

Dokument	recht 2016 S. 157
Autor	Anna Coninx
Titel	Rechtsphilosophische Grundlagen des Strafens und aktuelle Entwicklungen im Massnahmenrecht
Seiten	157-179
Publikation	recht - Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis
Herausgeber	Felix Bommer, Martina Caroni, Nicolas F. Diebold, Susan Emmenegger, Wolfgang Ernst, Roland Frankhauser, Sabine Gless, Peter Jung, Alexandra Jungo, Peter V. Kunz, Bernhard Rüttsche, Daniela Thurnherr, Roger Zäch
Frühere Herausgeber	Peter Gauch, Daniel Girsberger, Christine Kaufmann, Thomas Sutter-Somm, Wolfgang Wiegand
ISSN	0253-9810
Verlag	Stämpfli Verlag AG

recht 2016 S. 157

Anna Coninx*

Rechtsphilosophische Grundlagen des Strafens und aktuelle Entwicklungen im Massnahmenrecht

Die Strafe belastet sowohl den Straftäter als auch die Allgemeinheit und muss deshalb gerechtfertigt werden. Dasselbe gilt für eingriffsintensive freiheitsentziehende Massnahmen (Verwahrung, stationäre Massnahme). Während die Debatte über Strafzwecktheorien eine jahrhundertelange Tradition hat, fehlt es weitgehend an einer entsprechenden Diskussion im Massnahmerecht. Der Beitrag zielt darauf, ein besseres Verständnis der Grundlagen sowohl der Strafe als auch der freiheitsentziehenden Massnahmen zu fördern, um aktuelle kriminalpolitische Entwicklungen kritisch bewerten zu können.

A. Einleitung

Obwohl die Auseinandersetzungen über Sinn und Zweck der staatlichen Strafe bis weit in die Antike zurückreichen, wird die Frage, weshalb wir bestrafen, bis heute kontrovers diskutiert. Die Strafe stellt eine erhebliche Belastung für den Straftäter und die Allgemeinheit dar. Erstens stellt sich die grundlegende Frage, in welchem Ausmass wir eine Strafpraxis und ein entsprechendes Strafjustizsystem inklusive den anfallenden Kosten überhaupt wollen. Zweitens muss die Bestrafung des Einzelnen, also die Androhung, die Verhängung und der Vollzug von Strafen im Sinne eines Übels, das einem Individuum auferlegt wird, gerechtfertigt werden.¹ Diese Diskussionen sind nicht etwa nur theoretischer Natur, sondern sind für aktuelle kriminalpolitische Entwicklungen leitend. So etwa, wenn der Bundesrat zur Wiedereinführung der kurzen

* Dr. iur. *Anna Coninx*, MJur (Oxford), Oberassistentin für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich. Mein herzlicher Dank gilt Prof. Dr. *Martino Mona* für angeregte Diskussionen und eine kritische Durchsicht des Manuskripts.

¹ Vgl. nur *A. Ashworth*, Sentencing and criminal justice. 6th rev. ed, Cambridge, 2015, 75 ff.; *T. Hörnle*, Straftheorien, 1. Aufl., Tübingen, 2011, 4.



Freiheitsstrafe in der jüngsten Revision des Sanktionenrechts argumentiert, dass diese zwecks Abschreckung notwendig sei.²

Während die Debatte über die Rechtfertigung der Strafe eine jahrhundertelange Tradition hat, fehlt es weitgehend an einer vertieften Diskussion über die Rechtfertigung und die Grenzen von strafrechtlichen Massnahmen ([Art. 56 ff. StGB](#)).³ Dies erscheint insbesondere mit Blick auf die eingriffsintensiven Massnahmen der Verwahrung und der stationären therapeutischen Massnahme als problematisch. Schwierigkeiten bereitet sodann die Frage, inwiefern der von der Massnahme Betroffene hinsichtlich seiner (Verfahrens-)rechte gleich zu stellen ist wie derjenige, der von einer Strafe betroffen ist. Nach der gegenwärtigen Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) und der nationalen Gerichte ist dies dann der Fall, wenn einer Massnahme im Sinne der sogenannten Engel-Doktrin «Strafcharakter» zukommt. Weil aber das Konzept der Strafe *per se* äusserst komplex ist und Strafzwecktheorien Spielraum für fragwürdige Gewichtungen lassen, ist diese Praxis im Hinblick auf den notwendigen Rechtsschutz lückenhaft. Anstatt auf den Strafcharakter sollte zur Bestimmung des rechtsstaatlichen Schutzes auf die Schwere des Eingriffs abgestellt werden.

Der Beitrag zielt darauf, ein besseres Verständnis der Grundlagen des Strafens zu fördern, um gestützt darauf aktuelle kriminalpolitische Entwicklungen, etwa die erneute Revision des schweizerischen Sanktionenrechts oder die Rechtsprechung des EGMR und der nationalen Gerichte zur Rechts-

recht 2016 S. 157, 158

natur der stationären Massnahme oder der Verwahrung, kritisch bewerten zu können.

B. Der Begriff der Strafe

In diesem Beitrag geht es ausschliesslich um die Begründung von *staatlicher* Strafe, die oft auch «Kriminalstrafe» genannt wird.⁴ Der Begriff der staatlichen Strafe ist nicht zuletzt deshalb komplex, weil die begriffliche Ebene bereits die Frage der Rechtfertigung berührt. Die meisten Autoren sind sich aber einig, dass die Strafe zwei Elemente enthält.⁵ Dem Straftäter wird für die Begehung einer Straftat ein Tadel (*censure*) und ein Übel (*hard treatment*) auferlegt.⁶

Der Tadel oder das «sozialethische Unwerturteil»⁷ ist die Art und Weise, wie der strafende Staat seine Missbilligung ausdrückt. Das rechtliche Gefäss für diesen Tadel ist der Schuldspruch,⁸ der sich an unterschiedliche Adressaten gleichzeitig richtet.⁹ Erstens wird gegenüber dem Täter kommuniziert: Du hast Unrecht getan. Zweitens wird gegenüber dem Opfer kommuniziert: Dir ist Unrecht geschehen. Drittens wird gegenüber der Allgemeinheit kommuniziert: Das ist eine Straftat, die wir in unserer Gesellschaft nicht akzeptieren.

Damit der Tadel die unterschiedlichen Funktionen erfüllen kann und auch Feinabstufungen hinsichtlich des begangenen Unrechts sinnvoll ausgedrückt werden können, wird er mit einem Strafübel gekoppelt.¹⁰ Zum Katalog der Strafen – also der potenziellen Strafübel – zählen derzeit nach Schweizerischem

² Vgl. Botschaft und Entwurf zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Änderung des Sanktionenrechts) vom 4. April 2012, BBl 2012, 4721, 4735, 4742.

³ So auch die Einschätzung für die deutsche Doktrin, vgl. U. Neumann/W. Hassemer, Vor § 1, in: Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Bd. 1 (§§ 1–145 d), hrsg. von U. Kindhäuser/U. Neumann/P. Hans-Ullrich, Baden-Baden, 2013, Rn. 298 f.

⁴ Vgl. D. Spycher, Die Legitimität der retributiven Kriminalstrafe, Von der Notwendigkeit des Vergeltungsgedankens in einem präventionsorientierten Strafrecht, Taunusstein, 2013, 27 ff.; T. Walter, Das Absolute wird relativ – wie sich Vergeltung als Strafzweck soziologisch begründen lässt, zugleich eine Kritik alter und neuer Straftheorien, in: Kriminologie – Jugendkriminalrecht – Strafvollzug. Gedächtnisschrift für Michael Walter, hrsg. von M. Kubink/F. Neubacher, Berlin, 2014, 831.

⁵ Zum Teil werden auch mehr Elemente zur Definition der Strafe verwendet, vgl. etwa M. Pawlik, Person, Subjekt, Bürger, Zur Legitimation von Strafe, Berlin, 2004, 15 f.

⁶ Vgl. nur Walter (Fn. 4), 834 f. m.w.H.; Spycher (Fn. 4), 25 ff.; L. Zedner, Criminal justice, Oxford, 2004, 72; A. Duff, Punishment, Communication and Community, Oxford, 2001, ch. 6; A. von Hirsch/A. Ashworth, Proportionate sentencing, Exploring the principles, Oxford, New York, 2005, 17.

⁷ K. Kühl, Freiheitliche Rechtsphilosophie, Baden-Baden, 2008, 375 ff.

⁸ Vgl. Walter (Fn. 4), 834.

⁹ Vgl. von Hirsch/Ashworth (Fn. 6), 18.

¹⁰ Vgl. nur Hörnle (Fn. 1), 41 f.



Strafgesetzbuch die Freiheitsstrafe, die Geldstrafe und die gemeinnützige Arbeit.¹¹ Je nachdem, an wen sich der Staat mit welcher Botschaft primär richtet, verändert sich auch die Art und das Ausmass des Strafübels. Hier setzt die Strafzweckdiskussion ein.

C. Grundpositionen in der Strafzweckdiskussion

I. Grundunterscheidungen: «retributiv vs. präventiv» und «absolut vs. relativ»

1. «Retributiv vs. präventiv»

Strafzwecktheorien können zunächst grob unterteilt werden in solche, die in der Strafe die Antwort auf eine begangene Straftat sehen, und solche, die die Strafe als Mittel der Prävention betrachten. Die Strafe wird also entweder mit dem in der Vergangenheit liegenden Referenzpunkt der schuldhaften Tatbegehung (retributive Straftheorien) oder mit dem in der Zukunft liegenden Referenzpunkt der Verhinderung von Straftaten (präventive Straftheorien) begründet. Bei den präventiven Straftheorien ist zu unterscheiden zwischen Konzeptionen, die sich am konkreten Täter und seiner Gefährlichkeit ausrichten (Spezialprävention), und Konzeptionen, die sich an die Allgemeinheit wenden (Generalprävention).¹² Eine vermittelnde Position nehmen sodann die kommunikativ orientierten Straftheorien ein, wonach die Strafe eine soziale Funktion hat, die über den blossen Ausgleich des Unrechts hinausgeht, aber auch nicht in der unmittelbar Verbrechensverhinderung liegt, sondern in der Kommunikation mit dem Täter, dem Opfer, und der Allgemeinheit.¹³ Schliesslich sind Vereinigungstheorien mit unterschiedlicher Betonung der verschiedenen Strafzwecke möglich; in der Schweiz dürfte eine spezialpräventiv orientierte Vereinigungstheorie vorherrschend sein.¹⁴

2. «Absolut vs. relativ»

Die Grundunterscheidung von «retributiv» und «präventiv» wird in der Literatur oftmals mit dem Gegensatz von «absoluten» und «relativen» Straftheorien gekennzeichnet. Retributive Straftheorien werden als «absolut» bezeichnet, weil sie eine Begründung der Strafe mit Verweis auf deren gesellschaftliche Nützlichkeit ablehnen.¹⁵ Zunehmend wird diese Dichotomie aber infrage gestellt, weil der Begriff «absolut» die falsche Vorstellung weckt,

recht 2016 S. 157, 159

retributive Straftheorien seien gänzlich zweckfrei.¹⁶ Strafrecht – und das Recht überhaupt – ist aber nie eine zweckfreie Institution. Selbst für *Kant*, der jede Form von Nützlichkeitsdenken zur Begründung von Recht ausgeschlossen hat, ist dieses freilich nicht Selbstzweck, sondern soll eine freiheitliche Ordnung garantieren. Vorliegend soll auf die klassische Unterscheidung nicht ganz verzichtet werden, um eine einfache Orientierung zu ermöglichen; die Dichotomie wird aber in Anführungszeichen gesetzt, um zu verdeutlichen, dass dagegen gewichtige Bedenken bestehen.¹⁷

¹¹ Vgl. Art. 34 ff. des Schweizerischen Strafgesetzbuches ([StGB](#)) vom 21. Dezember 1937 (SR. 311.0); die gemeinnützige Arbeit wird indessen per 1. Januar 2018 als Hauptstrafe abgeschafft und zu einer Vollzugsform zurückgestuft.

¹² Vgl. *W. Frisch*, Konzepte der Strafe und Entwicklungen des Strafrechts in Europa, *Goldammers Archiv für Strafrecht* 2009, 385, 386, der sodann eine über diese gängige Grundunterscheidungen hinausgehende Systematisierung vornimmt.

