

# EXPOSÉ

Zum Dissertationsvorhaben mit dem Arbeitstitel  
Analyse der Berücksichtigungsmöglichkeit fremdkultureller  
Prägungen im Rahmen des österreichischen Strafgesetzes

Verfasserin

Mag.<sup>a</sup> iur. Magdalena Bertsch

angestrebter akademischer Grad  
Doctor iuris (Dr. iur.)

Betreuer

Uni.-Prof DDr. Peter Lewisch

Wien, Juni 2023

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 783 101

Studienrichtung lt. Studienblatt: Rechtswissenschaft

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Strafrecht

When in Rome, do as the Romans do ... dieses auf das 4. Jh. n. Chr. zurückgehende Sprichwort<sup>1</sup> könnte auch als eine Art umgangssprachliche Übersetzung des in § 62 StGB festgeschriebenen Territorialitätsprinzip angesehen werden. Der Gesetzgeber ahndet jene Taten im Inland, welche der Gesellschaft - gemessen an ihrer herkunftsgeprägten Vorstellung von Recht und Unrecht – als gesellschaftsschädlich erscheinen. Differente Ansichten finden dabei keine Berücksichtigung. Es stellt sich jedoch immer häufiger die Frage inwieweit dieser Ansatz – vor allem auch in Anbetracht der Problematik des *melting pot*<sup>2</sup> - noch tragbar ist oder ob hier nicht doch neue Wege hin zu einem differenten Strafrecht, entsprechend der multikulturellen Gesellschaft, beschritten werden sollten.

---

<sup>1</sup> Popp, Andreas, Cultural Defense und Allgemeine Verbrechenslehre, 7. Trilaterales deutsch-japanisch-koreanisches Seminar, 1. Okt 2016 - 3. Okt 2016. Osaka, In: Globalisierung und kulturelle Gegensätze im gegenwärtigen Rechtsstaat (Rengier Rudolf, Kuzuhara Rikizo) (2017), S. 86

<sup>2</sup> Maddern Stacy, Melting pot theory, (2013)

# CULTURAL DEFENSE

Zusammengefasst handelt es sich bei der *cultural defense* um eine Verteidigungsstrategie des *Common Law*, welche das Argument des kulturellen Hintergrunds des Straftäters/der Straftäterin vorbringt und auf dessen Berücksichtigung plädiert.

Strukturelle Grundlage des *Common Law* bilden (sowohl auf straf- als auch zivilrechtlicher Ebene) so genannte *offenses* – als Pendant zu (Straf-)Tatbeständen im römischen Recht – welchen *defenses* gegenübergestellt sind. Diese können im Bereich des Strafrechtes vereinfacht als Antwort auf den Vorwurf tatbestandsmäßigen Verhaltens verstanden werden, welche diesen zu entkräftigen versuchen. Dabei divergiert ihre Zielsetzung von der Nichtanwendbarkeit des Gesetzes, hin zur Subsumtion unter ein anderes – weniger schwerwiegendes – Delikt, bis hin zur Berücksichtigung gewisser Umstände im Rahmen der Strafbemessung (als Milderungsgrund).<sup>3</sup>

Die *cultural defense* stützt sich dabei auf Täterverhalten, welches auf Bräuche, Sitten oder Verhaltensregeln zurückzuführen sind, die wiederum kulturell geprägte Glaubenssätze widerspiegeln.

Dieses Konzept der Berücksichtigung eines von geltendem Recht verschiedenen Rechtsverständnisses ist dem *Common Law* keineswegs neu. Aufgrund der Kolonialgeschichte handelt es sich dabei durchaus um einen über langen Zeitraum geübte Praxis. Dass sich die Notwendigkeit der Auseinandersetzung mit fremdkulturell geprägtem Rechtsverständnis immer aus räumlicher Nähe zu Gemeinschaften mit abweichender kultureller Prägung ergibt, spiegelt sich auch im aktuellen Anwendungsbereich der *cultural defense* wider. Sie gewinnt vor allem im angloamerikanischen Raum aufgrund der zunehmenden Anerkennung der kulturellen Identität indigener Völker an Bedeutung. In Ermangelung eines ähnlichen Näheverhältnisses im deutschsprachigen Raum fand eine solche Auseinandersetzung in der hierorts geübten Rechtsdogmatik bisher wenig bis gar keine Beachtung.

