. „Je suis Charlie“ klingt noch immer in den Ohren und vermischt sich mit Trauer, Sorge und Wut. Der katholische Theologe *Thomas Söding* fordert vor diesem Hintergrund, dass die Religionen ihr Verhältnis zur Moderne klären müssen. Ebenso wie die Moderne ihr Verhältnis zu den Religionen klären muss. „‘Charlie Hebdo‘ muss verteidigt werden um der Pressefreiheit willen. Aber die Medien müssen sich die Freiheit nehmen, die Religionen nicht nur zu karikieren, sondern auch zu charakterisieren, informiert und interessiert, fair und kritisch.“³⁶ Der islamische Religionspädagoge *Ednan Aslan* fordert die Muslime zur Selbstbesinnung auf. Sie mögen definieren, welche Zukunft sie sich in Europa wünschen und welchen Islam sie hier vertreten wollen.³⁷

Gestatten Sie mir einen kurzen Exkurs zu Hans Küng und Immanuel Kant, die ganz basal argumentieren. Das „Projekt Weltethos“ von *Hans Küng* postuliert schon vor drei Jahrzehnten die Notwendigkeit eines Ethos für die Gesamtmenschheit: Kein Friede unter den Nationen ohne Friede unter den Religionen. Kein Friede unter den Religionen ohne Dialog der Religionen.³⁸ In der Erklärung zum Weltethos des Parlaments der Weltreligionen, 1993 in Chicago verabschiedet, werden vier unverrückbare Grundvoraussetzungen formuliert: 1. Die Verpflichtung auf eine Kultur der Gewaltlosigkeit und der Ehrfurcht vor dem Leben; 2. Die Verpflichtung auf eine Kultur der Solidarität und eine gerechte Wirtschaftsordnung; 3. Die Verpflichtung auf eine Kultur der Toleranz und ein Leben in Wahrhaftigkeit; 4. Die Verpflichtung auf eine Kultur der Gleichberechtigung und der Partnerschaft von Mann und Frau.³⁹ Schon vor gut 200 Jahren hat *Immanuel Kant* eine erstaunlich konkrete Vision einer Welt- und Friedensordnung geschaffen: „Zum ewigen Frieden“.⁴⁰ Die Grundsätze, basierend auf seinen Grundannahmen zur Menschennatur, sind nach wie vor aktuell. Der erste umfasst die Gleichartigkeit der beteiligten Staaten, deren Verfassung auf der Freiheit und Gleichheit der Bürger und auf dem Prinzip der Gewaltenteilung beruht. Im zweiten Grundsatz überträgt *Kant* seine Rechtsvorstellung, dass alle Bürger in Freiheit zusammen bestehen können, auf die Völkerrechtsgemeinschaft und spricht von einem Völkerbund als Friedensbund freier Staaten. Der dritte Grundsatz ist die Anerkennung eines auf ein Besuchsrecht eingeschränkten Weltbürgerrechts und beruht auf dem Gedanken der Toleranz gegenüber Fremden und auf dem Gedanken des gemeinschaftlichen Besitzes der begrenzten Erdoberfläche. *Kant* verbindet hier philosophische Argumentation mit Begriffen einer strukturierten Rechtslehre. Die Sicherung des Friedenszustands sieht er in der inneren Teleologie der Menschennatur begründet.⁴¹ Wie aktuell *Kant* angesichts des Krieges in der Ukraine gerade auch heute ist, sieht man an den entscheidenden Fragen, die er in seiner 1795 erstmals erschienenen Schrift behandelt: Warum soll unter den Menschen kein Krieg, sondern Friede herrschen? Worin besteht wahrer Friede? Als notwendige Vorfrage: was ist ein Staat? Darf ein Staat in die Angelegenheiten eines anderen Staates eingreifen? In

³⁵ Vgl. *Samuel Schirmbeck*, Sie hassen uns. In: FAZ, 11.01.2016.

³⁶ *Thomas Söding*, Ich bin Christ. In: CIG 4/2015.

³⁷ *Ednan Aslan*, Die Grundlagen eines Islam europäischer Prägung. In: Die Presse, 21.05.2015.

³⁸ Vgl. *Hans Küng*, Projekt Weltethos. München 1993.

³⁹ Parlament der Weltreligionen, Erklärung zum Weltethos. Chicago, 04.09.1993.

⁴⁰ *Immanuel Kant*, Zum ewigen Frieden. In: Kant-Werke, hg v. *Weischedel*, Bd 6, 195-251.

⁴¹ *Reinhard Merkel/Roland Wittmann*, „Zum ewigen Frieden“. Grundlagen, Aktualität und Aussichten einer Idee von *Immanuel Kant*. Frankfurt/Main 1996, 8 f.

welcher Gestalt lässt sich der wahre Friede verwirklichen und wie lässt er sich garantieren?⁴² Nach *Kant* ist es die Vernunft, die den „Friedenszustand zur unmittelbaren Pflicht“ macht. Denn im Krieg wird weit mehr verletzt als das menschliche Wohl. Man verstößt „gegen die Verpflichtung auf die universal verbindlichen Gebote und Verbote. Man verstößt gegen den Teil der Moral, deren Anerkennung die Menschen einander schulden, gegen die Rechtsmoral, auch Gerechtigkeit genannt.“ Und weil der Staat für *Kant* „eine Gesellschaft von Menschen [ist], über die niemand anders als er selbst zu gebieten und disponieren hat“, sind auch die daraus resultierenden Schlussfolgerungen vorgezeichnet.⁴³ Vielleicht nehmen Sie die gegenwärtige Situation zum Anlass, *Kants* Schrift „Zum ewigen Frieden“ wieder einmal zur Hand zu nehmen. Oder zumindest darüber zu lesen.⁴⁴

Langwierige Integrationsprozesse

Kollidierende Werte und Normen sind immer wieder Folge unterschiedlicher Vorstellungen vom Menschen in unterschiedlichen Kulturen. Die Sicht vom Menschen, wie sie in den Menschenrechts- und Grundrechtskodifikationen und im freiheitlich demokratischen Verfassungsstaat ihren Niederschlag gefunden hat, ist offensichtlich auch für Menschen anderer kultureller Traditionen anziehend. Dennoch ist es nicht einfach möglich, Verhaltensmuster und Vorstellungen, die in einer über Jahre und Jahrzehnte dauernden Sozialisation internalisiert worden sind, innerhalb kurzer Zeit abzulegen. Die Vorstellung mancher politischer VerantwortungsträgerInnen, MigrantInnen einfach eine Erklärung unterschreiben zu lassen, in der sie zB die Gleichberechtigung von Mann und Frau, die Religionsfreiheit und die geschlechtliche Selbstbestimmung anerkennen, greift wohl zu kurz. Integrationsprozesse sind langwierige Prozesse und lassen sich nicht im Turbo-Modus abkürzen. Sie dauern über Generationen, und es ist durchaus nicht klar, dass diese Prozesse linear verlaufen, wie die Radikalisierung von Zuwanderern in der zweiten und dritten Generation mitunter zeigt. Nach den tragischen Attentaten von Brüssel am 22. März 2016 mit 32 Toten und über 300 Verletzten verwies EU-Kommissionspräsident *Jean-Claude Juncker* darauf, dass die Terroristen aus Brüssel-Molenbeek „nicht von außen importiert, sondern hier aufgewachsen“ seien. „Sie sind durch unsere Schulsysteme gegangen und haben aktiv an unserem sozialen Leben teilgenommen.“⁴⁵ Integration ist bei ihnen offensichtlich aber nicht gelungen.