¹³ Vgl. *Hörnle* (Fn. 1), 29 ff.

¹⁴ Für Literaturhinweise vgl. unten C.IV.4.

¹⁵ Vgl. *K. Seelmann/C. Geth*, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Basel, 2016, 25.

¹⁶ Vgl. *A. von Hirsch*, Die Existenz der Institution Strafe: Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung, in: *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, hrsg. von *U. Neumann/C. Prittowitz*, Frankfurt am Main, New York, 2005, 57, 58; *Hörnle* (Fn. 1), 15 ff.; *Spycher* (Fn. 4), 139 ff.

¹⁷ Ausführlich unten C.II.3.



II. Retributive Theorien oder «absolute Positionen»

Um die unterschiedlichen Begründungen von Strafe zu erläutern, gehen wir von folgendem Sachverhalt aus: Chuck hat Lucy auf brutale Art und Weise vergewaltigt; seine Schuld steht fest. Es stellt sich die Frage, ob und weshalb Chuck bestraft werden soll. Eine mögliche Begründung der Strafe von Chuck lautet: Chuck soll bestraft werden, weil er Lucy Unrecht angetan hat und dieses Unrecht ausgeglichen werden muss. Dabei handelt es sich um eine retributive Strafbegründung. Rawls beschreibt dies folgendermassen:

«(...) the retributive view is that punishment is justified on the grounds that wrongdoing merits punishment. It is morally fitting that a person who does wrong should suffer in proportion to his wrongdoing. That a criminal should be punished follows from his guilt, and the severity of the appropriate punishment depends on the depravity of this act.»¹⁸

Retributive Straftheorien oder Vergeltungstheorien¹⁹ gibt es in ganz unterschiedlichen Schattierungen. Gemeinsam sind ihnen folgende Annahmen: (1) Ein Straftäter muss für seine Taten zwecks gerechter Vergeltung bestraft werden. (2) Gerecht ist die Vergeltung, wenn die Strafe proportional zum verübten Verbrechen ist. (3) Ein Straftäter darf ausschliesslich zwecks gerechter Vergeltung bestraft werden; andere präventive Zwecke dürfen höchstens sekundär verfolgt werden.²⁰

1. Ein Straftäter muss für seine Taten zwecks gerechter Vergeltung bestraft werden

In einer retributiven Straftheorie liegt der Zweck der Bestrafung in der Notwendigkeit der gerechten Vergeltung der Tat. Ausgeglichen werden soll das Übel, das der Straftäter dem Opfer zugefügt hat; es wird als moralisch richtig angesehen, dies zu tun. Da es zu unseren alltäglichen moralischen Urteilen gehört, dass wir loben und tadeln, kann diese Konvention auch der staatlichen Bestrafung ihre Zwecksetzung geben.²¹ Dagegen würden Straftheorien, welche den Straftäter nicht bestrafen, sondern etwa nur zur Leistung von Schadenersatz verpflichten, diesen moralisch inadäquat behandeln.²² Die Annahme der Notwendigkeit der Vergeltung besagt überdies, dass ein Straftäter für seine Tat *zwingend* zum Zweck der Vergeltung bestraft werden muss. Wir würden es ungerecht finden, den Schuldigen – in unserem Beispiel Chuck – nicht zu bestrafen, so wie wir es ungerecht finden, einen Unschuldigen zu bestrafen.²³ Dieses moralische Urteil fällen wir ganz unabhängig vom praktischen Nutzen der Verbrechensprävention. So müsste Chuck zum Beispiel auch bestraft werden, wenn er unmittelbar nach der Tat einen schweren Unfall hätte, lebenslang im Rollstuhl sitzen würde, und deshalb keine Gefahr mehr für die Gesellschaft darstellte.²⁴

2. Gerecht ist die Vergeltung, wenn die Strafe proportional zum verübten Verbrechen ist

Die Essenz der retributiven Straftheorie ist, dass die Strafe den Straftäter als moralisches Wesen behandelt, als jemanden, der fähig ist, auf den Tadel von staatlicher Seite zu reagieren.²⁵ Weil der Staat den Einzelnen als moralisches Wesen (und nicht als Raubtier in einem Zirkus)²⁶ anspricht, darf die staatliche Reaktion auch nie über das hinausgehen, was tatangemessen ist. Darauf verweist die zweite These: Die Strafe soll proportional zur Schwere des durch die Tat verschuldeten Unrechts sein. Der hier oftmals verwendete Begriff der «Tatproportionalität» hat also eine strafbegrenzende Funktion.

recht 2016 S. 157, 160

¹⁸ J. Rawls, The Two Concepts of Rules, *The Philosophical Review* 1/1955, 3, 4.

¹⁹ Im Englischen auch *desert theories* genannt, vgl. dazu Ashworth (Fn. 1), 94 ff.

²⁰ Angelehnt an N. Hoerster, Muss Strafe sein?, Positionen der Philosophie, München, 2012, 30 ff; von Hirsch/Ashworth (Fn. 6), 17 ff.

²¹ Vgl. A. von Hirsch, Past or future crimes, Deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals, New Brunswick, 1985, 49 und 52.

²² Vgl. von Hirsch (Fn. 21), 49 und 52.

²³ Vgl. M.S. Moore, The Moral Worth of Retribution, in: Principled sentencing, Readings on theory and policy. hrsg. von A. von Hirsch/A. Ashworth/J.V. Roberts, Oxford, 2009, 110, 112.

²⁴ Vgl. M.S. Moore, Law and psychiatry, Rethinking the relationship, Cambridge, 1984, 238–243.

²⁵ Vgl. Ashworth (Fn. 1), 94.

²⁶ Vgl. von Hirsch/Ashworth (Fn. 6), 18.



a. Tatproportionale Vergeltung, Rache, Talionsprinzip

Das zentrale Anliegen der retributiven Theorien, Argumente für die Begrenzung der Strafe bereitzustellen, wird indessen regelmässig übersehen; unglücklicherweise werden retributive Theorien im Gegenteil oftmals undifferenziert mit übersteigter Punitivität bzw. «harter Bestrafung» gleichgesetzt. Dies mag mitunter daran liegen, dass Vergeltung zum Teil mit «Rache» gleichgesetzt wird.²⁷ Die Rache ist aber im Gegensatz zur Vergeltung eine «irrationale, prinzipienlose Handlung», die weder auf den Adressaten noch das Mass Rücksicht nimmt.²⁸ Sie unterscheidet sich damit grundlegend von der Kriminalstrafe als tatproportionalen Vergeltung, die sich gegen den Schuldigen richtet und staatlich institutionalisiert ist, wobei Gefühlen der urteilenden Behörden allein schon wegen der nötigen Unparteilichkeit möglichst wenig Raum gegeben werden soll.²⁹

Nicht selten werden retributive Theorien sodann mit einem falsch verstandenen Talionsprinzip gleichgesetzt, auf das oftmals in seiner alttestamentarischen Formulierung «Auge um Auge, Zahn um Zahn» Bezug genommen wird. Das Talionsprinzip darf im Kontext der retributiv begründeten Kriminalstrafe aber nicht so verstanden werden, dass auf ein Übel, das dem Opfer zugefügt wurde, mit einem *identischen* Übel reagiert wird. Das ergibt sich nur schon deshalb, weil bei Straftaten wie Menschenhandel oder Schreckung der Bevölkerung eine identische Strafe gar nicht möglich ist.³⁰ Vielmehr sind «Augen» und «Zähne» Metaphern, um auszudrücken, dass möglichst präzise und nicht überschüssend Gleiches mit Gleichem vergolten werden soll, insofern Augen und Zähne eine klare Gestalt haben und relativ sauber abtrennbar sind (etwa im Gegensatz zu einem Pfund Fleisch aus der Schulter). Das Talionsprinzip will also auf die Strafbegrenzung hinweisen, die Strafe soll der Tat entsprechen und nicht darüber hinausgehen; verlangt wird *Gleichwertigkeit* (Äquivalenz) der Strafe im Verhältnis zur begangenen Tat. Die Kriminalstrafe ist der wertmässige Ausgleich eines verübten Delikts.³¹

b. Ordinale und kardinale Proportionalität

Gegen den Grundsatz der tatproportionalen Bestrafung wird eingewendet, dass nicht klar sei, worin das Strafübel bestehen soll, sondern nur gesagt wird, dass es proportional zum Tatübel sein muss.³² Das ist allerdings nicht ein spezifisches Problem der retributiven Theorien. Vielmehr muss jede Straftheorie, die nicht ausschliesslich empirisch begründet ist,³³ Wertungen vornehmen, die durchdrungen sind von normativen Begrifflichkeiten.³⁴ Beispiele sind «Schuld», «verwerfliche Beweggründe» ([Art. 112 StGB](#)), «fehlendes Strafbedürfnis» ([Art. 52 StGB](#)) oder «aufrichtige Reue» ([Art. 48 Bst. d StGB](#)).

Vertreter von modernen retributiven Straftheorien beschäftigen sich denn auch intensiv damit, wie das Ausmass der gerechten Strafe präziser bestimmt werden kann. Zum einen muss entschieden werden, welches Spektrum an Sanktionen es geben soll; es müssen also die schärfste und die mildeste Sanktion bestimmt werden (sog. kardinale Proportionalität). Zum anderen muss aufgrund von moralischen und politischen Wertungen festgelegt werden, wie die Proportionalität im Verhältnis der einzelnen Tatbestände untereinander abgestuft werden soll (sog. ordinale Proportionalität). Dabei gibt es relative klare Fälle wie zum Beispiel, dass Vergewaltigung schwerer wiegt als eine einfache Körperverletzung. Schwieriger dürfte es dagegen sein, das Verhältnis von Vergewaltigung, Raub und Geiselnahme zu bestimmen.³⁵ Eine interessante Möglichkeit, die allerdings nur für Straftaten gegen Individualinteressen entwickelt wurde, ist, Straftaten danach abzustufen wie sie sich typischerweise auf die Lebensqualität («*living standard*») der

²⁷ Vgl. z.B. *M.A. Niggli/S. Maeder*, Was schützt eigentlich Strafrecht (und schützt es überhaupt etwas?), Aktuelle Juristische Praxis 4 (2011) 443, 444.

²⁸ *Spycher* (Fn. 4), 32.

²⁹ Vgl. *Spycher* (Fn. 4), 32.

³⁰ Vgl. *Spycher* (Fn. 4), 38.

³¹ Vgl. *Spycher* (Fn. 4), 40 f.

³² Vgl. *P.-A. Albrecht*, *Securitized Societies. The Rule of Law: History of a Free Fall*, Berlin, 2011, 25.

³³ Vgl. *J. Kaspar*, *Verhältnismässigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, Baden-Baden, 2014, insb. 130 ff.; kritisch *A. Coninx*, Rezension von Johannes Kaspar «Verhältnismässigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht», Habilitationsschrift 2014, 919 Seiten, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 2 (2015) 216–219.

³⁴ Vgl. *Spycher* (Fn. 4), 48.

³⁵ Zum Problem der kardinalen und ordinalen Proportionalität vgl. *A. Ashworth*, *Criminal Justice and deserved sentences*, *Criminal Law Review* 1989, 340, 342 ff. m.w.H.



Opfer auswirken.³⁶ Auf der Grundlage dieses Modells wurde neuerdings ein Vorschlag ausgearbeitet, der auf sämtliche Straftaten Anwendung finden soll.³⁷

Bei der Bestimmung der kardinalen Proportionalität ist es durchaus möglich, ein Strafsystem mit insgesamt milden Strafen vorzusehen, also zum Beispiel als schärfste Strafe eine bloss einjährige Freiheitsstrafe zu bestimmen. Es ist aber auch möglich, insgesamt harte Strafen vorzusehen und die Todesstrafe für die schwersten Delikte anzudrohen. Das wiederum bedeutet, dass eine retributive Theorie nicht abschliessend bestimmen

recht 2016 S. 157, 161

kann, was eine proportionale Bestrafung ist. Vielmehr muss zur Festlegung der kardinalen Proportionalität auf eine andere philosophische Grundtheorie, die soziale Konventionen und sonstige politische Faktoren bewertet, zurückgegriffen werden.³⁸ Der Vorteil der Vergeltungstheorie gegenüber anderen Theorien ist jedenfalls, dass vorgegeben wird, dass die Strafe gerechtigkeitsorientiert sein muss: gerecht in Bezug auf die begangene Tat und gerecht im Vergleich zu anderen Straftäter, die eine entsprechende Tat begangen haben.