Da sich in Anbetracht jüngster Migrationsströme nach Europa ein solches Naheverhältnis zu verschiedenen - aus zentraleuropäischer Sicht - fremdkulturell und sohin von anderem Rechtsverständnis geprägten Gemeinschaften ergibt, stellt sich die Frage inwieweit es möglich ist im Verfahren und bei der Verurteilung nach römisch-rechtlich geprägten Normen fremdkulturelle Prägungen zu berücksichtigen?

Zur Beantwortung dieser Frage ist materielles Strafrecht in Zusammenschau mit formellem Strafrecht und Verfassungsrecht heranzuziehen ist, weshalb sich diese nur jeweils für eine bestimmte Rechtsordnung sondiert beantworten lässt. Sohin lautet die Forschungsfrage der gegenständliche auf österreichisches Recht bezogene Dissertation:

„Besteht die Möglichkeit der Berücksichtigung fremdkultureller Prägungen im Verfahren und bei der Verurteilung nach dem österreichischen Strafrecht?“

Ziel der Arbeit ist es, diese Möglichkeiten zur Berücksichtigung von fremdkulturellen Prägungen und den Zweck einer solchen für den Rechtsstaat Österreich zu prüfen. Aufgrund einzelner Publikationen im deutschen Sprachraum (Deutschland und Schweiz) sind teils Ähnlichkeitsschlüsse möglich allerdings dennoch genügen Raum für eigene Thesen und Erkenntnisse gegeben. Es soll zudem die Frage beantwortet werden, ob die in der Dissertation erörterten Modelle eine geeignete Vorgehensweise seitens des Strafrechtes darstellen, um aktuellen geopolitischen Herausforderungen der Globalisierung zu begegnen. Auch ist zu klären ist, ob ein Diskurs hinsichtlich differenter kultureller Prägungen überhaupt auf strafrechtlicher Ebene benötigt bzw. wünschenswert ist und inwieweit dies vor allem dem Strafzweck der Resozialisierung dienlich sein könnte.

---

<sup>3</sup> Woodman, Gordon R, The Culture Defence in English Common Law: the Potential for Development, In: Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense (Marie-Claire Foblets, Alison Dundes Renteln) (2009) S. 7

# AUFBAU

## I. Die *cultural defense*

1. Berücksichtigung abweichender Rechtsansichten innerhalb eines geltenden Rechtssystems im Verlauf der Geschichte
  - 1.1. *Community law* in England
  - 1.2. *Customary law* in den englischen Kolonien
2. Zusammenhang der kulturellen Prägung und der Auslegung von Devianz/Delinquenz
  - 2.1. Parameter *fremdkulturelle Prägung*
  - 2.3. Grenzen der Berücksichtigungsfähigkeit
3. Gegenwärtige Schnittstellen verschiedener Vorstellungen delinquenten Verhaltens
  - 3.1. Indigene Völker
  - 3.2. Globalisierung und Migration
4. Ausgestaltung der *cultural defense* im angloamerikanischen Raum
  - 4.1. Theoretische Grundlage
  - 4.2. Länderbezogene Spezifika
  - 4.3. Praktische Umsetzung anhand von Fallbeispielen

## II. Berücksichtigungsmöglichkeit der fremdkulturellen Prägung in Österreich

1. Rechtstheoretische Einordnung
  - 1.1. Ebene der Rechtswidrigkeit
  - 1.2. Ebene der Schuld
  - 1.3. Ebene der Strafbemessung
  - 1.4. Fazit
2. Anwendungsfälle
  - 2.1. Schächten
  - 2.2. SMG