Kontext 2: Strafe und Strafvollzug

Der Strafgesetzgeber muss seine Normen auf der Grundlage des verfassungsrechtlich grundgelegten Menschenbildes setzen, auch wenn im Hinblick auf bestimmte Tatbestände, die er pönalisieren will, realtypische Merkmale im Vordergrund stehen. Das Strafrecht wird zudem von einer Reihe verfassungsrechtlicher Normen determiniert. Dazu gehören vor allem das Anklageprinzip, die Unschuldsvermutung, der Gleichheitsgrundsatz, das Proportionalitätsgebot und der Grundsatz des „fair trial“. Sie alle schützen den Menschen als Träger von Rechten und Pflichten vor Willkür und ungerechtfertigten

⁴² Vgl. *Otfried Höffe*, Krieg in der Ukraine: Der Traum vom ewigen Frieden ist geplatzt. Aber das zeigt vielleicht nur, dass wir nicht verstanden haben, was Friede ist. In: NZZ v. 02.04.2022.

⁴³ Vgl ebd.

⁴⁴ Vgl zB Fn 42

⁴⁵ *Beatrice Delvaux*, „Die Terroristen sind durch unsere Schulsysteme gegangen“. In: Die Welt, 24.03.2016

Anschuldigungen und geben dem Strafrecht den verbindlichen Rahmen vor.⁴⁶ Rechtsanthropologisch ist zuerst der Grundsatz „nulla poena sine lege“ als strafrechtliches *Legalitätsprinzip* zu nennen. Dieses entspricht dem Gebot der Rechtssicherheit, dem Bestimmtheitsge- und Analogieverbot. Es beinhaltet aber auch ein Rückwirkungsverbot und schließt strafbegründendes Gewohnheitsrecht aus.⁴⁷ „Nulla poena sine culpa“ beinhaltet das strafrechtliche *Schuldprinzip* und steht ebenso in direktem Zusammenhang mit dem personalen Menschenbild. Strafbar handelt nur, wer schuldhaft handelt.⁴⁸ Die Schuld muss vorwerfbar sein. Sie ist strafrechtsdogmatisch nicht nur Voraussetzung, sondern auch Grenze der Strafe. Schuldstrafrecht ist daher nur sinnvoll möglich unter der Voraussetzung, dass es Entscheidungsfreiheit gibt. Im Hinblick auf das präventive Paradigma zur „Verbesserung der Welt durch Strafrecht“ äußert sich der Strafrechtswissenschaftler und ehemalige deutsche Bundesverfassungsrichter *Winfried Hassemer* kritisch. Dem Versuch, die Gefahrenabwehr im Strafrecht mit der Etablierung eines „Feindstrafrechts“ heimisch zu machen, erteilt er eine klare Absage: es sei jenseits der Verfassung angesiedelt und stehe im Konflikt mit der Unantastbarkeit der Menschenwürde. „Rechtlich begründete Besonderungen wie die Etablierung eines ‚Feindstrafrechts‘ schicken die Abgesonderten nicht in ein Sonderrecht oder ein Feindrecht, sondern in ein Nichtrecht.“⁴⁹ Die Entwicklung des präventiven Strafrechts zu einem Gefahrenabwehrrecht ist die Folge normativer Desorientierung, von Verbrechensfurcht und von Kontrollbedürfnissen einer Risikogesellschaft. Dieses Recht müsse aber, so *Hassemer*, „die grundlegenden Traditionen des Strafrechts bewahren: den Bezug zur *Person*, die Angemessenheit einer Antwort auf Unrecht und Schuld, die Ziele von Schutz und Schonung. Nur in diesem Rahmen gibt es Sicherheit durch Strafrecht.“⁵⁰

Der Mailänder Strafrechtswissenschaftler *Fabio Basile* berichtet in seinem 2015 veröffentlichten Werk „Multikulturelle Gesellschaft und Strafrecht“, dass die kulturell motivierten Straftaten auf einige wenige Straftatkategorien zurückgeführt werden können.⁵¹ Dazu gehören familiäre Gewalttaten, insbesondere Gewalt als Mittel, um Töchtern eine arrangierte Ehe aufzuzwingen; Straftaten zur Verteidigung der Ehre, insbesondere auch die sogenannte „Blutrache“ und „Geschlechtshere“, die durch eine ehebrecherische Beziehung oder durch ein anderes Verhalten verletzt wird, welches auf der Grundlage der Sexualmoral der Herkunftsländer als vorwerfbar angesehen wird; Straftaten des Haltens in Sklaverei zum Nachteil von Minderjährigen, begangen von Personen, die sich zu ihrer Rechtfertigung auf ihre atavistischen Gewohnheiten berufen; Straftaten gegen die sexuelle Freiheit, deren Opfer minderjährige Mädchen sind, die in der Herkunftskultur des Beschuldigten keinen besonderen Schutz im Hinblick auf ihr Alter genießen, oder erwachsene Frauen, denen die Herkunftskultur des Beschuldigten keine Freiheit der Selbstbestimmung zuerkennt; Straftaten im Zusammenhang mit Betäubungsmitteln, insbesondere solche, deren Konsum in der kulturellen Zugehörigkeitsgruppe des Beschuldigten als absolut erlaubt angesehen werden; Straftaten, die in der Weigerung der Eltern bestehen, ihre Kinder zur Schule zu schicken und mit Vorbehalten religiös-kultureller Art gegenüber der Schule begründet werden; Straftaten im Hinblick auf eine rituelle Kleidung, welche Fälle betreffen, in denen der Brauch oder die Tradition, einen Schleier (insbesondere: eine Burka) oder ein symbolisches Messer (insbesondere: den Kirpan) zu tragen, im Lichte ihrer möglichen strafrechtlichen Relevanz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit bewertet worden sind. Ganz unterschiedliche Delikte sind dem Irrtum zu subsumieren, wenn der Irrtum aus der kulturellen Differenz zwischen dem Herkunftsland und dem

⁴⁶ Vgl. *Karl Heinz Auer*, Das Menschenbild als rechtsethische Dimension. In: ARSP 4 (2007) 509.

⁴⁷ Vgl. *Peter Lewisch*, Verfassung und Strafrecht. Verfassungsrechtliche Schranken der Strafgesetzgebung, 1993, 53.

⁴⁸ § 4 StGB.

⁴⁹ *Winfried Hassemer*, Sicherheit durch Strafrecht. In: HRRS 4 (2006) 138.

⁵⁰ Ebd. 143.

⁵¹ Vgl. dazu und zur folgenden Aufzählung *Fabio Basile*, Multikulturelle Gesellschaft und Strafrecht. Die Behandlung der kulturell motivierten Straftaten. München-Berlin 2015, 170-173.

Gastland hervorgeht. Hier dreht sich alles um die Frage der Vorwerfbarkeit der Tat.⁵² Die kulturell motivierten Straftaten sind fast immer „expressive“ Taten und selten „instrumentelle“. Instrumentelle Straftaten zielen auf ökonomische Ziele, wie zB Diebstahl und Raub, während expressive Straftaten durch Leidenschaft, Konflikte oder durch den Wunsch nach Befriedigung persönlicher Bedürfnisse geprägt sind, wie zB Tötung, Vandalismus, sexuelle Nötigung.⁵³ Im Zusammenhang mit der strafrechtsdogmatischen Einordnung kulturell motivierter Straftaten hat die Rechtswissenschaft wichtige Fragen aufzuarbeiten, um den jeweiligen soziokulturellen Hintergrund einzubeziehen und gleichzeitig das Strafgesetz konsequent anzuwenden. Leitgedanke muss auch hier neben den verfassungsrechtlichen Determinanten und den Strafzielen der personale Mensch als Grund, Maß und Ziel des Rechts sein.