3. Ein Straftäter darf ausschliesslich zwecks Vergeltung bestraft werden; präventive Zwecke dürfen höchstens sekundär verfolgt werden

Die dritte These nimmt auf die eingangs erwähnte Vorstellung Bezug, retributive Straftheorien würden einzig darauf ausgerichtet sein, begangenes Unrecht auszugleichen, und seien frei von jeglichem Zweckgedanke («absolute Theorie»)³⁹. Diese Annahme muss insofern relativiert werden, als dass in einer «absoluten» Straftheorie durchaus soziale Zwecke verfolgt werden können.⁴⁰ Wesentlich ist einzig, dass Nützlichkeitsüberlegungen nicht primärer Grund der Bestrafung sein dürfen; bestimmte praktische Folgen können aber willkommene Nebeneffekte sein.⁴¹ So können Überlegungen zur Verbrechensbekämpfung – etwa die abschreckende Wirkung der Strafandrohung⁴² – durchaus Teil einer retributiven Straftheorie sein.⁴³ Die Forderung nach Vergeltung kann auch konsequentialistisch interpretiert werden, das heisst mit Bezug auf erwünschte Folgen, indem argumentiert wird, dass wir Gutes erreichen, wenn wir den Schuldigen bestrafen, nämlich Gerechtigkeit.⁴⁴ Schliesslich ist es möglich, dass eine Vergeltungstheorie explizit auf die positiven sozialen Folgen Bezug nimmt, um die Strafe zu begründen. Dies ist bei einer *empirisch-soziologischen Begründung* von Vergeltung der Fall. Die Bestrafung eines Straftäters ist demnach deshalb legitim, weil «der Mensch von Natur aus das Bedürfnis hat, Unrecht vergolten zu sehen», und die Bestrafung den Zweck hat, diesem «menschlichen Grundbedürfnis Genüge zu tun» und damit «Rechtsfrieden» zu schaffen.⁴⁵ In dieser Interpretation ist die Notwendigkeit der gerechten Vergeltung explizit auch zukunftsgerichtet: Sie soll eine friedensstiftenden Funktion haben und ist damit auch präventiv begründet.

III. Expressive Straftheorien

1. Antwort auf die Kritik an den retributiven Straftheorien

Gegen retributive Theorien wird eingewendet, dass nicht begründet würde, weshalb mittels Tadel und Übel «Gerechtigkeit» hergestellt werden könne,⁴⁶ und nicht etwa Schadenersatz oder sonstige Wiedergutmachung als staatliche Reaktionen ausreichen würden.⁴⁷ Die Vorstellung eines «gerechten Ausgleichs» sei empirisch nicht fassbar und führe schnell ins «Gefilde des Theologischen und

³⁶ Vgl. A. von Hirsch/N. Jareborg, Gauging Criminal Harm: A Living Standard Analysis, Oxford Journal of Legal Studies 1 (1991) 1; für eine revidierte Fassung vgl. von Hirsch/Ashworth (Fn. 6), App. A; vgl. auch jüngst Ashworth (Fn. 1), 116 f.

³⁷ Vgl. Ashworth (Fn. 1), 118 ff., insb. 120.

³⁸ Vgl. Ashworth (Fn. 35), 344 f.

³⁹ Vgl. Neumann/Hassemer (Fn. 3), Rn. 269.

⁴⁰ Vgl. Hörnle (Fn. 1), 15 ff.

⁴¹ Vgl. Spycher (Fn. 4), 141.

⁴² Vgl. ausführlich unten C.IV.1.a.

⁴³ Vgl. A. von Hirsch, Censure and sanctions, Oxford 1996, 13; von Hirsch/Ashworth (Fn. 6), 22–25.

⁴⁴ Moore (Fn. 23), 113.

⁴⁵ Walter (Fn. 4), 837; vgl. auch die Hinweise bei F. Bommer, Vor Art. 19, in: Basler Kommentar Strafrecht I, Art. 1–110 StGB, JStGB, 3. Aufl. hrsg. von M.A. Niggli/H. Wiprächtiger, Basel, 2013, Rn. 57.

⁴⁶ Vgl. G. Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I, Die Straftat, 4. Aufl., Bern, 2011, § 2 Rn. 10.

⁴⁷ Vgl. Hoerster (Fn. 20), 34.

Mythologischen».⁴⁸ In einem säkularen Staat müsse dagegen begründet werden, weshalb die Strafe sozial notwendig sei.⁴⁹

Expressive Straftheorien versuchen dieses angebliche Begründungsdefizit zu schliessen.⁵⁰ Sie gründen wie die präventiven Straftheorien auf der Vorstellung, dass die Verhängung von Strafen nur im Hinblick auf ihre soziale Notwendigkeit gerechtfertigt werden kann. Die soziale Notwendigkeit sehen sie in einer «gesellschaftlichen Verständigung über Kriminalität und Verbrechen».⁵¹ Anders als die präventiven Theorien sind expressive Straftheorien aber rückwärtsgewandt und wollen die Tat in einem kommunikativen Prozess mit den betroffenen Akteuren (Täter, Opfer, Allgemeinheit) aufarbeiten und nicht vordringlich Verbrechenprävention leisten. Dabei überlappen sie sich stellenweise mit modernen retributiven Ansätzen, die neben der Vorstellung des Ausgleichs mittels der «verdienten Strafe» die kommunikative Funktion von Strafurteilen als präventives Element hervorheben.⁵²

2. Unterschiedliche expressive Konzepte

Bei den expressiven Straftheorien kann zwischen Theorien unterschieden werden, die die Personen

recht 2016 S. 157, 162

ansprechen, die von der Straftat betroffen sind – das Opfer oder der Täter – sogenannte personenorientierte expressive Konzepte – und Theorien, die sich an die Allgemeinheit richten; hier spricht man von normorientierten Konzepten.⁵³ Während in der deutschsprachigen Literatur zum Teil auch unter dem Titel der positiven Generalprävention hauptsächlich normorientierte Konzepte diskutiert werden,⁵⁴ werden in der zeitgenössischen englischsprachigen Literatur hauptsächlich personenorientierte expressive Konzepte thematisiert, die den Tadel des Täters in den Vordergrund rücken.⁵⁵

Eine zentrale Frage aller expressiven Straftheorien ist, ob es neben dem Tadel ein Strafübel braucht, um die kommunikativen Prozesse befriedigend zu gestalten.⁵⁶ Dabei muss begründet werden, weshalb etwa blosser Schadenersatz oder Schmerzensgeld nicht ausreichend ist für die Verständigung über Kriminalität und Verbrechen. Die Überlegungen hierzu scheinen sich – ähnlich der Begründungen der Vergeltungstheorie – auf soziale Konventionen zu Lob und Missbilligung zu stützen. Dazu *Hörnle*:

«Ganz ohne symbolische Verstärkung [des Tadels] ist jedoch (...) nicht auszukommen. Aus der Sicht der Opfer wäre eine Untermauerung des Unwerturteils nur durch Schadenersatz oder Schmerzensgeld (...) unzureichend.»⁵⁷

Die Notwendigkeit des Strafübels wird überdies damit begründet, dass es anders nicht möglich wäre, den Tadel je nach Deliktsschwere differenzierend zu kommunizieren, also unterschiedliche Strafmasse zu unterscheiden.⁵⁸ Die bedeutsame Frage, wie sehr der Tadel durch Übel symbolisch verstärkt wird – wie punitiv eine Gesellschaft also insgesamt ist – sei letztlich eine «Frage der historisch geprägten Sensibilität einer Gesellschaft.»⁵⁹ Damit wird klar, dass auch diese Straftheorie – wie bereits die Vergeltungstheorie –

⁴⁸ *W. Kersting*, Zur philosophischen Begründung von Strafe. Historische Skizzen und systematische Probleme, in: Bausteine zu einer Ethik des Strafens, Philosophische, juristische und literaturwissenschaftliche Perspektiven. hrsg. von *H.-H. Gander/M. Fludernik/H.-J. Albrecht*, Würzburg, 2008, 3, 42.

⁴⁹ Vgl. *Bommer* (Fn. 45) Rn. 47; *Neumann/Hassemer* (Fn. 3), Rn. 105.

⁵⁰ Vgl. *A. Duff*, Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment, *Crime and Justice: A Review of Research* 1996, 1; *Duff* (Fn. 6), insb. chs. 3&4; *T. Brooks*, *Punishment*, London/New York, 2012, ch. 6.

⁵¹ Vgl. *Hörnle* (Fn. 1), 29.

⁵² Vgl. *von Hirsch* (Fn. 43), 10; *Ashworth* (Fn. 1), 94.

⁵³ Vgl. nur *Hörnle* (Fn. 1), 29 ff.

⁵⁴ Vgl. *G. Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft, Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Berlin, 2008; vgl. *W. Frisch*, Zum Zweck der Strafandrohung. Ein Beitrag zur Theorie von der positiven Generalprävention, *Streitbare Strafrechtswissenschaft*, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag, hrsg. von *R. Hefendehl/T. Hörnle/L. Greco*, Berlin, 2014, 55, 63 ff.; vgl. auch *U. Neumann*, Institutionen, Zweck und Funktion staatlicher Strafe, in: Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag, hrsg. von *M. Pawlik/R. Zaczyk*, Köln, 2007, 435, 444.

⁵⁵ Vgl. *Duff* (Fn. 6), 75 ff.

⁵⁶ Vgl. *Hörnle* (Fn. 1), 40 ff.

⁵⁷ *Hörnle* (Fn. 1), 43.

⁵⁸ Vgl. *Hörnle* (Fn. 1), 42.

⁵⁹ *Hörnle* (Fn. 1), 43.



auf die Wertungen einer umfassenderen politischen Theorie zurückgreifen muss, um das Niveau der Bestrafung festzusetzen.

IV. Präventive Konzepte oder «relative Positionen»

Während retributive Straftheorien im deutschsprachigen Raum in der gegenwärtigen Literatur kaum vertreten werden und expressive Straftheorien eher eine Randerscheinung darstellen, beherrschen heute die präventiv orientierten Straftheorien Wissenschaft und Praxis in der Schweiz.⁶⁰

Unter dem Titel das «Zweckdenken im Strafrecht» setzte sich gegen Ende des 19. Jahrhunderts die Vorstellung durch, die Strafe müsse empirisch-rational ausgerichtet sein und gestützt auf natur- und sozialwissenschaftliche Erkenntnisse «zielbewussten Rechtsgüterschutz»⁶¹ leisten.⁶² Die übliche Bezeichnung der präventiven Theorien als «relativ» soll die Wichtigkeit dieses spezifischen Zweckdenkens hervorheben: Die Begründung der Strafe ist in Relation zum empirischen Zweck der Verbrechensbekämpfung zu sehen.⁶³ Vor dem Hintergrund der zunehmenden Wichtigkeit der empirischen Wissenschaften gewinnt der Glaube immer mehr an Boden, kriminelles Verhalten durch sachverständige Intervention verändern zu können.⁶⁴ Die Bestrafung des Einzelnen wird gerechtfertigt, weil dadurch Gutes bewirkt wird, nämlich die Verhinderung von künftigen Verbrechen; das Strafübel als belastender Eingriff produziert also letztlich günstige Folgen, womit die Rechtfertigung einfach gelingt und mitunter sogar im Interesse des Betroffenen liegt. Diese Argumentation finden sie bereits bei Philosophen der Antike; so beschreibt *Platon* die Grundüberzeugung der Präventionisten eindrücklich:

«Denn niemand bestraft die, welche unrecht getan haben [...], weil einer eben unrecht getan hat, ausser wer sich ganz vernunftlos wie ein Tier eigentlich nur rächen will. Wer aber mit Vernunft sich vornimmt, einen zu strafen, der bestraft nicht um des begangenen Unrechts willen, denn er kann ja doch das Geschehene nicht ungeschehen machen, sondern des Zukünftigen wegen, damit nicht auf ein andermal wieder, weder derselbe noch einer, der diesen bestraft gesehen hat, dasselbe Unrecht begehe.»⁶⁵

In diesem Sinne hielt *Carl Stooss* 1893 in den Entwürfen zum ersten eidgenössischen Strafgesetzbuch unmissverständlich fest, dass das Ziel

recht 2016 S. 157, 163

der Gesetzgebung darin bestehe «die Zahl der Verbrechen und der Verbrecher wenige Jahre nach Inkrafttreten des Strafgesetzbuches sehr bedeutend [zu] vermindern.»⁶⁶ Diese Überzeugung dominiert die Strafgesetzgebung bis heute. Auch die jüngste Revision des schweizerischen Sanktionenrechts, welche 2018 in Kraft treten soll, ist getragen von der Idee, dass das Sanktionensystem laufend optimiert werden soll,

⁶⁰ Vgl. statt vieler *M. Mona*, Strafrechtliche Grundlagen der Vereinheitlichung des schweizerischen Strafrechts unter Carl Stooss: Die Wurzeln des Präventionismus, ZNR 2013, 21, 30 f.; *Neumann/Hassemer* (Fn. 3), Rn. 274; vgl. aber *Bommer* (Fn. 45), Rn. 45 ff., 69; für die Praxis des Bundesgerichtes vgl. [BGE 118 IV 337, 340, E. 2c; 134 IV 1, 12, E. 5.4.1.](#)

⁶¹ *Franz von Liszt*, Der Zweckgedanke im Strafrecht (1882/83), in: *Moderne deutsche Strafrechtsdenker*, hrsg. von *T. Vormbaum*, Berlin/Heidelberg, 2011, 211, 212.