## III. Standpunkte anderer rechtswissenschaftlicher Disziplinen zur *cultural defense*

1. Gleichbehandlungsgrundsatz
2. Rechtsphilosophische Betrachtung

## NÄHERE AUSFÜHRUNGEN ZUR GLIEDERUNG

Im Rahmen des ersten Teiles (I.) der Arbeit soll zunächst die theoretische Grundlage zur *cultural defense* und ihre Herkunft analysiert werden. Dabei wird unter 1. der historische Hintergrund, insbesondere Anwendungsbeispiele für die Anerkennung fremden Rechtes im Mittelalter und der Kolonialzeit, behandelt werden. Weiters soll dann der Parameter der fremdkulturellen Prägung abgesteckt bzw. definiert werden und auf die absoluten Grenzen seiner Beachtung bei der Beurteilung der Strafbarkeit delinquenten Handelns (I.2). I.3 versucht die Aktualität anhand möglicher Kollisionspunkte verschiedener Auffassungen von Handeln in Form des Zusammenlebens mit indigenen Völkern und insbesondere der durch die Globalisierung beeinflussten Migration. Dieser Abschnitt soll insbesondere auch die Bedeutung und Zweckmäßigkeit einer Beachtung fremdkultureller Prägungen abbilden. Abschließend soll in Teil I.4 dann die theoretische Grundlage der im angloamerikanischen Raum geübten *cultural defense* erörtert, sowie ihr tatsächlicher Anwendungsbereich erschlossen werden. Die im letzten Punkt (I.4.3) angeführten Fallbeispiele sollen vor allem noch einmal die Relevanz der Berücksichtigungsmöglichkeit im Einzelfall illustrieren.

Der zweite und eigentliche Hauptteil der Arbeit (II.) knüpft an die im ersten Teil erarbeitete theoretische Grundlage der *cultural defense* an, indem darin versucht wird dies mit der in Österreich gegebene strafrechtlichen Modalitäten in Einklang zu bringen. Zunächst soll erarbeitet werden inwieweit eine rechtliche Grundlage im österreichischen Strafrecht dafür gegeben wäre und bejahenden Falls in welchem Teil der Tatbestandsprüfung sie zu verorten wäre. Abgeschlossen werden soll dieser Teil der Arbeit mit einer These, wie die Implementierung der *cultural defense* nachgebildeten Berücksichtigung fremdkultureller Prägungen konkret ausgestaltet sein könnte und sollte. Ergänzung soll dieser sehr theoretische Abschnitt durch II.2. finden, welcher eigenständige Überlegungen zu möglichen Sachverhalten anstellt. Neben den bereits angeführten Punkten des Schächterns, sowie diverser im Suchtmittelgesetz verankerter Tatbestände, sollen hier im Verlauf der Dissertation weitere Beispiele gefunden werden, welche das Verschwimmen der Grenzen von Tradition/Brauch und delinquentem Verhalten noch besser aufzeigen.

Für die Erörterung der Möglichkeit fremdkulturelle Prägungen im Rahmen des österreichischen Strafrechts zu berücksichtigen ist es unumgänglich dieses Thema gesamtheitlich zu betrachten - demnach auch aus der Perspektive anderer rechtswissenschaftlicher Disziplinen. Dies soll im dritten und letzten Teil der Arbeit (III.) vorgenommen werden. Zum einen soll dabei die verfassungsrechtliche Problematik der Vereinbarkeit mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz aufgegriffen werden. Nicht weniger wichtig scheint allerdings auch die Perspektive der Rechtsphilosophie, weshalb zum anderen auch diese und ihr Blick auf Strafe und Strafrecht in die Arbeit eingebunden werden sollen. Ziel dieses Abschnittes ist es einen Ausblick darauf zu geben, welche anderen Regelungen und Modelle der Rechtswissenschaft bei der Etablierung einer, wie auch immer gearteten Berücksichtigung fremdkultureller Prägung, zu bedenken wären - obgleich die Problematik an sich strafrechtlicher Natur ist. Da beide Punkte für sich genügend Stoff für eine eigenständige Abhandlung bieten würden, wird dieser Teil der Arbeit ausschließlich zentrale Themen durch die umfangreiche Literatur zu den jeweiligen Kernproblemen dieser beiden Themen in Kontext zum Dissertationsthema setzen.