Zahlen – Fakten – Daten: Der Mensch in der Kriminalstatistik

Zum Strafrecht gehört auch der Strafvollzug. Der Blick auf die Kriminalstatistik macht klar, was Sache ist. Sie zeigt nicht nur konkrete Schwerpunkte in der Praxis des Strafrechtsgeschehens auf, sondern auch Entwicklungen und Veränderungen. 2019 waren es in Österreich 47.980 Delikte, die den Verurteilungen zugrunde lagen. 31% bezogen sich dabei auf strafbare Handlungen gegen fremdes Vermögen, je 18% bezogen sich auf strafbare Handlungen gegen Leib und Leben und gegen das Suchtmittelgesetz. 9% waren strafbare Handlungen gegen die Freiheit, je 5% betrafen die Rechtspflege sowie Urkunden und Beweiszichen. Je 3% bezogen sich auf strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung sowie gegen die Staatsgewalt, 2% waren strafbare Handlungen gegen das Waffengesetz und 7% sonstige.⁵⁴

Für das Jahr 2020 zeigt sich zwar ein deutlicher Rückgang der Gesamtkriminalität, ebenso aber auch ein signifikant starker Anstieg im Bereich der Cyber-Kriminalität. Wurden 2011 im Bereich der Internet-Kriminalität 4.084 Fälle verzeichnet, waren es 2020 fast 36.000. In der Gewaltkriminalität – dazu zählen Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die Freiheit und gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung – weist die Statistik für 2020 im Vergleich zum Vorjahr einen Rückgang von 8,2% aus, im Bereich der Eigentumsdelikte beträgt der Rückgang rund 22%.⁵⁵ Diese Verlagerung ist ganz offensichtlich auf die Pandemie zurückzuführen. Beim ersten Lockdown im März 2020 sind die Anzeigen signifikant zurückgegangen, während sie im Zuge der Lockerungen von Mai bis Oktober kontinuierlich angestiegen und im 2. und 3. Lockdown im November und Dezember wieder zurückgegangen sind.

Ein Blick auf die Verurteilungen über einen längeren Zeitraum zeigt, dass sie zwischen 1975 und 2019 um rund die Hälfte zurückgegangen sind, was vor allem auf den Rückgang der verurteilten Männer zurückzuführen ist. Auch der Anteil der Frauen und der Jugendlichen ist signifikant zurückgegangen, der Anteil von Verurteilungen von Menschen ausländischer Herkunft ist hingegen gestiegen. In den letzten 20 Jahren hat sich diese Entwicklung verfestigt.⁵⁶ Der Sicherheitsbericht des BMJ 2019 listet penibel alle Verurteilungen auf und analysiert sie nach Delikt- und Personengruppen. Von den 29.632 Verurteilten waren demnach 85,3% Männer, 14,7% Frauen. 7% waren Jugendliche, 10,5% junge Er-

⁵² § 9 StGB.

⁵³ Vgl. *Fabio Basile* (Fn 51) 173 Fn 4.

⁵⁴ Vgl. Statistik Austria, Verurteilungssstatistik 2019 (29.05.2020). Online in www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/kriminalitaet/index.html (Stand: 16.06.2021).

⁵⁵ Vgl. BMI, Pandemie prägt Kriminalitätsentwicklung 2020. Online in www.bmi.gv.at/news.aspx?id=41357950726156702B756B3D (Stand: 16.06.2021).

⁵⁶ Vgl. Statistik Austria, Verurteilungssstatistik 2019 (FN 59).

wachsene und 82,8% Erwachsene. 57,7% waren Österreicher und 42,3% ausländische Staatsangehörige.⁵⁷ Die letzten Zahlen müssen noch mit dem Bevölkerungsanteil in Relation gesetzt werden, um statistische Aussagekraft zu erhalten. Von den 8,889 Millionen Einwohnern Österreichs im Jahr 2019 waren 83,8% österreichische und 16,2% ausländische Staatsbürger.⁵⁸ Vor diesem Hintergrund wird der signifikant unterschiedliche Anteil an Verurteilungen der beiden Gruppen deutlich: auf 83,8% der Einwohner mit österreichischer Staatsbürgerschaft kommen im Berichtsjahr 57,7% der Verurteilten, auf 16,2% der Einwohner mit anderer Staatsbürgerschaft kommen 42,3% der Verurteilten. Bemerkenswerte Zahlen stechen vor allem ins Auge, wenn man die Deliktgruppen gegen Leib und Leben⁵⁹, gegen fremdes Vermögen⁶⁰ und nach dem Suchtmittelgesetz⁶¹ fokussiert, wo es zum Teil auch in absoluten Zahlen, also ohne Berücksichtigung des Anteils an der Bevölkerung, mehr Verurteilungen von Tätern mit anderer Staatsbürgerschaft gibt als von Tätern mit österreichischer Staatsbürgerschaft.

Die Daten der Verurteilungen bilden sich in den Daten zum Strafvollzug ab. Sie haben direkte Auswirkungen auf die Justizanstalten und ihre Probleme in Bezug auf die Belegung, Betreuung und Verwaltung. 2019 waren in den österreichischen Justizanstalten 6.992 Personen (exkl. U-Haft) in Haft, 94% davon männlich, 6% weiblich. 2.730 Personen waren wegen Delikten gegen fremdes Vermögen in Haft, 1.545 wegen Delikten gegen Leib und Leben und 1.348 wegen Delikten nach dem Suchtmittelgesetz. 554 verbüßten eine Haftstrafe wegen Delikten gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung, 478 wegen Delikten gegen die Freiheit, 47 wegen des Verbotsgesetzes und 38 wegen Terrorismus. Von den Haftinsassen waren 26% im Alter von 21 bis 30 Jahren, 33% waren 30- bis 40-Jährige und 20% 40- bis 50-Jährige. Junge Häftlinge zwischen 14 und 21 Jahren waren zu 5% vertreten, die über 50-Jährigen zu 17%. Die Insassen waren zu 46% österreichische Staatsbürger, zu 54% Staatsbürger mit anderer bzw unbekannter Staatsbürgerschaft. Was die Haftdauer angeht, hat der Großteil, nämlich 46%, eine Haftdauer von ein bis zu fünf Jahren zu absolvieren, bei der zweitgrößten Gruppe, bei 40%, dauert die Strafdauer bis zu einem Jahr, bei 10% fünf bis zehn Jahre. Der Rest hat eine längere Strafdauer zu verbüßen.⁶² Um Konflikte unter den Häftlingen aufgrund der Art ihrer Delikte, ihres Alters, aber auch aufgrund ihrer Herkunft, Weltanschauung und Religion zu vermeiden, müssen Justizanstalten in der Belegung und Betreuung achtsam vorgehen.