⁶² Vgl. *Kunz* (Fn. 60), § 24 Rn. 1 ff.; vgl. *K.-L. Kunz/T. Singelnstein*, Kriminologie, 7. grundlegend überarbeitete Auflage, Bern, 2016, § 20 Rn. 1 ff.

⁶³ Vgl. *Stratenwerth* (Fn. 46), § 2 Rn. 15.

⁶⁴ *W. Hassemer*, Resozialisierung und Rechtsstaat, *Kriminologisches Journal* 1982, 161.

⁶⁵ *Platon*, Protagoras (380 v. Chr.).

⁶⁶ *C. Stooss*, Motive zu dem Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil, Basel/Genf, 1893, 88.

⁶⁷ Botschaft und Entwurf zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Änderung des Sanktionenrechts) vom 4. April 2012, BBI 2012, 4721; kritisch *F. Bommer*, Lauter Anfang – leises Ende. Zum revidierten Sanktionenrecht, in: *Hommage für Peter Gauch*, hrsg. von *J. Schmid*, Zürich, 2016, 27, 29 ff.; vgl. auch *ders.* Die Sanktionen im neuen AT [StGB](#) – ein Überblick, [recht 1 \(2007\) 3.](#)



um Kriminalität möglichst effektiv zu bekämpfen.⁶⁷ Mit einem kaum hinterfragten Eifer werden im Auftrag der Regierung entsprechend regelmässig Wirksamkeitsstudien der unterschiedlichen Strafarten durchgeführt.⁶⁸ Die Vorstellung, mittels Bestrafung Verbrechensprävention leisten zu können, war sowohl in Kontinentaleuropa als auch in England und den USA bis in die 1960er-Jahre dominant,⁶⁹ wurde aber ab den 1970er-Jahren insbesondere in den USA rechtspolitisch zunehmend infrage gestellt.⁷⁰ Die prinzipiellen Zweifel an der Wirksamkeit von Strafen als Mittel der Abschreckung und der Resozialisierung gingen einher mit einer Wiederbelebung der retributiven Theorien.⁷¹ Auch in der deutschsprachigen Strafrechtswissenschaft wurden Probleme im Zusammenhang mit der empirischen Überprüfbarkeit der präventiven Wirkung von Strafen zunehmend erkannt⁷² und in der kriminologischen Forschung darauf hingewiesen, dass sich soziale Phänomene wie Kriminalität nicht monokausal erklären lassen.⁷³ Anders als in der Literatur im angelsächsischen Raum blieb aber sowohl in der Vorstellung des Gesetzgebers⁷⁴ und des Bundesgerichtes⁷⁵ als auch in der deutschsprachigen Strafrechtslehre die Überzeugung dominant, dass mittels Strafe Verbrechen bekämpft werden können und dass dies notwendiger Bestandteil der Begründung der Bestrafung sein muss.⁷⁶ Allerdings werden präventive Straftheorien heute kaum mehr in Reinform vertreten, sondern mehrheitlich präventiv orientierte Vereinigungsmodelle favorisiert.⁷⁷

1. Die negative Generalprävention (Abschreckung)

a. Abschreckung durch Strafandrohung

Nach der Theorie der negativen Generalprävention wird die Strafe damit begründet, dass die Bürger in ihrer Gesamtheit durch die Strafe von der Begehung von Verbrechen abgehalten werden, die sie ohne die Strafe begehen würden; man spricht von Abschreckung oder von *general deterrence*.⁷⁸ Dabei kann grundsätzlich unterschieden werden zwischen der abschreckenden Wirkung der *Strafandrohung* einerseits und der abschreckenden Wirkung der *Verhängung* der Strafe andererseits.⁷⁹ Was die abschreckende Wirkung der Verhängung der Strafe angeht, ist eine entsprechende Annahme bereits deshalb wenig plausibel, weil in modernen Gesellschaften, in denen es keine Schauprozesse gibt, die meisten Menschen abgesehen von den wenigen spektakulären Fällen, die medial aufgearbeitet werden, gar nie von den Strafen erfahren, die dem Dieb X oder dem Betrüger Y auferlegt werden.⁸⁰ Wenn von «Abschreckung» die Rede ist, ist deshalb in der Regel Abschreckung durch *Strafandrohung* gemeint.

Die Vorstellung, die Androhung von Strafe wirke abschreckend, ist weit verbreitet und wird oft in kriminalpolitischen Debatten vorgebracht. Entsprechend argumentierte etwa der Bundesrat zur Wiedereinführung der kurzen Freiheitsstrafe in der jüngsten Revision des Sanktionenrechts:

⁶⁸ Vgl. Evaluation der Wirksamkeit des revidierten Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches. Zwischenbericht vom 23. Dezember 2010; Evaluation der Wirksamkeit des revidierten Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches. Schlussbericht vom 30. März 2012 (PDF, 2.30 MB); Evaluation der Wirksamkeit des neuen Jugendstrafgesetzes. Schlussbericht vom 8. Mai 2012 (PDF, 2.87 MB); Neues Sanktionenrecht und strafrechtlicher Rückfall. Erste Analysen des Bundesamtes für Statistik vom 8. November 2011; allesamt abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/gesetzgebung/sanktionensystem.html>

⁶⁹ Vgl. von Hirsch (Fn. 21), 3.

⁷⁰ Vgl. insb. R. Martinson, What works? —questions and answers about prison reform, *The Public Interest* 1 (1974) 22; dazu F.A. Allen, The decline of the rehabilitative ideal, *Penal policy and social purpose*, New Haven, 1981.

⁷¹ Vgl. A. von Hirsch, *Doing justice, The choice of punishments*, New York, 1976; von Hirsch (Fn. 21), chs.3–5; von Hirsch/Ashworth (Fn. 6), chs. 1, 2, 5, 6 & 9.

⁷² Vgl. Kunz/Singelstein (Fn. 62), § 20 Rn. 9 ff., 25 ff.; vgl. auch überblicksartig C. Schwarzenegger/M. Hug/D. Jositsch, *Strafrecht*, 8. Aufl., Zürich, Basel, Genf, 2007, 16 f.

⁷³ Vgl. umfassend Kunz/Singelstein (Fn. 62).

⁷⁴ Vgl. Botschaft und Entwurf zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Änderung des Sanktionenrechts) vom 4. April 2012, BBl 2012, 4726 ff.

⁷⁵ Vgl. Vgl. [BGE 118 IV 337, 340, E. 2c; 134 IV 1, 12, E. 5.4.1.](#)

⁷⁶ Vgl. Neumann/Hassemer (Fn. 3), Rn. 274.

⁷⁷ Vgl. unten, C.IV.4.

⁷⁸ Vgl. nur Hoerster (Fn. 20), 66 ff.; Zedner (Fn. 6), 90 ff.

⁷⁹ Vgl. Hoerster (Fn. 20), 67 ff.; T. Vormbaum, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg, 2011, 45; Zedner (Fn. 6), 90; Ashworth (Fn. 1), 84.

⁸⁰ Vgl. Bommer (Fn. 45), Rn. 55 m.w.H.



«Kurze Freiheitsstrafen vermögen gewisse Täter besser vor weiterer Delinquenz abzuhalten als Geldstrafen.»⁸¹

Ebenso hält der europäische Gerichtshof für Menschenrechte in ständiger Rechtsprechung

recht 2016 S. 157, 164

fest, dass bei der Sexualdelinquenz so fundamentale Werte des Individuums infrage stünden, dass zum Schutz potenzieller Opfer effektive Abschreckung notwendig sei, was nur durch strafrechtliche Übelsandrohung erreicht werden könnte:

«Positive obligations on the State are inherent in the right to effective respect for private life under Article 8 (...) effective deterrence against grave acts such as rape, where fundamental values and essential aspects of private life are at stake, requires efficient criminal-law provisions. Children and other vulnerable individuals, in particular, are entitled to effective protection.»⁸²

b. Intuitive Plausibilität vs. empirische Überprüfbarkeit und gerechtes Strafen

Eine Abschreckungstheorie im Sinne der Androhungsprävention geht von der Annahme aus, dass Bürger ihr Verhalten nach der Strafandrohung richten und dass insbesondere eine andere oder eine härtere Strafandrohung dazu führt, dass ein entsprechendes Delikt weniger begangen wird. Diese Annahme mag intuitiv plausibel sein, bisher konnten aber keine Studien belegen, dass zwischen der angedrohten Sanktionshärte und der Häufigkeit der Begehung von Straftaten *generell* eine direkte Korrelation besteht; vielmehr geht die empirische Forschung jedenfalls im unteren und mittleren Deliktsbereich von einer «Austauschbarkeit von Sanktionen» aus.⁸³ Ebenso konnte für spezifische Straftaten, nämlich Trunkenheit am Steuer, nachgewiesen werden, dass nicht die Höhe der Strafe, sondern die Wahrscheinlichkeit, erwischt zu werden, einen wesentlichen Einfluss auf den Tatentschluss ausübt.⁸⁴ Insgesamt dürfte es äusserst schwierig sein, entsprechende Daten zu erheben, weil zunächst eine überzeugende Definition von «Abschreckung» – im Sinne einer Angst vor Bestrafung – gefunden werden müsste und sodann entsprechende Kausalitäten bei der normkonformen Bevölkerung nachgewiesen werden müssten. Es müsste dargelegt werden, dass der Durchschnittsbürger über die Strafandrohung informiert ist, eine entsprechende Abwägung trifft und aufgrund der Angst vor Bestrafung von einem Delikt absieht. Ein solcher Nachweis dürfte in den wenigsten Fällen gelingen. Methodisch dürfte es kaum zu bewerkstelligen sein, detailliertes Wissen über Überzeugungen und gedankliche Abwägungsprozesse von potenziellen Straftätern (also der normkonformen Bevölkerung) zu generieren.⁸⁵ Oftmals werden es sodann andere Faktoren als die Strafandrohung wie zum Beispiel moralische Skrupel sein, die Menschen davon abhalten, Straftaten zu begehen. Auch wenn es intuitiv plausibel erscheint, dass zwischen der Strafandrohung und der Delinquenz ein direkter Zusammenhang besteht, kann diese Annahme demnach bei genauerer Betrachtung empirisch nicht erhärtet werden.⁸⁶

⁸¹ Botschaft und Entwurf zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Änderung des Sanktionenrechts) vom 4. April 2012, BBl 2012, 4721, 4735, 4742; vgl. auch erläuternder Bericht des Bundesrates zum Bundesgesetz über Harmonisierung der Strafrahmen im StGB, Militärstrafgesetzbuch und Nebenstrafrecht, 65, mit Verweis auf das internationale Recht, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/strafrahmenharmonisierung/vn-ber-d.pdf>

⁸² *M.C. v Bulgaria* App. No. 39272/98 (4 December 2003), § 150; vgl. auch *X and Y v the Niederlande* App. No. 8978/80 (26 March 1985), § 27.