## FORSCHUNGSSTAND

Da es sich, wie bereits ausgeführt, bei der *cultural defense* um eine vor allem im Common Law etablierte Praxis handelt, setzt sich vorwiegend amerikanische Literatur mit ihrer Konzeption auseinander. Als weitere Ressource für ihre rechtlichen Einordnung und insbesondere auch zur Beurteilung ihrer tatsächlichen Übung dienen gefällte Urteile amerikanischer Gerichte, welchen die Prämisse zugrunde liegt, fremdkulturelles Rechtsverständnis in ihre rechtliche Beurteilung miteinzubeziehen. Demgegenüber nimmt die deutschsprachige Literatur eine beobachtende Rolle ein, indem sie vor allem im Common Law geübte Praxis beschreibt. Allerdings finden sich auch einzelne Versuche einer systematischen Einordnung der *cultural defense* in römisch-rechtlich geprägte Rechtssysteme.

Aufgrund der im europäischen Raum geübten Praxis behandelt diese weniger die Verteidigungsstrategie an sich, sondern viel mehr die damit zusammenhängende Möglichkeit, subjektivere Urteile fällen zu können, sowie die daraus resultierenden Vor- und Nachteile für Beschuldigte beziehungsweise Verurteilte sowie die Öffentlichkeit. In diesem Zusammenhang wäre beispielsweise das Werk des Schweizer Juristen Thomas Frischknecht „kultureller Rabatt“ zu nennen.

Über diese themenspezifische Literatur hinaus sind allerdings insbesondere Texte für die Erarbeitung des rechtstheoretischen Rahmens mit Fokus auf die Besonderheiten des österreichischen Strafrechtes von Bedeutung. Dabei soll die Kommentarliteratur sinnvolle Ergänzung durch Zeitschriftenartikel und Fachbücher finden. Da die Grenzen der Rechtswidrigkeits- und Schuldausschließungsgründe sowie die Anwendung von Strafmilderungsgründen bereits sehr weitgehend ausjudiziert ist soll das Studium dieser Gerichtsentscheidungen es ermöglichen eigenen Schlüsse zum Spezifikum der Berücksichtigung einer fremdkulturellen Prägung zu ziehen.

## METHODIK

Die Arbeit soll ihre Grundlage in einer umfassenden Literaturrecherche und Aufarbeitung dieser finden. Damit soll vor allem die Wissensgrundlage zum Verständnis der später erfolgenden eigenen Aufarbeitung geschaffen werden. Durch Analyse der Theorien zur *cultural defense*, aber auch jener zur Aufarbeitung eines Tatbestandes in Österreich (Rechtsirrtum, Entschuldigungsgrund...) sollen nachfolgend eigenständige Schlüsse über die Berücksichtigung der kulturellen Prägung gezogen werden können. Die Literatur zur im anglo-amerikanischen Raum geübten Praxis der *cultural defense* soll Ähnlichkeitsschlüsse zum Rechtssystem Österreichs ermöglichen, wodurch die aufgestellten Thesen nicht eine bloße Subsumtion der Theorie der *cultural defense* unter österreichisches Recht darstellen, sondern vielmehr auch praxisrelevante Eckpunkte mitberücksichtigen. Ferner sollen (potentielle) Anwendungsbeispiele nicht nur zum besseren Verständnis der Theorie herangezogen werden, sondern vielmehr auch die tatsächliche Relevanz der Beachtung von fremdkultureller Prägung im Rahmen der Strafverfolgung aufzeigen.