Lehren vom Grund der Strafe und Lehren vom Zweck der Strafe prägen die Theorie des Strafrechts seit jeher. Sie gehen der Frage nach, was in concreto Recht ist und welche Folgen rechtens sind. Retrospektiv korreliert die Schuldstrafe mit der Schwere der Tat. Im Blick nach vorne geht es iSd positiven Spezialprävention darum, den Täter von weiteren Straftaten abzuhalten und seine innere Rechtsverbindenheit zu fördern. Sie wirkt aber auch im Hinblick auf das soziale Umfeld, letztlich auf die Gesellschaft als Ganzes. Im Sinne der positiven Generalprävention ist sie Antwort auf die Störung des Rechtsfriedens durch den Täter, indem die verletzten sozialethischen Verhaltensnormen wiederhergestellt und bestätigt werden.⁶³ Die heute vorherrschenden Präventionstheorien verdrängen den Vergeltungsgedanken und den Aspekt der ausgleichenden Gerechtigkeit aber nicht gänzlich. Das resultiert aus der Auffassung von der Strafe als Ausdrucksform der Schuld. Die primäre Rechtfertigung für die

⁵⁷ Vgl BMJ (Hg), Sicherheitsbericht 2019. Bericht über die Tätigkeit der Strafjustiz. Wien 2020, 53. Online in www.bmi.gv.at/508/files/SIB_2019/4_SiB_2019_Justizteil.pdf (Stand: 13.06.2021)

⁵⁸ Dazu vertiefend Statistik Austria, Migration & Integration. Zahlen.Daten.Indikatoren 2019. Online in bmeia.gv.at (Stand: 13.06.2021).

⁵⁹ Vgl BMJ (Hg), Sicherheitsbericht 2019 (Fn 62) 74 f. Vorsätzliche Tötungsdelikte nach §§ 75-79 StGB fallen 44 auf Täter mit anderer und 43 auf Täter mit österreichischer Staatsbürgerhaft. Der Anteil an Verurteilungen wegen schwerer Körperverletzung nach § 84 StGB beträgt bei Tätern mit anderer Staatsbürgerschaft 43,9%, auf Täter mit österreichischer Staatsbürgerschaft entfallen 56, 1%.

⁶⁰ Vgl ebd 76. Bzgl Diebstahl und Einbruchdiebstahl nach §§ 127-131 StGB und Raub nach §§ 142, 143 StGB fallen mehr Verurteilungen auf Täter mit anderer Staatsbürgerschaft als auf Täter mit österreichischer Staatsbürgerschaft.

⁶¹ Vgl ebd 79 f. Im Bereich des Suchtgifthandels nach § 28a SMG entfallen mehr Verurteilungen auf Täter mit anderer Staatsbürgerschaft als auf Täter mit österreichischer Staatsbürgerschaft. Im Bereich des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 SMG sind es fast gleich viele Täter mit anderer Staatsbürgerschaft als Täter mit österreichischer Staatsbürgerschaft.

⁶² Vgl BMJ, Strafvollzug in Österreich. Jänner 2020, 37. Online in www.bmj.gv.at (Stand: 11.06.2021).

⁶³ Vgl Yoshida (Fn 19) 126 unter Bezugnahme auf Jeschek und Moos.

Strafe liegt deswegen „nicht in der Prävention, sondern in der tadelnden Reaktion selbst“. ⁶⁴ Und der zu einer Freiheitsstrafe verurteilte Täter erlebt das subjektiv analog – als tadelnde Antwort auf seine Straftat. Auf der Basis des sozialen Schuldbegriffs kommt der Strafe eine ausgleichende Funktion zu, *individualpsychologisch* gegenüber dem Täter, *sozialpsychologisch* gegenüber der Rechtsgemeinschaft. Um den Sinn der Strafe bestmöglich zu erfassen, sind beide Blickrichtungen notwendig: „Rücksicht“ – das ist der tat- und täterbezogene Blick in die Vergangenheit – und „Vorsicht“ – das ist der präventive täter- und gemeinschaftsbezogene Blick in die Zukunft. ⁶⁵ Wenn dem Strafrecht die Erfüllung dieser Aufgaben gelingt, kann es „ein weithin sichtbares Muster für einen menschenrecht-freundlichen Umgang mit abweichendem Verhalten sein“. ⁶⁶

Im ersten Teil meiner Ausführungen habe ich darauf hingewiesen, dass jedes Recht ein bestimmtes Bild vom Menschen voraussetzt. Das Menschenbild der freiheitlich demokratischen Rechtsordnungen steht im Spannungsverhältnis von Individualität und Sozialität. Die mit unantastbarer Würde definierte Person hat ihren Eigenwert, muss sich aber im Hinblick auf die Gemeinschaftsbezogenheit *die* Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens zieht. ⁶⁷

In den Verfahren kommt der Verpflichtung zur Objektivität eine unabdingbare Bedeutung zu, für die Anklagebehörde ebenso wie für das erkennende Gericht. Art 6 EMRK und § 3 StPO sprechen es deutlich aus: Kriminalpolizei, Staatsanwaltschaft und Gericht haben die Wahrheit zu erforschen – unparteilich, unvoreingenommen und ohne jeden Anschein von Befangenheit. Darauf hat jedermann Anspruch. Dieser verfassungs- wie einfachgesetzliche Anspruch und Auftrag darf in keiner Weise von wem auch immer untergraben werden. Das heißt aber nicht, dass der Staat und seine Institutionen und Behörden sakrosankt wären. Liegen zB Indizien vor, dass zu absoluter Objektivität verpflichtete Personen oder Behörden diese Verpflichtung verletzen, besteht für übergeordnete VerantwortungsträgerInnen Handlungsbedarf. Das Strafrecht darf nicht missbraucht werden, von niemandem, auch nicht von einer Jagdgesellschaft auf der Basis eines Amalgams von aggressiver Parteipolitik und investigativ arroganter Medienlandschaft. Die Methode, unsachliche und gar anonyme Anzeigen einzureichen und dann medial zu verbreiten, die Staatsanwaltschaft ermittle in einer bestimmten Sache oder gegen eine bestimmte Person – was sie ja tun muss aufgrund der Anzeige, was beim Leser oder Seher aber ein Verschulden insinuiert –, ist nicht nur moralisch verwerflich, es zeugt auch von einer tiefgreifenden Respektlosigkeit gegenüber der Rechtsordnung. ⁶⁸

Die Geschichte des Strafrechts und die Entwicklung des Zusammenhangs von Schuld und Strafe über die Jahrhunderte zeigt deutlich, wie sehr es sich vom bloßen Rachedenken weg- bzw weiterentwickelt hat zu einem Verständnis, das sowohl das Schutzbedürfnis der Rechtsgemeinschaft im Blick hat wie auch die Verantwortung des Täters und der Gesellschaft. Es ist faszinierend, die Schritte um das Bemühen einer Strafrechtsordnung zu verfolgen, die die berechtigten Interessen aller Beteiligten berücksichtigen will. Wenn heute Formen der Wiedergutmachung wie der Täter-Opfer-Ausgleich (in Deutschland und der Schweiz) oder der außergerichtliche Tatausgleich (in Österreich) an Bedeutung gewinnen, hat das ebenso sozialkonstruktiven Charakter wie jene Formen des Strafvollzugs, die die Resozialisierung fördern. Sie zeigen – nach einer Geschichte, in der das nicht immer so war – das humane Gesicht der Justiz. Letztlich steht das Strafrecht im Dienst des Rechtsfriedens und markiert den Weg zu einer versöhnten Gesellschaft. Das darf man nicht aus den Augen verlieren.

⁶⁴ Vgl ebd 139.

⁶⁵ Vgl ebd 129.

⁶⁶ Vgl Hassemer (Fn 70) 114.

⁶⁷ Vgl BVerfGE 4,7 (Investitionshilfe-Urteil vom 20.07.1954).

⁶⁸ Vgl Susanne Reindl-Krauskopf im Interview mit Benedikt Kommenda im Rechtspanorama der „Presse“ vom 07.06.2021, 13.