⁸³ Vgl. *Kunz/Singelstein* (Fn. 62), § 20 Rn. 9 ff.; *K.-L. Kunz/C. Besozzi*, Kurze Freiheitsstrafen und ihr Ersatz – eine Revision der Revision?, in: Festschrift für Wolfgang Heinz, Zum 70. Geburtstag. hrsg. von *E. Hilgendorf*, Baden-Baden, 2012, 580, 582 ff.; *Bommer* (Fn. 67), 44; *G. Spiess*, Wenn nicht mehr, wenn nicht härtere Strafen – was dann? Die Modernisierung des deutschen Sanktionensystems und die Befunde der Sanktions- und Rückfallforschung, *Soziale Probleme* 1 (2013) 87, 98; vgl. sodann *Ashworth* (Fn. 1), 84 f. differenzierend je nach Deliktstypus mit Hinweis auf entsprechende Studien.

⁸⁴ Vgl. *Ashworth* (Fn. 1), 85 m.w.H.

⁸⁵ Vgl. *K.-L. Kunz*, Zu den Problemen der Wirksamkeitserwartung von Recht, in: *Interdisziplinäre Rechtsforschung zwischen Rechtswirklichkeit, Rechtsanalyse und Rechtsgestaltung*, Beiträge zum Kongress «Wie wirkt Recht?» Luzern, 2008. hrsg. von *J. Estermann*, Beckenried, 2009, 130 ff.

⁸⁶ Vgl. *Ashworth* (Fn. 1), 88.



Doch selbst wenn der empirische Beweis der Wirksamkeit der Androhungsprävention erbracht werden könnte, ist die Abschreckungstheorie problematisch, weil sie, für sich allein, keinen Schutz vor ungerechter Bestrafung bietet.⁸⁷ Zum einen schützt die Abschreckung nicht vor der Bestrafung des Unschuldigen; vielmehr kann dieser bestraft werden, wenn dadurch Verbrechenprävention geleistet werden kann. Sodann können Schuldige übermässig bestraft werden, um dadurch ein Exempel zu statuieren.⁸⁸ Schliesslich gäbe es keinen Grund, den Schuldigen zu bestrafen, sofern Abschreckung auch anderweitig erreicht werden kann. Könnte der Staat zum Beispiel vortäuschen, dass Chuck (welcher Lucy vergewaltigt hat) bestraft worden wäre, gäbe es aus Gründen der Abschreckung nichts dagegen einzuwenden, dass Chuck in Wirklichkeit nicht bestraft wurde, sondern auf einer fernen Insel sitzt und zufrieden Strand und Meer geniesst. Auch mit einer vorgetäuschten Strafe würden potenzielle Straftäter (möglicherweise) abgeschreckt und der Bevölkerung signalisiert, dass Gewaltdelikte nicht geduldet würden.⁸⁹ Es wird also grundsätzlich nicht aus intrinsischen Gründen der Gerechtigkeit bestraft, sondern allein gestützt auf Zweckmässigkeitsüberlegungen.

c. Abschreckung als allgemeines Wissen um «law and order»

Die Unzulänglichkeiten der negativen Generalprävention bedeuten aber nicht, dass dem Abschreckungsgedanken die Berechtigung im Gefüge der Rechtfertigung von Strafe gänzlich versagt werden muss. Es erscheint nämlich plausibel, anzunehmen, dass das allgemeine Wissen um «*law and order*»,

recht 2016 S. 157, 165

das heisst um ein funktionierendes Kriminaljustizsystem mit seinen unterschiedlichen Institutionen und Akteuren, verbrechenshindernd wirkt.⁹⁰ Wo es wirklich der Strafe bedarf, um Menschen vor Straftaten abzuschrecken, reicht die Tatsache, dass eine angedrohte Rechtseinbusse *überhaupt* fühlbar besteht.⁹¹ Abschreckend ist dann aber nicht die Strafandrohung mit einer Strafe von einer bestimmten Art und Höhe, sondern das Wissen darum, dass das verbotene Verhalten ein gewisses (tatproportionales) Übel verursacht, wozu neben der Strafandrohung auch das Wissen um eine funktionierende Strafverfolgung, Verurteilung und Vollstreckung gehört.⁹² Wer sich nicht von einer tatproportionalen Strafe abschrecken lässt, wird in der Regel auch nicht durch die blossе Drohung mit einer höheren Strafe abgeschreckt werden.⁹³ Im Unterschied zur Straftheorie der Abschreckung, die besagt, dass aufgrund einer *bestimmten* Strafhärte Menschen von der Begehung von Straftaten abgeschreckt werden, ist die Annahme, dass das Wissen um ein funktionierendes Kriminaljustizsystem mit *fühlbaren* Strafen abschreckend wirkt, wesentlich bescheidener.

2. Die positive Generalprävention

Die positive Generalprävention wird insbesondere in Deutschland in unterschiedlicher Ausprägung vertreten und mitunter als die «reifste der zeitgenössischen Strafzielbestimmungen»⁹⁴ angesehen. In der Schweiz finden sich hierzu zum Teil Hinweise;⁹⁵ im angelsächsischen Raum wird diese Straftheorie dagegen praktisch nicht diskutiert.⁹⁶ Allgemein geht sie von der Annahme aus, dass mittels Bestrafung des Einzelnen die Bürger über ihre Rechtspflichten in Kenntnis gesetzt werden und das Vertrauen in die Strafnormen gestärkt werden.⁹⁷ Das Normvertrauen wird gestärkt, indem der strafende Staat den Bürgern klar macht, dass Verletzungen von grundlegenden Normen des Zusammenlebens nicht geduldet werden. Umgekehrt

⁸⁷ Vgl. Zedner (Fn. 6), 93; Ashworth (Fn. 1), 85.

⁸⁸ Vgl. Ashworth (Fn. 1), 86 mit Beispielen.

⁸⁹ Vgl. Moore (Fn. 24).

⁹⁰ Vgl. nur Ashworth (Fn. 1), 76.

⁹¹ Vgl. Frisch (Fn. 12), 399.

⁹² Für Studien, die nachgewiesen haben, dass es während Polizeistreiks zu vermehrter Kriminalität kam, vgl. Ashworth (Fn. 1), 76 m.w.H.

⁹³ Vgl. Frisch (Fn. 12), 399 m.w.H.

⁹⁴ Neumann/Hassemer (Fn. 3) Rn. 288.

⁹⁵ Vgl. Stratenwerth (Fn. 46), § 2 Rn. 23; Seelmann/Geth (Fn. 15), 26 Rn. 68 f.; Kunz/Singelstein (Fn. 62), § 20 Rn. 6 ff.; Niggli/Maeder (Fn. 27), 454; ausführlich T. Frischknecht, «Kultureller Rabatt», Überlegungen zu Strafausschluss und Strafermässigung bei kultureller Differenz, 1. Aufl., Bern, Stuttgart, Wien, 2009, 152–220.

⁹⁶ Vgl. aber die Beiträge in B. Schünemann/A. von Hirsch/N. Jareborg/A. Ashworth (Hrsg.), Positive Generalprävention, Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog: Uppsala-Symposium 1996, Heidelberg, 1998.

⁹⁷ Vgl. C. Roxin, Strafrecht – Allgemeiner Teil, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, Bd. 1, 4. Aufl., München, 2006, § 3 Rn. 27.

würde das Normvertrauen unterminiert, wenn eine Straftat, von der die Behörden Kenntnis haben, nicht geahndet würde. Es sollen also nicht potenzielle Straftäter angesprochen und von der Straftat abgehalten werden, sondern es soll mit der Grosszahl der Bürger kommuniziert werden, die sich rechtstreu verhalten.⁹⁸

Die Kritik an dieser Straftheorie ist einfach: Sie baut auf einem vermeintlichen empirischen Faktum auf (Bürger werden in ihrem Normvertrauen gestärkt), welcher auf blossen Plausibilitätsannahmen beruht. Inwiefern das Normvertrauen durch ein Strafübel gestärkt wird, und dadurch Verbrechenverhinderung betrieben wird, bleibt unklar. Es bräuchte eine identische Parallelwelt, in der Straftaten nicht geahndet würden, um einen entsprechenden Beweis zu erbringen;⁹⁹ selbst dann wäre die Kausalität von unterlassener Strafahndung, fehlendem Normvertrauen und gesteigerter Kriminalität fraglich. Damit hängt die Rechtfertigung der Strafe aber insgesamt in der Luft.

Diese Kritik wurde von einem Teil der Lehre dahingehend entschärft, dass die kommunikative Funktion der Strafe hervorgehoben wird. Dieser wird normstabilisierende Wirkung zugeschrieben, ohne den Anspruch zu haben, dass diese psychologischen Wirkungen empirisch überprüfbar sind.¹⁰⁰ Eine solche Interpretation rückt die positive Generalprävention in die Nähe der expressiven normstabilisierenden Straftheorien.¹⁰¹ Die Aussage ist dann nicht, dass es konkret Strafe zur Verhinderung konkreter Straftaten braucht, sondern viel abstrakter: Strafe braucht es zur Aufrechterhaltung einer rechtlichen Ordnung. Freilich ist dies nicht nur Sinn der Strafe, sondern von staatlichem Zwang überhaupt.¹⁰²

3. Spezialpräventive Positionen

In einer spezialpräventiven Straftheorie wird die Strafe damit begründet, dass der Einzelne durch die Strafe von der Begehung von Verbrechen abgehalten werden soll, die er ohne die Strafe begehen würde. Die unmittelbare verbrechenverhindernde Wirkung der Bestrafung eines konkreten Individuums kann auf unterschiedliche Weise erreicht werden: Erstens durch Sicherung (*incapacitation*), zweitens durch individuelle Abschreckung

recht 2016 S. 157, 166

(*individual deterrence*), drittens durch therapeutische Intervention, früher unter dem Stichwort der «Besserung» diskutiert, heute als «Resozialisierung» (*rehabilitation*) umschrieben.¹⁰³

Die Spezialprävention hat im Unterschied zur Generalprävention die Täterpersönlichkeit im Blick: Eine sinnvolle Sanktionierung knüpft nicht am Schuldvorwurf an, weil es nicht darum geht, ein begangenes Unrecht aufzuarbeiten, sondern fokussiert auf die «Defekte» des konkreten Straftäters, um ihn von weiteren Straftaten abzuhalten.¹⁰⁴ Hierbei wird oft ausgehend von einem deterministischen Menschenbild straffälliges Verhalten nicht als willensfreier Akt begriffen, sondern als Produkt von Erbanlage und Umwelteinflüssen. Bereits in den bahnbrechenden Schriften des Arztes und Psychiaters *Cesare Lombroso*,¹⁰⁵ finden sich eine Reihe von medizinischen Erklärungsansätzen von Kriminalität, von Hirnanomalien über erbliche und hormonelle Faktoren bis hin zu Persönlichkeitsstörungen.¹⁰⁶ *Lombroso* entwickelte Kategorisierungen vermeintlich gefährlicher Täter- und Menschentypen; ein Gedankengut, welches *Franz von Liszt* aufgegriffen hat und damit Straftäter in drei unterschiedliche Kategorien einteilte: Den normalen Verbrecher, der besserungsbedürftig und besserungsfähig ist; den Gelegenheitsverbrecher, der eine so positive Prognose hat, dass er überhaupt nicht bestraft werden muss; und den Gewohnheitsverbrecher, der unverbesserlich ist. Diese Täterttypologien wurden mit den drei Strafzielen verknüpft: Besserung der normalen Verbrecher; Abschreckung der Gelegenheitsverbrecher und Sicherung (Unschädlichmachung) der

⁹⁸ Vgl. *Hörnle* (Fn. 1), 25.

⁹⁹ Vgl. auch *Niggli/Maeder* (Fn. 27), 448.