## ZEITPLAN

<p>WS 2022/2023</p> <p>Im Fortlauf des Semesters</p>	<p>Absolvierung zweier Seminare aus dem Dissertationsfach gem. §5 Abs 2 lit. c des Curriculums, sowie Recherche hinsichtlich der Themenanpassung/-spezifizierung</p>
<p>SS 2023</p> <p>Im Fortlauf des Semesters</p>	<p>Absolvierung eines Seminares gem. §5 Abs 2 lit. c des Curriculums sowie der VO gem- lit. a zur rechtswissenschaftlichen Methodenlehre. Zudem das Seminar zur Vorstellung und Diskussion des Dissertationsvorhabens gem. gem. §5 Abs 2 lit. b des Curriculums. Fortführung der intensiven Recherche zum</p>

	<p>Thema (mit Hauptaugenmerk auf Teil 1) Einreichung und Vorstellung des Dissertationsthemas gem. §6 Abs. 1 des Curriculums.</p> <p>Beginn der Verschriftlichung des 1. Teils der Arbeit</p>
<p>WS 2023/24</p> <p>Oktober/November</p> <p>Dezember/Jänner</p>	<p>Fertigstellung des ersten Teils und weiterführende Recherche in Hinblick auf den zweiten Teil sowie Verschriftlichung dieser Kapitel</p> <p>Fertigstellung des zweiten Teiles sowie Zusammenschau und Kontrolle der ersten beiden Teile der Dissertation</p>
<p>SS 2024</p> <p>Februar</p> <p>Während der Vorlesungsfreien Zeit (Juli/August)</p>	<p>Verfassen des letzten Abschnittes der Dissertation</p> <p>Überarbeitung und Feinschliff der gesamten Arbeit</p>
<p>WS 2024/25</p> <p>Mit Beginn des Semesters</p> <p>Im Fortlauf des Semesters</p>	<p>Abgabe an den Betreuer</p> <p>Einarbeitung von Verbesserungsvorschlägen und Druck</p> <p>Öffentliche Defensio zum nächstmöglichen Termin</p>

\*Regelmäßige Besprechungen mit dem Betreuer und die erforderliche Berichterstattung werden im  
Zeitplan nicht gesondert hervorgehoben

## AUSGEWÄHLTE LITERATUR:

### WERKE:

- Benson Paul*, Culture and Responsibility: A Reply to Moody-Adams, *Journal of Social Philosophy* (2001) S. 610
- Bernreiter Diana Maria Carina*, »nulla poena sine culpa« Tat- oder Täterschuld? (2015)
- Birklbauer Alois, Hinterlehner Helmut*, Das Dogma von der Schädlichkeit kurzer Freiheitsstrafen und ihre Verhängung in der Praxis, *JSt* (2006) S. 18
- Demian Melissa*, Fictions of Intention in the “Cultural Defense”, *American Anthropologist* (4/2008)
- Donovan James, Garth John*, Delimiting the cultural defense, *Quinnipiac Law Review* (2007)
- Egert Istok*, Das ethnisch-kulturell motivierte Delikt (2002)
- Egert Istok*, Die Berücksichtigung abweichender ethnisch-kultureller Wertvorstellungen im materiellen Strafrecht, *Schweizerische Ausländerrecht in Bewegung?* Schiess Rütimann P. Hrsg (2003)
- Erbil Bahar*, Toleranz für Ehrenmörder? Soziokulturelle Motive im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des türkischen Ehrbegriffs (2008)
- Foblet Marie-Claire, Renteln Alison*, *Multicultural Jurisprudence* (2009)
- Fournier Pascale*, The Ghettoisation of Difference in Canada: Rape by Culture and the Danger of a Cultural Defence in Criminal Law Trials, *Manitoba Law Journal* (2002) S. 81
- Frischknecht Tom*, „Kultureller Rabatt“ - Überlegungen zu Strafausschluss und Strafermässigung bei kulturellen Differenz (2009)
- Grobler Chazanne*, An Analysis of the cultural defence in African criminal law (2014)
- Hauptmann Walter*, Sozialpsychologische Aspekte der Generalprävention, *RZ* (1977) S. 113
- Hassemer Winfried, Lüderssen Klaus, Naucke Wolfgang*, Hauptprobleme der Generalprävention (1979)
- Hilgendorf Eric*, Strafrecht und Interkulturalität, *JZ* (3/2009)
- Holzleithner Elisabeth*, *Gerechtigkeit* (2014)
- Kim Nancy*, The cultural defense and the problem of cultural Preemption: A Framework of Analysis, *New Mexico Law Review* (1997) S. 101
- Kymlicka Will, Lernestedt Claes, Matravers Matt*, *Criminal Law and Cultural Diversity* (2014)
- Liszt Franz*, Strafbemessung: Im Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, *De Gruyter* (1910)
- Loderbauer Brigitte, William Thomas*, Indikationen und Erwägungen für richterliche Strafzumessung im Sprengel des Landesgerichtes bzw. der Staatsanwaltschaft Innsbruck, *JSt* (2015)
- Madella Irena*, Cultural Defence: An Odyssey for English Courts, *Kent Student Law Review* (3/2017)
- Marschelke Jan-Christoph*, Recht und Kultur – Skizze disziplinärer Zugänge der Rechtswissenschaften zur Kultur und Interkulturalität, *Interculture Journal* (2012) S. 63
- Martino Mona*, der Multikulturalismus als staatstheoretische und kriminalpolitische Herausforderung, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (2006) S. 47
- Moody-Adams Michele*, Culture, Responsibility and Affected Ignorance, *Ethics* (1994) S. 291
- Moos Reinhard*, Die gesellschaftliche Funktion des Strafrechts und die Strafrechtsreform, *RZ* (1977) S. 229
- Moos Reinhard*, Positive Generalprävention und Vergeltung, in: *Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie*, FS für Franz Pallin zum 80. Geburtstag (1989) S. 296