Kontext 3: Die staatlichen Erziehungsziele

Im letzten Teil meiner Vorlesung fokussiere ich den schulischen Kontext: Schule als Spiegelbild der Gesellschaft, die staatlichen Bildungs- und Erziehungsziele mit ihrem Anspruch und mit ihren Grenzen. In diesem Zusammenhang wird – im Hinblick auf die Wertekollisionen, die in der Schule genauso so virulent sein können wie in anderen gesellschaftlichen Bereichen – der Toleranzbegriff näher erläutert, und einige ausgewählte Urteile sollen die Wechselwirkung von Schule und Gesellschaft veranschaulichen.

Schule spiegelt vielfach die Gesellschaft wider. Sie ist aber keineswegs *nur* gesellschaftliches Spiegelbild, denn zu ihrem Wesenskern gehört die Erziehungs- und Orientierungsaufgabe. Wird diese Erziehungs- und Orientierungsaufgabe aber in Abrede gestellt oder auf den kleinsten gemeinsamen Nenner minimalisiert oder wegen des Pluralismus für nicht zulässig erklärt, „liegt die Integrationsaufgabe der Schule brach“. ⁶⁹ Gerade in der aktuellen gesellschaftlichen durch Flucht und Migration geprägten Situation kommt der Integrationsaufgabe der Schule eine fundamentale Bedeutung zu. In den Schulklassen, in denen autochthone Kinder gemeinsam mit Migrantenkindern – in einem ausgewogenen Verhältnis – unterrichtet werden, begegnen einander Menschen, nicht Nationalismen. Wenn hier Begegnungspädagogik gelingt, gelingt Integration. Die Frage nach dem Menschen ist dabei eine ganz Wesentliche. Gerade weil er immer wieder unter die Räder zu kommen droht, muss sich die Gesellschaft auf ihn besinnen. Es lohnt sich, der Frage nachzugehen, welche Vorstellung vom Menschen unser Handeln im Großen und im Kleinen bestimmt und leitet. Welches Bild vom Menschen unserer Rechtsordnung, welches unserer Erziehung zugrunde liegt. Mit welchen Werten und Kompetenzen müssen wir unsere Kinder und Jugendlichen ausstatten, damit sie in der Lage sind, die Gesellschaft von morgen zu tragen und ihre Probleme zu bewältigen? Das Bild, das die Gesellschaft als Ziel- und Leitvorstellung vom Menschen entwickelt hat, findet vor allem in den staatlichen Bildungs- und Erziehungszielen ihren Niederschlag.

In Österreich hat der Verfassungsgesetzgeber die staatlichen Bildungs- und Erziehungsziele 2005 in den Verfassungsrang erhoben. Verfassungs- und Erziehungsziele korrelieren miteinander. Sie basieren auf dem Bild vom Menschen als Person und sind – vor allem im Kontext von Bildung und Erziehung – durch idealtypische Elemente geprägt. Die Grundwerte, die der Verfassungsgesetzgeber für die Schule normiert, sind Demokratie, Humanität, Solidarität, Friede und Gerechtigkeit, Offenheit und Toleranz. Auf dieser Grundlage soll die Schule der gesamten Bevölkerung ein höchstmögliches Bildungsniveau sichern. Durch die Orientierung an den sozialen, religiösen und moralischen Werten sollen Kinder und Jugendliche zu Menschen werden, die befähigt sind, Verantwortung zu übernehmen, für sich selbst, Mitmenschen, Umwelt und nachfolgende Generationen. Zu selbständigem Urteil und sozialem Verständnis sollen sie geführt werden, dem politischen, religiösen und weltanschaulichen Denken anderer aufgeschlossen sein sowie befähigt, am Kultur- und Wirtschaftsleben Österreichs, Europas und der Welt teilzunehmen und in Freiheits- und Friedensliebe an den gemeinsamen Aufgaben der Menschheit mitzuwirken. ⁷⁰ Es steckt einiges an Pathos in diesen Zeilen. Aber sie sind eine legistische Meisterleistung, und mit der Priorität von Ausgleich und Toleranz und Respekt vor dem anderen sind die Erziehungsziele eine spezifische Kulturleistung des Verfassungsstaates. ⁷¹

Verfassungsrechtlich normierte Bildungs- und Erziehungsziele sind verbindliche Leitlinien für die Konkretisierung durch den Gesetzgeber, für die Erstellung von Lehrplänen und Schulbüchern, für die

⁶⁹ Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Vom Wandel des Menschenbildes im Recht. In: Gerda Henkel Stiftung (Hg.), Das Bild des Menschen in den Wissenschaften. Münster 2002, 193-224, hier 216.

⁷⁰ Vgl. Art 14 Abs 5a B-VG.

⁷¹ Vgl. Peter Häberle, Das Menschenbild im Verfassungsstaat. Berlin 2005, 46.

Aus- und Fortbildung von Pädagoginnen und Pädagogen, für die konkrete Unterrichtsarbeit und die Schulaufsicht. Daraus ergibt sich, dass ein Unterricht, der diesen Zielen entgegensteht, wie zB die Verherrlichung oder Verniedlichung von Gewalt, die Verachtung von Gesellschaftsgruppen, seien es Minderheiten oder Mehrheiten, oder die Gefährdung des Völkerfriedens, unmittelbar verboten ist.⁷² Der pluralistischen Gesellschaft stellen sich staatliche Erziehungsziele möglicherweise prima facie als nicht erzwingbare Orientierungswerte dar. Der pluralistische Staat kann pluralistisch aber nur sein auf der Basis gemeinsamer Grundwerte, wie sie verfassungsrechtlich normiert sind und sich den staatlichen Bildungs- und Erziehungszielen widerspiegeln. In diesem Sinne hat das normativ Verbindliche in der Rechtsgemeinschaft einer freiheitlichen Demokratie einen verbindenden Charakter.⁷³ Der Staatsrechtler und Rechtsphilosoph *Ernst-Wolfgang Böckenförde* bringt es auf den Punkt, wenn er sagt, dass Erziehung nicht möglich ist „ohne verbindliche Orientierung, auf die hin erzogen wird, und selbstbestimmte Freiheit steht nicht an ihrem Anfang, sondern am Ende“.⁷⁴ Letztlich zielen die Bildungs- und Erziehungsziele in ihrer politischen Funktion auf die „kognitive, affektive und verhaltensorientierte Vermittlung der Grundwerte der Verfassung“.⁷⁵ Diese sind über alle unterschiedlichen weltanschaulichen Positionen hinweg der gemeinsame Nenner, die gemeinsame Basis der Gesellschaft und des Verfassungsstaates. Die Kluft zwischen diesem Anspruch und der konkreten Wirklichkeit zu verringern ist permanente Aufgabe von Schule und Gesellschaft.

Toleranz – Wesen und Grenzen

Aus den staatlichen Bildungs- und Erziehungszielen sei als Beispiel die Toleranz herausgegriffen. Man gewinnt leicht den Eindruck, dass zwar viele den Toleranzbegriff verwenden, aber offensichtlich je Unterschiedliches damit meinen. Erschwert wird der öffentliche Diskurs zu je aktuellen Problemfeldern auch dadurch, dass Sachlichkeit häufig durch ideologische, moralisierende und emotionalisierende Elemente verdrängt wird. Die Besinnung auf die zentrale Stellung des Menschen in der freiheitlich demokratischen Rechtsordnung ist der Ansatzpunkt, auf dessen Basis viele Probleme der Gegenwart gelöst werden können.