¹⁰⁰ Vgl. *G. Jakobs*, Zur gegenwärtigen Straftheorie, in: Strafe muss sein! Muss Strafe sein?, Philosophen, Juristen, Pädagogen im Gespräch, hrsg. von *K.-M. Kodalle*, Würzburg, 1998, 29, 39 f.; vgl. auch *W. Frisch*, Schwächen und berechnete Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention, in: Positive Generalprävention, Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog:Uppsala-Symposium 1996, hrsg. von *B. Schünemann/A. von Hirsch/N. Jareborg/A. Ashworth*, Heidelberg, 1998, 139 ff.; für die Schweiz *Niggli/Maeder* (Fn. 27), 454.

¹⁰¹ Vgl. *Hörnle* (Fn. 1), 31.

¹⁰² Vgl. auch *Stratenwerth* (Fn. 46), § 2 Rn. 24.

¹⁰³ Vgl. *Hörnle* (Fn. 1), 20; *Hoerster* (Fn. 20), 53 ff.; *Zedner* (Fn. 6), 93 ff.

¹⁰⁴ Vgl. *Vormbaum* (Fn. 79), 133 ff.; *Schwarzenegger/Hug/Jositsch* (Fn. 72), 12.

¹⁰⁵ Vgl. «L'uomo delinquente» erschien erstmals 1897, vgl. dazu *Vormbaum* (Fn. 79), 134.

¹⁰⁶ Vgl. die Hinweise bei *J. Bung*, Zur Einführung in das Problem der Sicherungsverwahrung, Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik 7–8 (2013) 359 f.; *Vormbaum* (Fn. 79), 125 ff.

Gewohnheitsverbrecher.¹⁰⁷ Art und Mass der Strafe sollen sich dann nach der Prognose von Experten über das künftige Verhalten des Straftäters richten.

a. Individuelle Abschreckung

Die Begründung von Strafe zwecks individueller Abschreckung geht von der Annahme aus, dass mit der erstmaligen Bestrafung ein Täter vor weiteren Straftaten abgeschreckt werden kann. Dafür muss sich das Gericht mit dem Charakter, den Tatumständen und der Straftat selbst auseinandersetzen. Wird der Straftäter rückfällig, soll das Strafübel zwecks weiterer Abschreckung verstärkt werden.¹⁰⁸

Ausdruck einer spezialpräventiven Bestrafung zwecks Abschreckung sind insbesondere die in den 1990er-Jahren zunächst in den USA,¹⁰⁹ später auch in England eingeführten «two-» bzw. «three-strikes» Regeln.¹¹⁰ Danach führt eine wiederholte Verurteilung zu einer schärferen Strafe, die nicht mehr tatangemessen ist. In bestimmten US-Bundesstaaten soll gegen einen Straftäter, der bereits zwei Mal wegen eines Verbrechens verurteilt worden ist, bei der dritten Verurteilung automatisch eine lebenslange Haftstrafe ausgesprochen werden. Mit der Strafandrohung «beim dritten Mal bist Du weg» soll – ganz in der Tradition von Liszts – die Möglichkeit geschaffen werden, die «Unbelehrbaren» für längere Zeit wegzusperren. Damit soll sodann nicht nur der Einzelne wirksam abgeschreckt werden, sondern derjenige, der sich nicht abschrecken lässt, dauerhaft gesichert bzw. unschädlich gemacht werden.

Das schweizerische Strafgesetzbuch kennt keine entsprechende kaskadenartige Bestrafung; der Rückfall wird aber auch nach der Streichung der obligatorischen Rückfallverschärfung durch die Revision des Sanktionenrechts von 2007 noch immer als straf erhöhend angesehen.¹¹¹ Eine gesetzlich vorgesehene Strafverschärfung bei Rückfall findet sich sodann in anderen Erlassen, zum Beispiel bei den Strafbestimmungen des Strassenverkehrsgesetzes.¹¹² Überlegungen der individuellen Abschreckung begründen des Weiteren das Institut der bedingten Strafe: Der Vollzug einer Geldstrafe, gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe bis zwei Jahren soll aufgeschoben werden, «wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten» ([Art. 42 StGB](#)). Kriminalpolitische Argumentationen, die auf der Idee der individuellen Abschreckung gründen, finden sich auch im künftigen Sanktionenrecht. So soll eine bedingte Freiheitsstrafe (und nicht eine bedingte Geldstrafe) ausgesprochen werden, wenn es darum geht, «den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhal-

recht 2016 S. 157, 167

ten», und davon ausgegangen werden muss, dass eine Geldstrafe nicht genügend abschreckend wirkt (Art. 41 Abs. 1 lit. a nStGB).¹¹³

Es gibt jedoch bis heute keine verlässlichen Untersuchungen, die aufzeigen, dass schärfere Strafen den Einzelnen vor wiederholten Taten wirksam abschrecken. Dagegen konnte gezeigt werden, dass längere Freiheitsstrafen zu weniger Verurteilungen führen.¹¹⁴ Es erscheint mithin überaus zweifelhaft, sichere Kausalitäten zwischen Strafandrohung und Delinquenz ausmachen zu wollen: Wir wissen eben kaum, ob der ehemalige Straffällige nicht rückfällig wird, weil die Strafandrohung sehr hoch ist oder aus einem anderen Grund, oder ob er zwar straffällig geworden ist, aber nicht erwischt wurde.¹¹⁵ Ebenso greift auch hier der Gerechtigkeitseinwand: Zum einen erscheint es ungerecht, jemanden mit Blick auf die begangene Straftat

¹⁰⁷ Vgl. *Franz von Liszt*, (Fn. 61), 217.

¹⁰⁸ Vgl. *Ashworth* (Fn. 1), 83.

¹⁰⁹ Vgl. *A. Köstler-Loewe*, *Strafrecht US-Style: «three strikes and you're out!»*, Baseball, Rückfall und Kriminalpolitik?, Frankfurt a.M., 2008.

¹¹⁰ Vgl. *Zedner* (Fn. 6), 94.

¹¹¹ Vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, BBl 1999, 1979, 2060; *H. Wiprächtiger/S. Keller*, Kommentar zu Art. 47, in: *Basler Kommentar Strafrecht I, Art. 1–110 StGB*, JStGB, 3. Aufl. hrsg. von *M.A. Niggli/H. Wiprächtiger*, Basel, 2013, Rn. 121.

¹¹² Vgl. [Art. 16 SVG](#); dazu *A. Coninx*, Zwangsmassnahmen zwischen Verwaltungsrecht und Strafrecht. Verwaltungsrechtliche Übelzufügung und präventive Gefahrenabwehr am Beispiel des Führerausweisentzuges, *Sicherheit & Recht* 3 (2014) 183, 187 f.

¹¹³ Vgl. dazu *Bommer* (Fn. 67), 36.

¹¹⁴ Vgl. *Ashworth* (Fn. 1), 83 m.w.H. auf Metastudien.

¹¹⁵ Vgl. *Zedner* (Fn. 6), 94.

übermässig zu bestrafen (es sei denn, die wiederholte Tat wird auch als verstärktes Unrecht bewertet);¹¹⁶ zum anderen kommt es zu ungleichen Bestrafungen für dieselben Delikte.

b. Sicherung

Eine weitere mögliche spezialpräventive Begründung der Strafe lautet, dass der Straftäter bestraft werden soll, damit er zumindest während der Zeit des Weggesperrtseins keine weiteren Straftaten begehen kann. Diese Strafbegründung wird vor allem mit Blick auf angeblich unverbesserliche und gefährliche Straftäter vorgebracht.¹¹⁷ Dabei wird angenommen, dass man gefährliche Straftäter identifizieren kann und dass es ihre negative Legalprognose rechtfertigt, sie zu inhaftieren, um die Bevölkerung zu schützen. Bereits in der Straftheorie von Liszts nahm dabei die zeitlich unbeschränkte, mitunter lebenslange Internierung von sogenannten «Gewohnheitsverbrechern» eine Schlüsselrolle ein.¹¹⁸

Die Begründung der Strafe aufgrund und nach Massgabe der Gefährlichkeit des Straftäters konnte sich im schweizerischen Strafrecht allerdings nicht durchsetzen. Diese Form der Strafbegründung ist auf die Freiheitsstrafe zugeschnitten, die im schweizerischen Sanktionenrecht – etwa im Unterschied zu den USA¹¹⁹ – in quantitativer Hinsicht die Ausnahme darstellt. In weniger als einem Zehntel der Fälle verhängen Gerichte hierzulande eine unbedingt zu vollziehende, freiheitsentziehende Sanktion.¹²⁰ Auch sieht das neue Sanktionenrecht ab 1. Januar 2018 vor, dass ein Vorrang der Geldstrafe gegenüber der Freiheitsstrafe bestehen soll (Art. 41 nStGB).¹²¹ Jedoch hat die Vorstellung des Wegsperrens des «dauerhaft gefährlichen Täters»¹²² den Weg für freiheitsentziehende Massnahmen (Verwahrung, stationäre Massnahme) bereitet; darauf wird im letzten Kapitel ausführlich eingegangen.

c. «Besserung» oder «Resozialisierung»

Die dritte spezialpräventive Begründung von Strafe lautet, dass bestraft werden soll, um den Straftäter zu bessern oder zu resozialisieren. Der Begriff der «Resozialisierung» verweist auf die in Europa und den USA insbesondere in den 1960er-Jahren vorherrschende Vorstellung moderner Strafrechtsschulen, dass kriminelles Verhalten auf eine krankheitsähnliche Fehlentwicklung zurückzuführen ist und durch therapeutische Massnahmen beseitigt werden kann.¹²³ Die Rechtfertigung des belastenden Eingriffes gelingt, weil dieser letztlich im Interesse des Betroffenen liegt. Das Resozialisierungskonzept «nimmt dem strafenden Staat das Odium des Kerkermeisters und teilt ihm die Würde des Arztes mit».¹²⁴

Auch diese Strafbegründung ist allerdings auf die Freiheitsstrafe zugeschnitten und bietet damit von vornherein nur für die Bestrafung eines kleinen Teils der Straftäter in der Schweiz eine Rechtfertigungsgrundlage. Sieht man davon ab, hat sich das Resozialisierungskonzept in der schweizerischen Strafrechtslehre durchsetzen können, allerdings – und das ist wichtig – nicht auf der Ebene der Strafbegründung, sondern im Sinne eines Vollzugsauftrags, das heisst der Frage, wie wir bestrafen (vgl. [Art. 75 StGB](#)).¹²⁵ Je nach individuellen Defiziten und Potenzialen wird einerseits versucht, durch «*social training*» den Strafgefangenen dazu zu befähigen, sozialadäquat zu handeln, was insbesondere auch persönliche Leistungen voraussetzt.¹²⁶ Andererseits wird – sofern im Rahmen einer Strafanstalt überhaupt sinnvoll möglich – therapeutische Hilfe angeboten.¹²⁷

¹¹⁶ Vgl. S. Morse, Protecting Liberty and Autonomy: Desert/Disease Jurisprudence, San Diego Law Review 2011 1077, 1087 ff.

¹¹⁷ Vgl. A.E. Bottoms/R. Brownsword, Incapacitation and «Vivid Danger», in: Principled sentencing, Readings on theory and policy. hrsg. von A. von Hirsch/A. Ashworth/J.V. Roberts, Oxford, 2009, 83 f.

¹¹⁸ Vgl. Bung (Fn. 106), 360.

¹¹⁹ Vgl. L. Zedner, Penal subversions: When is a punishment not punishment, who decides and on what grounds?, Theoretical Criminology 1 (2016) 3, 5.

¹²⁰ Vgl. A. Baechtold/J. Weber/U. Hostettler, Strafvollzug, Straf- und Massnahmenvollzug an Erwachsenen in der Schweiz, 3. Aufl., Bern, 2016, 5.

¹²¹ Vgl. Bommer (Fn. 67), 42 ff.

¹²² K. Drenkhahn/C. Morgenstern, Dabei soll es uns auf den Namen nicht ankommen – Der Streit um die Sicherungsverwahrung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1 (2012) 132, 201.

¹²³ Vgl. Stratenwerth (Fn. 46), § 2 Rn. 17; Ashworth (Fn. 1), 91.

¹²⁴ Hassemer (Fn. 64), 162.

¹²⁵ Vgl. Baechtold/Weber/Hostettler (Fn. 120), 7, 32 ff.