*Noelle Higgins*, Cultural Defences at the International Criminal Court (2019)

*Phillips Anne*, Multiculturalism without Culture (2007) 3. Kapitel

*Prittwitz Cornelius*, Positive Generalprävention und “Recht des Opfers auf Bestrafung des Täters”? in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Sonderheft, P.-A. Albrecht u.a. (Hrsg.): Winfried Hassemer zum sechzigsten Geburtstag. Baden-Baden, Nomos-Verlag, 2000, S. 162-175

*Reindl-Krauskopf Suanne, Grafl Christian*, Kriminalität nicht integrierter Ausländer – eine vielfältige Herausforderung für das Strafrecht (2009)

*Rentle Alison*, The Cultural Defense (2005)

*Rentle Alison*, Cultural Defenses in International Criminal Tribunals: A Preliminary Consideration of the Issues, Southwestern Journal of International Law (2011)

*Rentle Alison*, The use and abuse of the cultural defense, Canadian journal of law and Society (2005)

*Schmidt S., Van der Meer E., Tydecks S.*, Wie lässt sich Delinquenz bei Personen mit türkischem oder arabischem Migrationshintergrund erklären? Forens Psychiatr Psychol Kriminol (2017) S. 304

*Schmidt Stefanie, Ward Tony*, Delinquenz kultursensibel erklären – ein theoretisches Rahmenmodell, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie (2021) S. 143

*Sellin Thorsten*, Culture Conflict and Crime, American Journal of Sociology (7/1938)

*Schwind Hans-Dieter*, Kriminologie und Kriminalpolitik: eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen (2016)

*Wachterl Matrina*, Kulturell motivierte Straftaten im Lichte der österreichischen und deutschen höchstrichterlichen Judikatur (2018)

<https://unipub.uni-graz.at/obvugrhs/content/titleinfo/2679691/full.pdf>

*Ziegler Rebecca*, Soziale Schicht und Kriminalität (2009)

*Zimmerlin Sven*, Strafzumessung im Kulturkonflikt, in FS von Frau Professor Marie Theres Fögen zum 60. Geburtstag, (2006) S. 261

## Kommentare:

*Grabenwarter/Frank*, B-VG Art 7

*Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar2 Art 20/21

*Höpfel/Ratz*, WK2 StGB § 1,5,8,9,14,32,33,34,

*Leukauf/Steininger*, StGB4 § 1,5,8,9,14,32,33,34,

*Leukauf/Steininger*, StGB4 Update 2018 § 1,5,8,9,14,32,33,34,

*Muzak*, B-VG Art 7