Während im deutschen Grundgesetz der Begriff der Toleranz nicht vorkommt und lediglich in den Landesverfassungen da und dort⁷⁶ mitunter als „Duldsamkeit“ und „Achtung vor der Überzeugung anderer“ aufscheint⁷⁷, wird in Österreich „Toleranz gegenüber den Menschen“ (in den verfassungsrechtlich normierten Erziehungszielen) als Grundwert bezeichnet. Jeder Jugendliche soll „zu selbständigem Urteil und sozialem Verständnis geführt“ werden und „dem politischen, religiösen und weltanschaulichen Denken anderer aufgeschlossen sein“. Eingebettet ist dieser Toleranzbegriff in den Koordinaten der Orientierung an sozialen, religiösen und moralischen Werten und der Befähigung, am Kultur- und Wirtschaftsleben teilzunehmen und an den gemeinsamen Aufgaben der Menschheit mitzuwirken.⁷⁸

⁷² Vgl. *Lutz R. Reuter*, Erziehungs- und Bildungsziele aus rechtlicher Sicht. In: *Füssel Hans Peter/Roeder Peter M.* (Hg), *Recht – Erziehung – Staat. Zur Genese einer Problemkonstellation und zur Programmatik ihrer zukünftigen Entwicklung*. Weinheim 2003, 28-48, 44.

⁷³ Vgl. *Häberle Peter* (Fn 3) 46.

⁷⁴ Vgl. *Ernst-Wolfgang Böckenförde* (Fn 54) 216.

⁷⁵ Vgl. *Lutz R. Reuter* (Fn 57), 46.

⁷⁶ Vgl. Art 27 LV Sachsen-Anhalt.

⁷⁷ Vgl. zB Art 7 Abs 2 LV NRW und Art 28 LV Brandenburg.

⁷⁸ Vgl. Art 14 Abs 5a B-VG.

Anything goes?

Was ist aber Toleranz, was ist ihr Wesen? Etymologisch geht Toleranz auf das lateinische *tolerare* zurück und bedeutet *ertragen, aushalten, erdulden*. „Toleranz hält dazu an, etwas zu erdulden, was eigentlich unerträglich erscheint“, formuliert *Franz Kamphaus* in seiner Dankesrede anlässlich der Verleihung des Ignaz-Bubis-Preises 2004, und erläutert, dass „tolerant nur sein kann, wer einen Standpunkt hat“.⁷⁹ Toleranz hat nichts mit Beliebigkeit zu tun, nichts mit *Anything goes*. Es geht beim Toleranzbegriff nicht um eine gleichberechtigte oder relativierende Gegenüberstellung eigener und fremder Überzeugungen, sondern darum, *Personen*, die abweichende Überzeugungen haben, zu respektieren, obwohl diese Überzeugungen als falsch oder unvernünftig wahrgenommen werden.⁸⁰ *Rainer Forst*, Professor für Politische Theorie und Philosophie an der Universität Frankfurt und bekannt geworden durch seine Werke „Kontexte der Gerechtigkeit“ (1996) und „Toleranz im Konflikt“ (2003) plädiert für eine „Respekt-Konzeption“ demokratischer Toleranz. Er postuliert, dass die „Tugend der Toleranz“ (*John Rawls*) eine normative und eine epistemische Komponente hat. Die normative umfasst die Erkenntnis, dass „die eigene ethische Position auf andere Positionen trifft, die man für falsch erachtet, die aber weder unvernünftig noch unmoralisch sind“. Darin erblickt er eine Selbstüberwindung und Selbstrelativierung, die erkenntnistheoretisch mit der „Endlichkeit der Vernunft“ erklärbar ist.⁸¹ *Herbert Marcuse* hingegen spricht von der „repressiven Toleranz“. Toleranz diene der Förderung einer besseren Gesellschaft. Wer diesem Ziel im Weg steht, ist zu bekämpfen. Entsprechend seiner politischen Positionierung kommt er zu dem Schluss, dass befreiende Toleranz Intoleranz gegenüber rechten Bewegungen und Duldung gegenüber linken Bewegungen bedeute.⁸² Mit der Vereinnahmung des Toleranzgedankens zugunsten der eigenen gesellschaftspolitischen Position und zu Ungunsten der Andersdenkenden wird der Wesensgehalt der Toleranz aber pervertiert.

Die Frage nach dem Wesen der Toleranz beinhaltet auch die Frage nach ihren Grenzen und danach, ob bzw. inwiefern sie durch Gegenseitigkeit determiniert ist. *Karl Popper* schreibt in seinem Werk „Die offene Gesellschaft und ihre Feinde“ über das Paradoxon der Toleranz. Es liege darin, dass uneingeschränkte Toleranz mit Notwendigkeit zum Verschwinden der Toleranz führt.⁸³ Eine Einschränkung der Toleranz gegenüber Andersdenkenden kann sich *Popper* aber nur als absoluten Ausnahmefall vorstellen. Jenen gegenüber jedoch, die „nicht bereit sind, mit uns auf der Ebene rationaler Diskussion zusammenzutreffen, und beginnen, das Argumentieren als solches zu verwerfen“ und ihren Anhängern vielleicht auch raten, Argumente mit Fäusten und Pistolen zu beantworten, fordert er dazu auf, „im Namen der Toleranz“ das Recht in Anspruch zu nehmen, „die Unduldsamen nicht zu dulden“. Kurz: Keine Toleranz gegen Intoleranz.⁸⁴ Im Hinblick auf die Frage der gegenseitigen Bedingtheit der Toleranz entspricht ein Konditionalgefüge im Sinne von „Wenn du, dann ich auch“ wohl nicht dem Wesen der Toleranz. Toleranz als der Versuch, Personen, die als falsch erachtete Positionen vertreten, zu respektieren, kann bedeuten, den ersten Schritt zu setzen – in der Hoffnung, dass der Schritt nicht einseitig bleibt. Ein Beispiel dazu ist die Stellungnahme der katholischen deutschen Bischofskonferenz im Zusammenhang mit dem Bau von Moscheen in Deutschland: „Gerade weil wir Christen die Einschränkungen der Religionsfreiheit in muslimisch geprägten Ländern ablehnen und verurteilen, setzen wir uns nicht nur für die Rechte der dortigen Christen ein, sondern auch für die Rechte der Muslime

⁷⁹ Vgl. *Franz Kamphaus*, Der Preis der Toleranz. In: Stimmen der Zeit 129 (4/2004) 219-226, hier 221.

⁸⁰ Vgl. *Stefan Mückl*, Grenzen der Toleranz im Rechtsstaat. In: Die Politische Meinung 491 (10/2010) 35-42, hier 37.

⁸¹ Vgl. *Rainer Forst*, Toleranz und Demokratie: https://www.ekd.de/download/EKD_10_Synode_071005.pdf, 53.

⁸² Vgl. *Johann Braun*, Die offene Gesellschaft und ihre Grenzen. In: Rechtsatheorie (2/2015) 151-177, hier 157.

⁸³ Vgl. *Karl Popper*, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde. Bd 1. Bern 1973, 359.

⁸⁴ Vgl. ebd. sowie *Braun* (Fn 14), 156.

bei uns.“⁸⁵ Derart tolerante Positionen führen aber durchwegs zu gegensätzlichen Reaktionen. Während die einen darin einen Ausdruck des Grundrechts der Religionsfreiheit erblicken, den man nicht vermengen dürfe mit der Situation von „Ungläubigen“ in Ländern mit muslimischer Majorität, sehen andere gerade darin einen Verrat an den Minderheiten.