¹²⁶ Vgl. Baechtold/Weber/Hostettler (Fn. 120), 35.

¹²⁷ Vgl. Baechtold/Weber/Hostettler (Fn. 120), 36.

Die Frage nach der Ausgestaltung und den Möglichkeiten des Strafvollzugs ist freilich eine ganz andere als diejenige nach der Begründung von Strafe. So ist es möglich, eine Strafe vergeltungstheoretisch zu begründen (Chuck soll bestraft werden, weil er Lucy vergewaltigt hat), den Vollzug aber so auszugestalten, dass dieser möglichst wenig negative Auswirkungen auf das künftige Kriminalverhalten der Gefangenen hat, diesen also präventiv auszurichten. Wird Resozialisierung im Sinne eines *Vollzugauftrags* begriffen, stellt sich in rechtfertigungstheoretischer Hinsicht insbesondere die Frage, ob die versprochenen Wirkungen der im Strafvollzug behandelten Personen in einer Grössenordnung eintreten, die es rechtfertigen, ein kostenintensives Strafvollzugssystem aufrechtzuerhalten.¹²⁸ Begreift man Resozialisierung dagegen als Grund der Strafe, wird der Straftäter bestraft, *um* ihn zu resozialisieren. Das wiederum bedeutet, dass die Resozialisierungsbedürftigkeit über das «ob» der Strafe entscheidet und das Strafmass vom Behandlungserfolg abhängig gemacht wird.

Rechtfertigungstheoretisch problematisch ist zunächst, dass sich diese Straftheorie auf die Vorstellung stützt, dass es möglich sein soll, zuverlässige Prognosen über künftiges Legalverhalten zu erstellen. Diese Grundannahme steht im Widerspruch zum Forschungsstand der überwiegenden kriminologischen Forschung und der forensischen Bezugswissenschaften. Es besteht nämlich weitgehend Einigkeit, dass es nicht möglich ist, delinquentes Verhalten zuverlässig vorauszusagen, und dass die Gefahr, dass Personen zu Unrecht für gefährlich befunden werden (sogenannte «*false positives*») gerade im Bereich der schweren Gewaltkriminalität hoch ist.¹²⁹ Wenn aber die Legalprognose gar nicht hinreichend erbracht werden kann, verliert die Straftheorie der Resozialisierung ihr Fundament. Überdies ist freilich überaus zweifelhaft, ob Strafgefangene in ihrer Gesamtheit resozialisierungsbedürftig sind und ob es wünschenswert ist, mittels Therapien und sonstigen Methoden «resozialisierend» auf Menschen im Strafvollzug einzuwirken.¹³⁰ Die Motivation hierfür mag wohlwollend sein, getragen von der Überzeugung, dem Straftäter etwas Gutes zu tun.¹³¹ Das Resultat ist aber, dass der Straftäter eher als hilfebedürftiges Objekt angeschaut wird, denn als Subjekt mit Rechten.¹³²

Selbst wenn sich mit der nötigen wissenschaftlichen Exaktheit eine Legalprognose erstellen liesse, läuft die spezialpräventiv begründete Strafe sodann Gefahr, überbordend oder aber unzureichend zu sein.¹³³ Art und Mass der Strafe werden alleine gestützt auf den Resozialisierungserfolg bemessen, und entsprechend kann eine weitaus härtere oder eine weitaus mildere Strafe ausgesprochen werden als diejenige, die der begangenen Tat entspricht. So müsste bei einer konsequenten Anwendung der Theorie der notorische Ladendieb auf unbeschränkte Zeit so lange inhaftiert werden, bis er keine Gefahr mehr für die Gesellschaft darstellt. Auf der anderen Seite dürfte der Sexualstraftäter Chuck, der unmittelbar nach der Vergewaltigung von Lucy einen Unfall hat und seither keine sexuellen Triebe mehr verspürt, nicht bestraft werden, weil er keine Gefahr mehr für die Gesellschaft darstellt.

4. Vereinigungstheorien

Angesichts der Kritik, die sowohl Vergeltungstheorien als auch die präventiven Theorien erfahren haben, konnten sich keine der beiden Ansätze in Reinform durchsetzen. Stattdessen ist nach wie vor ein Grossteil der Lehre und Praxis darum bemüht, Vergeltung und Prävention nicht als unvereinbare Gegensätze darzustellen, sondern ausgewählte Teilaspekte herauszugreifen und die unterschiedlichen Begründungsansätze zu kombinieren.¹³⁴

Ein berühmter Versuch der Synthese wurde vom englischen Rechtsphilosophen *H.L.A. Hart* vertreten. *Hart* sagt, dass die Frage, *weshalb* wir bestrafen, mittels einer präventiv-utilitaristischen Theorie beantwortet werden soll (*general justifying aim of punishment*); so sei es zum Beispiel sehr gut möglich, zu bestrafen, um

¹²⁸ Einflussreich war insbesondere die Studie von *Martinson* (Fn. 70); vgl. für die Diskussion in der Schweiz die Ausführungen und weiter gehenden Hinweise bei *Baechtold/Weber/Hostettler* (Fn. 120), 40 ff.

¹²⁹ Vgl. *H.-J. Albrecht*, Kriminalprognosen – Entwicklungen und Stand der Forschung, in: Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag. hrsg. von *G. Freund/U. Murmann*, Berlin, 2013, 1063; *M. Gmür*, Die Gefährlichkeitsprognose, [Aktuelle Juristische Praxis 2004 1307](#); vgl. dagegen *F. Urbaniok*, Was sind das für Menschen – was können wir tun. Nachdenken über Straftäter, Bern, 2003, 265–266.

¹³⁰ Vgl. *Zedner* (Fn. 6), 97.

¹³¹ Vgl. auch *C. Lehner*, Nachträgliche Anordnung stationärer therapeutischer Massnahmen. Eine Auseinandersetzung mit [Art. 65 Abs. 1 StGB](#), Zürich, 2015, 2.

¹³² Vgl. *Ashworth* (Fn. 1), 92; *Hassemer* (Fn. 64), 164.

¹³³ Vgl. *Zedner* (Fn. 6), 98.

¹³⁴ Vgl. *Bommer* (Fn. 45), Rn. 59; *Hörnle* (Fn. 1), 4 f., 60; *Stratenwerth* (Fn. 46), 27 ff.; *Zedner* (Fn. 6), 108.



die Gesellschaft zu schützen. Die Frage dagegen, *wen* wir in *welchem Ausmass* bestrafen, soll nach Grundsätzen einer retributiven Theorie (*retribution in distribution*) entschieden werden.¹³⁵ Diese häufig vertretene Form der Vereinigungstheorie wird auch «vergeltende Vereinigungstheorie» genannt, im Unterschied zu einer «präventiven Vereinigungstheorie», die un-

recht 2016 S. 157, 169

terschiedliche präventive Aspekte zu verbinden versucht.¹³⁶

In einer so verstandenen Vereinigungstheorie, in der die Vergeltung nicht eine strafbarkeits**be**gründende, sondern bloss eine straf**begrenzende** Funktion hat, dürfte Chuck nicht bestraft werden, wenn eine tatproportionaler Bestrafung keine präventive Wirkung mehr entfaltet. Diese Konstellation könnte etwa gegeben sein, wenn Chuck infolge eines Unfalls keinen Sexualtrieb mehr verspürt, also keine Spezialprävention mehr nötig ist und niemand von der Vergewaltigung erfahren hat und demnach auch Generalprävention nicht sinnvoll geleistet werden kann. Wird der Vergeltungsgedanke auf die Funktion eines «Strafbegrenzungskriteriums» reduziert und bleibt nur die dritte Prämisse – die proportionale Bestrafung – übrig, wird der Kern der retributiven Theorie – ein Verbrecher muss für seine Straftat zwingend bestraft werden – aufgegeben.¹³⁷ Angesichts dessen kann man sich fragen, ob richtigerweise von einer «vergeltenden Vereinigungstheorie» gesprochen werden soll.

Was das Verhältnis der unterschiedlichen Strafzwecke angeht, war das Bundesgericht in seiner jüngeren Praxis darum bemüht, eine Prioritätenordnung vorzunehmen.¹³⁸ Dabei hält es in ständiger Rechtsprechung fest, dass das Strafrecht primär Verbrechensverhütung im Rahmen des Verschuldens und nicht Vergeltung bezwecke.¹³⁹ In der Tat hat der schweizerische Gesetzgeber das Sanktionenrecht an entscheidenden Stellen spezialpräventiv ausgestaltet. Dies zeigt sich besonders prominent am Instrument der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug: Nach Absitzen von zwei Dritteln der Strafe (mindestens drei Monate) ist der Strafgefangene bedingt zu entlassen, wenn keine Rückfallgefahr besteht (vgl. [Art. 86 Abs. 1 StGB](#)). Das Mass der schuldangemessenen Strafe kann also unterschritten werden, sofern dies aus präventiven Gründen vertretbar erscheint. Der Vorrang der Spezialprävention vor der Vergeltung zeigt sich sodann insbesondere bei der Möglichkeit, eine bedingte oder teilbedingte Strafe zu verhängen ([Art. 42 ff. StGB](#)).¹⁴⁰ Bis zu einer gewissen Schwere der Tat kann also auf das Strafübel – das heisst die fühlbaren Folgen der Strafe – ganz verzichtet werden.

Was das Verhältnis der präventiven Theorien untereinander angeht, hat sich das Bundesgericht für einen grundsätzlichen «Vorrang der Spezialprävention» gegenüber der Generalprävention ausgesprochen.¹⁴¹ In diesem Kontext hielt es fest, dass ein Vorrang der Generalprävention im Konfliktfall spezialpräventive Ziele gefährden könne, während umgekehrt die Wirkung der Generalprävention nur schwer messbar sei und die spezialpräventiven Bemühungen höchstens abschwächen könnten. Entsprechend würden etwa nur spezialpräventive und nicht generalpräventive Überlegungen ein Absehen von der *bedingten* Strafe rechtfertigen.¹⁴²

Abgesehen von diesen klaren Aussagen, bestehen auch viele Zweifel. So argumentierte das Bundesgericht verschiedentlich, dass Spezialprävention nur so weit gehen darf, wie dies aus generalpräventiven Gründen und aus Gründen der Rechtsgleichheit vertretbar erscheint.¹⁴³ Wie viel Strafe in welchen Fällen aber aus generalpräventiven Überlegungen notwendig ist und wo die Grenze der individualisierten Bestrafung verläuft, wird nicht abstrakt festgelegt. Vielmehr argumentiert das Bundesgericht:

¹³⁵ Vgl. *Herbert L.A. Hart*, *Punishment and responsibility*, Essays in the philosophy of law – with an introduction by John Gardner, Oxford, 2009.

¹³⁶ Vgl. *Spycher* (Fn. 4), 165.

¹³⁷ Vgl. *Neumann/Hassemer* (Fn. 3), Rn. 287.

¹³⁸ Vgl. *Bommer* (Fn. 45) Rn. 68.

¹³⁹ [BGE 118 IV 337, 340, E. 2c](#); [134 IV 1, 12, E. 5.4.1](#); *Stratenwerth* (Fn. 46), § 2 Rn. 32; *Schwarzenegger/Hug/Jositsch* (Fn. 72), 16.

¹⁴⁰ Vgl. auch *Bommer* (Fn. 45), Rn. 71 m.w.H.

¹⁴¹ [BGE 134 IV 1, 12, E. 5.4.1](#); vgl. auch bereits [BGE 118 IV 337, 340, E. 2c](#).

¹⁴² [BGE 134 IV 1, 14, E. 5.4.3](#).

¹⁴³ [BGE 120 IV 1, 4](#); [118 IV 342, 350 f.](#); [129 IV 161, 164](#); vgl. auch *Bommer* (Fn. 45) Rn. 70 f.; *Stratenwerth* (Fn. 46), § 2 Rn. 32.