Toleranz im Kontext Schule

Im schulischen Bereich sind es oft Themenbereiche, die aus dem Zusammentreffen unterschiedlicher religiöser und kultureller Identitäten und Vorstellungen zu Problemen werden. Der Frage nach der Erziehungskompetenz von Eltern und Schule kommt in diesem Zusammenhang eine große Bedeutung zu. Beide müsse gewisse Grenzen akzeptieren. Mit Rücksicht auf die Erfahrung, dass totalitäre Regime den Einfluss auf Kinder und Jugendliche missbrauchen, um ihre Macht zu festigen und zu sichern, setzt die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) der staatlichen Erziehungskompetenz gewisse Grenzen, indem sie die staatliche Verpflichtung normiert, das Recht der Eltern zu achten, die Erziehung und den Unterricht entsprechend deren eigenen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen sicherzustellen.⁸⁶ Dazu führt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) aus, dass dem Staat jede Indoktrinierungsabsicht verboten ist, die als Nichtachtung der religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen der Eltern angesehen werden könnte. Angesichts der Wertbezogenheit der Rechtsordnung ist dem Staat aber nicht die Durchführung eines Unterrichts verwehrt, in dem religiöse und weltanschauliche Fragen berührt werden. Eltern haben kein Recht, ihre Kinder von einem solchen Unterricht abzuhalten oder individuell anzumelden. Der EGMR leitet aus der Norm die Notwendigkeit ab, die Vermittlung in religiösen und weltanschaulichen Fragen „objektiv, kritisch und pluralistisch“ zu gestalten.⁸⁷ Dieses Erfordernis bezieht sich auf alle Unterrichtsgegenstände, in denen religiöse oder weltanschauliche Fragen angesprochen bzw vermittelt werden, auf den konfessionellen Religionsunterricht ebenso wie auf die anderen Unterrichtsgegenstände, weil der EGMR von einem Vorrang des Rechts auf Bildung⁸⁸ ausgeht. Der Staat ist nicht verpflichtet, alle Überzeugungen der Eltern zu respektieren. Nur jene sind vom Achtungsanspruch umfasst, die von der Wertordnung des freiheitlichen demokratischen Verfassungsstaates umfasst sind, die mit der Würde des Menschen nicht unvereinbar sind und die dem grundlegenden Recht des Kindes auf Bildung nicht widersprechen.⁸⁹ Der (grundgesetzliche) Verfassungsstaat kennt keine schrankenlose Toleranz, durch die er wesentliche Elemente seiner Substanz oder gar sich selbst aufgibt.⁹⁰

Toleranz im Kontext religiöser und kultureller Pluralität und Gegensätze

Der Kontext von Schule und Religion(en) ist sich durch die jüngste gesellschaftliche Entwicklung wieder mehr in den Vordergrund gerückt. Grundlegend ist festzuhalten: Der Staat ist dem religiösen und weltanschaulichen Neutralitätsprinzip verpflichtet. Je nachdem, ob er „in nicht auswechselbarer

⁸⁵ Die deutschen Bischöfe, Moscheebau in Deutschland. Bonn 2009, 9.

⁸⁶ Art 2 1. ZusProtEMRK zweiter Satz.

⁸⁷ Vgl. *Jan Michael Bergmann*, Das Menschenbild der Europäischen Menschenrechtskonvention. Baden-Baden 1995, 159 und *Walter Berka*, Die Grundrechte. Wien-New York 1999, Rz 701.

⁸⁸ Art 2 1. ZusProtEMRK erster Satz.

⁸⁹ Vgl. *Walter Berka* (Fn 19), Rz 702.

⁹⁰ Vgl. *Stefan Mückl* (Fn 12), 38 f.

hoheitlicher Funktion“ tätig wird oder nicht, wird zwischen einer distanzierenden und einer kooperierenden Form der religiösen Neutralität unterschieden.⁹¹ Im toleranten demokratischen Verfassungsstaat korreliert die Säkularität des Staates mit einer Kultur der Anerkennung. Der Staat hat für die Umsetzung der staatlichen Bildungs- und Erziehungsziele Sorge zu tragen. Dem Religionsunterricht kommt dabei eine nicht zu unterschätzende Rolle zu – im Hinblick auf die kleineren anerkannten Religionsgesellschaften auch unter dem Gesichtspunkt der Integration. Die Kultur der Anerkennung ist zudem ein Qualitätsmerkmal freiheitlich-westlicher Demokratien, die die Grundrechte der Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit ernst nehmen. Österreich geht mit seinen religionsrechtlichen Bestimmungen mit gutem Beispiel voran.

Als im Jahr 2004 im laizistischen Frankreich *Jean-Pierre Obin* die nach ihm benannte Studie über Anzeichen und Äußerungen der religiösen Zugehörigkeit in den Schulen präsentierte, war der Schrecken groß. Nicht, dass die Studie über ihren Bereich hinaus repräsentativ wäre, aber manches ähnelt Erfahrungen von Wertekollisionen, die auch in anderen europäischen Ländern gemacht werden: Geschichten von Mädchen, die von ihren „älteren Brüdern“ überwacht und mit Fäusten und Gürteln geschlagen werden, wenn sie nach deren Ansicht gegen das Tugendgebot verstoßen. In manchen Schulen ist es selbst den Lehrerinnen unmöglich, Röcke und Kleider zu tragen. Obsessiv werden Reinheitsgebote verfolgt, getrennte Toiletten und Tische in der Schulkantine gefordert. Schüler und Eltern verlangen, dass die Geschlechter getrennt schwimmen gehen. Eltern erlauben ihren Kindern keine Schulausflüge, bei denen sich die Geschlechter mischen. Und wenn sie doch mitdürfen, weigern sie sich, auch nur einen Fuß in Kirchen oder Kathedralen zu setzen. Es gibt Väter, die sich weigern, weiblichen Lehrkräften die Hand zu geben oder ihre Frauen allein mit männlichen Lehrkräften sprechen zu lassen. Es gibt Fälle von Kindern, die es ablehnen zu singen, zu tanzen oder ein Instrument zu lernen. Manche weigern sich, in Mathematik das Plus-Zeichen zu setzen, weil es einem Kreuz ähnelt. Das Problem der Kleidung und der Vermischung der Geschlechter hat dazu geführt, dass an manchen Schulen der Turnunterricht ausfällt. Kinder lehnen es offen ab, Klassiker zu lesen, die ihrer Ansicht nach religiös nicht akzeptabel sind.⁹²

Das eine oder andere Thema ist auch an unseren Schulen virulent geworden – da mehr, dort weniger. Wie im gesellschaftlichen Kontext bedarf es auch hier koordinierter Bemühungen, um Lernprozesse im Horizont der staatlichen Bildungs- und Erziehungsziele umzusetzen – auf organisatorischer, schulpartnerschaftlicher und pädagogischer Ebene. Der Landeshauptmann von Vorarlberg hat in einem Interview darauf hingewiesen, dass das westlichste Bundesland 2016 rund 1000 Kinder von Asylwerbern eingeschult und darauf geachtet habe, dass nicht zu viele in einer Klasse konzentriert werden, damit Integration besser funktionieren könne.⁹³ In Schulklassen, in denen zu wenig oder nicht auf ein ausgewogenes Verhältnis von autochthonen und zugewanderten Schülerinnen und Schülern geachtet wird, ist es nur schwer möglich, Sozialisationsmuster zu hinterfragen oder zu korrigieren. Anstelle von Integration kommt es zu Segregation, und Lehrerinnen und Lehrer laufen Gefahr, an kaum lösbaren Herausforderungen zu scheitern. Innovative und praktikable Ideen sind gefragt. In einer Polytechnischen Schule in Wien, wo 90 Prozent der Schülerinnen und Schüler Migrationshintergrund haben, holte ein Lehrer Kampfsportler in die Schule, die selbst Migrationshintergrund haben und gleichzeitig als Vorbild für ein gewaltfreies Zusammenleben dienen können.⁹⁴

⁹¹ Vgl. *Richard Potz*, Kreuz im Klassenzimmer ja, im Gerichtssaal nein. In: *Die Presse*, 06.02.2017, 15.

⁹² Vgl. *Mark Lilla*, Frankreich in Flammen. In: *NZZ*, 27.04.2015.

⁹³ Vgl. *Die Presse*, 16.01.2017, 4.

⁹⁴ Vgl. *Die Presse*, 20.01.2017, 8.

Toleranz als klar definiertes Erziehungsziel

Wenn Toleranz im Allgemeinen dort an ihre Grenzen stößt, wo sie auf Intoleranz trifft, liegen ihre Grenzen in der Schule dort, wo anstelle der staatlichen Bildungs- und Erziehungsziele (Demokratie, Humanität, Solidarität, Friede, Gerechtigkeit, Aufgeschlossenheit gegenüber dem Denken anderer) Abschottung, Isolation und Segregation angestrebt werden. Schule kann ihre integrative Aufgabe nur dann wahrnehmen, wenn alle Beteiligten die ihnen zugeteilten Aufgaben nach besten Kräften erfüllen: Lehrerinnen und Lehrer durch eigenständige und verantwortliche Unterrichts- und Erziehungsarbeit⁹⁵, Schülerinnen und Schüler durch Erfüllung der Mitwirkungspflicht und Einordnung in die Klassen- und Schulgemeinschaft, Erziehungsberechtigte durch Unterstützung der schulischen Unterrichts- und Erziehungsarbeit⁹⁶ und Schulbehörden durch Schaffung geeigneter Rahmenbedingungen. So steht es im Gesetz. Und viele erfüllen nicht nur das Müssen des Gesetzes, sondern auch das Dürfen und das Können in beachtlichem persönlichem schulischem Engagement.

Intentionen, die den Bildungs- und Erziehungszielen entgegengesetzt sind, haben in der Schule eines freiheitlichen und demokratischen Verfassungsstaates keinen Platz. In diesem Sinn hat auch der EGMR in einer aktuellen Entscheidung die Bedeutung der integrativen Aufgabe der Schule hervorgehoben und über die Interessen der Eltern gestellt.⁹⁷ Der Anlassfall war ein Streit zwischen einem muslimischen Ehepaar in der Schweiz, das sich geweigert hat, ihre (sieben- und neunjährige) Töchter an einem für Buben und Mädchen gemeinsamen Schwimmunterricht teilnehmen zu lassen, und den zuständigen Schulbehörden, die auf den für alle Schülerinnen und Schüler unabhängig von ihrer Religion verpflichtenden Kurs pochten. Vor allem bei Kindern mit Migrationshintergrund spiele die Schule eine besondere Rolle in der Integration und habe daher Vorrang vor den persönlichen Interessen der Eltern, urteilte der EGMR, zumal die Schule den Eltern ohnehin durch die Erlaubnis von Burkini und Bereitstellung von getrennten Umkleidekabinen entgegengekommen sei. In einem vergleichbaren Fall hat auch das deutsche Bundesverwaltungsgericht für die Priorität der schulischen Integrationsaufgabe entschieden: Es sei nicht Aufgabe der Schule, Kinder und Jugendliche vor der Vielfalt an Verhaltensgewohnheiten in Gesellschaft und Schule zu schützen. Gerade in der Konfrontation damit verwirkliche sich die integrative Kraft der öffentlichen Schule.⁹⁸

Schlussbemerkungen

Gestatten Sie mir, dass ich am Ende meiner Vorlesung nicht nur auf die integrative Funktion der Schule und des Bildungssystems hinweise, sondern auch auf die Bedeutung der Rechtsordnung und der Rechtspflege. Die positive Sicht vom Menschen – und damit der Humanität – und die Rechtsordnung schließen einander nicht aus. Im Gegenteil! Die Rechtsidee von Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit⁹⁹ gibt dem individuellen Menschen ebenso Halt und Struktur wie den Menschen im Kollektiv – in der Gesellschaft. In diesem Kontext kommt dem Grundsatz der Gewaltenteilung und der Rechtspflege eine ganz fundamentale Bedeutung zu. Leitgedanke und Korrektiv ist immer der personale Mensch, wie er in Verfassung und verfassungsrechtlich relevanten Kodifikationen Eingang

⁹⁵ Vgl. Armin Aendergassen/Karl Heinz Auer Schulrecht 2016/17 Rz 363.

⁹⁶ Vgl. ebd. Rz 366 f.

⁹⁷ *Osmanoglu and Kocabas v. Switzerland* (application no. 29086/12); Press Release ECHR 005 (2017) 10.10.2017.

⁹⁸ Dt. Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 11.09.2013, Az: 6 C 25.12.

⁹⁹ Vgl. Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, hg v. Ralf Dreier/Stefan L. Paulson. Heidelberg 1999, 34 ff, sowie Arthur Kaufmann (Fn 13) 152 ff.

gefunden hat. Das Ethos der Juristen hat damit einen anthropologischen Wurzelgrund und orientiert sich im Grundgehalt am gegebenen Recht und der Suche nach dem, was hier und jetzt konkret Recht ist.¹⁰⁰

Der bekannte Rechtsphilosoph *Reinhold Zippelius* hat es mit folgenden Worten auf den Punkt gebracht: „Halb verstrickt in unsere animalische Natur, halb freigelassen, sind wir mit einer begrenzten Fähigkeit ausgestattet, unsere Lebensverhältnisse vernünftig zu ordnen, und sind zugleich damit belastet, diese Ordnung selber schaffen und erhalten zu müssen. Gelingt dies nicht, kommt es zur Freisetzung des Chaotischen im Menschen.“¹⁰¹

Ich hoffe, dass es mir gelungen ist, durch das Aufzeigen der Anthropozentrik unserer Rechtsordnung nicht nur einem Erkenntnisgewinn den Weg frei gemacht, sondern auch einen Beitrag geleistet zu haben zur Lösung all jener unterschiedlichen Problembereiche, in denen Sie derzeit juristisch arbeiten.

Ich bedanke mich für Ihre Aufmerksamkeit.

Zum Autor:

Prof. MMMag. DDr. Karl Heinz Auer, Absolvent philosophischer, theologischer und rechtswissenschaftlicher Studien, lehrte bis Februar 2021 Rechtstheorie und Rechtsethik im Doktoratsstudium der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Innsbruck. Für sein rechtsphilosophisches Buch „Das Menschenbild als rechtsethische Dimension der Jurisprudenz“ (Wien 2005) wurde er mit dem Leopold Kunschak-Preis für Wissenschaft ausgezeichnet. In Grundsatzreden über den Menschen im Recht hat er unterschiedliche Kontexte beleuchtet: die Migrationsproblematik sowie Radikalisierung und Terrorismus vor Staatsanwältinnen und Staatsanwälten; die staatlichen Bildungs- und Erziehungsziele in einer parlamentarischen Enquete und vor Schuljuristinnen und Schuljuristen; das Verhältnis von Schuld und Strafe vor Gefängnisgeislerinnen und Gefängnisgeisler.

•

¹⁰⁰ Vgl. *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Vom Ethos der Juristen. In: *Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte*, Bd 60, Berlin ²2011.

¹⁰¹ *Reinhold Zippelius*, Rechtsphilosophie. München ⁴2003, 64.