«Die Strafzwecke bilden ein komplexes Verhältnis wechselseitiger Ergänzung, wobei je nach Sachzusammenhang das eine oder das andere Kriterium stärker hervortritt.»¹⁴⁴

Ähnlich äussert sich auch die Lehre:

«Bei einer Affekttötung kann es, anders als bei Wirtschaftsdelikten, nicht um die Abschreckung Dritter, bei der Verantwortung für einen Chemieunfall nicht, wie bei Serientätern, um Rückverhütung, beim Drogenhandel, nicht wie vielleicht bei einem Vermögensdelikt, um Täter-Opfer-Ausgleich gehen.»¹⁴⁵

Dabei zeigt sich, dass Vereinigungstheorien die Gefahr laufen, theoretisch und politisch unbestimmt zu bleiben.¹⁴⁶ Es ist am Gesetzgeber oder Richter je nach Einzelfall, die unterschiedlichen Straftheorien in ein vernünftiges Verhältnis zu bringen und einer Straftheorie den Vorzug zu geben. Die Möglichkeit einer Synthese von Strafzwecken mit unterschiedlichen Betonungen im Einzelfall wird deshalb zu Recht als «cafeteria-approach»¹⁴⁷ kritisiert, wonach Straftheorien wie Speisen auf einem Buffet behandelt werden, die man nach persönlichem Geschmack mit Blick auf den Einzelfall selber schöpfen kann. Die Folge davon ist Inkohärenz und Ungerechtigkeit.¹⁴⁸

recht 2016 S. 157, 170

D. Jenseits der Strafe: die freiheitsentziehenden Massnahmen

I. Bewertung gegenwärtiger Entwicklung auf der Grundlage theoretischer Erkenntnisse

Die vorangehende Untersuchung hat aufgezeigt, dass die Frage weshalb und in welchem Ausmass wir bestrafen, hierzulande überwiegend mit spezialpräventiven Ansätzen beantwortet wird. Die Durchschlagskraft des spezialpräventiven Gedankenguts im schweizerischen Sanktionenrecht wird insbesondere dann sichtbar, wenn man dieses vor dem Hintergrund des dualistischen Systems von Strafen und Massnahmen begreift. Zwar konnte sich eine *ausschliesslich* spezialpräventive Begründung der Strafe nie durchsetzen, da dies einer Abschaffung des Schuldstrafrechts gleichgekommen wäre. Die spezialpräventiven Ansätze konnten sich aber insbesondere und praktisch unbeschränkt unter dem Titel der freiheitsentziehenden Massnahme ausbreiten: Sehr lange Freiheitsentzüge werden nämlich nicht nur in Form der Freiheitsstrafe, sondern in Form der unbeschränkt verlängerbaren stationären Massnahme nach [Art. 59 StGB](#) und der ordentlichen sowie der lebenslänglichen Verwahrung vollzogen. Dieses Nebeneinander von Strafen und Massnahmen wirft grundlegende Fragen auf, die sowohl die nationalen Gerichte als auch den EGMR bis heute beschäftigen. Umstritten ist insbesondere, welche Rechte demjenigen, der von einer Massnahme betroffen ist, zustehen; dazu hat der EGMR unter dem Stichwort der «Engel-Doktrin» eine langjährige Praxis entwickelt.

II. «Dabei soll es uns auf den Namen nicht ankommen»

Einer der zentralen Grundsätze des schweizerischen Strafrechts lautet, dass die Schuld und nicht die Gefährlichkeit der eigentliche Anknüpfungspunkt der strafrechtlichen Zurechnung darstellt.¹⁴⁹ Ausgehend vom Verschulden soll die tatproportionale Strafe festgesetzt werden (vgl. [Art. 47 Abs. 1 StGB](#)).¹⁵⁰ Allerdings wird dieser Grundsatz angesichts der Möglichkeit der Auferlegung einer Massnahme nach [Art. 56 ff. StGB](#) erheblich relativiert. Strafrechtliche Massnahmen können zusätzlich zur Strafe auferlegt werden, wenn dies aus präventiven Gründen notwendig erscheint sowie die weiteren gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Dabei wird herkömmlicherweise zwischen therapeutischen Massnahmen (ambulante und stationäre

¹⁴⁴ [BGE 134 IV 1, 12, E. 5.4.1.](#)

¹⁴⁵ *Stratenwerth* (Fn. 46), § 2 Rn. 32; vgl. auch *Bommer* (Fn. 45), Rn. 59; *Schwarzenegger/Hug/Jositsch* (Fn. 72), 15; *Zedner* (Fn. 6), 85.

¹⁴⁶ Vgl. *Neumann/Hassemer* (Fn. 3), Rn. 286.

¹⁴⁷ *Andrew Ashworth*, *Sentencing and Criminal Justice*, 3. Auflage, London 2000, 62; vgl. auch *ders.* (Fn. 1), 111.

¹⁴⁸ Vgl. *Ashworth* (Fn. 1), 81; *Zedner*, 107.

¹⁴⁹ Vgl. *Stratenwerth* (Fn. 46), § 2 Rn. 28.

¹⁵⁰ Vgl. *Wiprächtiger/Keller* (Fn. 111), Rn. 11.

Massnahmen von psychischen Störungen sowie Suchtbehandlung und Massnahme an jungen Erwachsenen), der Verwahrung (ordentliche und lebenslängliche) und «anderen Massnahmen» (Friedensbürgschaft, Landesverweisung, Tätigkeitsverbot, Fahrverbot, Veröffentlichung eines Urteils und Einziehung) unterschieden.¹⁵¹

Zwar spielen die Massnahmen nach Strafgesetzbuch quantitativ nur eine untergeordnete Rolle. Bloss in etwas mehr als einem Prozent aller Strafurteile wird eine Massnahme auferlegt.¹⁵² Setzt man allerdings die therapeutischen Massnahmen und die Verwahrung in ein Verhältnis zu den unbedingt zu vollziehenden Freiheitsstrafen von mehr als sechs Monaten, so zeigt sich, dass 40 Prozent der Urteile mit Massnahmen verstärkt werden. Ungefähr 15 Prozent sind freiheitsentziehende Massnahmen auf unbeschränkte Zeit, also eine stationäre Massnahme oder eine Verwahrung.¹⁵³

Das Nebeneinander von Strafen und Massnahmen hat mitunter zur Folge, dass ein für gefährlich befundener Täter auf unbeschränkte Zeit weit über das Mass der schuldangemessenen Bestrafung hinaus inhaftiert werden kann. Sowohl für die Anordnung einer stationären Massnahme bei Vorhandensein einer psychischen Störung als auch für die Verwahrung sieht das Gesetz keine Höchstdauer vor.¹⁵⁴ Mit der Einführung der lebenslänglichen Verwahrung wurde das Recht der Verwahrung sodann wesentlich verschärft, insofern die minimale Möglichkeit, dass der Täter wieder freikommt, erst dann besteht, wenn wissenschaftliche Erkenntnisse vorliegen, die erwarten lassen, dass eine Person so behandelt werden kann, dass sie für die Öffentlichkeit keine Gefahr mehr darstellt (vgl. [Art. 64c Abs. 1 StGB](#)).¹⁵⁵

Wir können demnach etwas vereinfacht sagen, dass «Strafe» das ist, was als möglichst proportionale Reaktion auf eine bestimmte Tat zwecks Verbrechensbekämpfung erfolgt, und «Massnahme» all das, was zusätzlich aus spezialpräventiven Gründen als notwendig erachtet wird. Mass-

recht 2016 S. 157, 171

nahmen werden mit Ausnahme der Verwahrung vor der Strafe vollzogen (sog. vikariierendes System), wobei die Länge des Freiheitsentzugs auf die Strafe angerechnet wird;¹⁵⁶ die spezialpräventiv ausgerichteten Massnahmen können damit die Strafe teilweise oder ganz ersetzen bzw. über diese hinausgehen. Schliesslich zeichnet sich das Zusammenspiel von Strafen und Massnahmen durch eine grosse Flexibilität aus, insofern zwischen verschiedenen Arten von freiheitsbeschränkenden Sanktionen gewechselt werden kann. Diese Flexibilität gründet ebenfalls auf spezialpräventiven Überlegungen: So besteht die Möglichkeit, eine stationäre Massnahme oder eine Verwahrung nachträglich anzuordnen, wenn bei einem Verurteilten vor oder während des Vollzugs einer Freiheitsstrafe die Voraussetzungen dafür gegeben sind (vgl. [Art. 65 StGB](#)). Wird zum Beispiel ein Straftäter während der Zeit im Strafvollzug als gefährlich eingeschätzt, kann zusätzlich zur Freiheitsstrafe eine stationäre Massnahme verfügt werden (vgl. [Art. 65 Abs. 1 StGB](#)). Im Extremfall kann also eine ursprüngliche Verurteilung zu einer zeitlich begrenzten Freiheitsstrafe für ein Vergehen im Laufe der Zeit durch eine potenziell lebenslängliche Inhaftierung gestützt auf [Art. 59 StGB](#) ersetzt werden.¹⁵⁷ Gesetzlich vorgesehen ist auch, dass ein Reststrafenvollzug nach Aufhebung einer stationären therapeutischen Massnahme angeordnet wird ([Art. 62c Abs. 2 StGB](#)). Ebenso ist es möglich, dass das Gericht bei Aufhebung einer therapeutischen Massnahme an deren Stelle eine Verwahrung anordnet, wenn die ursprüngliche Massnahme wegen eines Deliktes verfügt wurde, die vom Straftatenkatalog der Verwahrung erfasst ist (vgl. [Art. 62c Abs. 4](#)).¹⁵⁸

¹⁵¹ Vgl. *Baechtold/Weber/Hostettler* (Fn. 120), 293; *G. Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2. Aufl., Bern, 2006, Kap. 2.

¹⁵² Vgl. *M. Simmler*, Sieben enttäuschte Hoffnungen?, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 134 (2016) 73, 91.

¹⁵³ Vgl. *Baechtold/Weber/Hostettler* (Fn. 120), Teil II, 9., Rn. 8.

¹⁵⁴ Vgl. [Art. 59 Abs. 4 StGB](#); 64a–64c [StGB](#).

¹⁵⁵ Vgl. *K.-L. Kunz*, Zum Problem der Umsetzung der Verfassungsbestimmung über die lebenslängliche Verwahrung extrem gefährlicher Straftäter (Art. 123a Bundesverfassung): eine Quadratur des Kreises, [Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht](#) 1 (2007) 96, 99; *K.-L. Kunz/G. Stratenwerth*, Zum Bericht der Arbeitsgruppe «Verwahrung», [Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht](#) 2005 2 ff.; *G. Seferovic*, Die Umsetzung der Verwahrungsinitiative – In zwei Schritten zur eingeschränkten Anwendbarkeit der lebenslänglichen Verwahrung, *Sicherheit & Recht* 2 (2014) 105, 112.

¹⁵⁶ Vgl. *M. Heer*, Kommentar Art. 57, in: *Basler Kommentar Strafrecht I*, [Art. 1–110 StGB](#), JStGB, 3. Aufl. hrsg. von *M.A. Niggli/H. Wiprächtiger*, Basel, 2013, Rn. 4.

¹⁵⁷ Vgl. *F. Riklin*, Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches: Fragen des Übergangsrechts, *Aktuelle Juristische Praxis* 12 (2006) 1471, 1482.

¹⁵⁸ Vgl. zu den unterschiedlichen Möglichkeiten, welche überdies auch im Bereich der ambulanten Massnahmen bestehen, *F. Bommer*, Nachträgliche Verwahrung als Revision zulasten des Verurteilten? Zur Revisibilität von Prognoseentscheidungen, in: *Festschrift für Franz Riklin*, hrsg. von *M.A. Niggli/J. Hurtado Pozo/N. Queloz*, Zürich, 2007, 55, 56 f.; *Lehner* (Fn. 131), 93 ff.

Den Vorrang der Prävention vor der schuldangemessenen Bestrafung machte *Carl Stooss* bereits bei der Ausarbeitung der Entwürfe des eidgenössischen Strafgesetzbuches Ende des 19. Jahrhunderts klar: «Wichtiger als die Vergeltung des begangenen Unrechts an den Übelthäter ist es für den Staat, dem Verbrechen vorzubeugen.» Zu diesem Zweck schlug er vor, den Strafrichter mit der Kompetenz auszustatten, einige Massnahmen «von vorwiegend polizeilichem Charakter» zu verhängen.¹⁵⁹ Die Vermutung liegt nahe, dass ein relativ einschränkendes und zurückhaltendes Strafkonzep, wie wir es heute kennen, dazu führte, dass parallel dazu ein Massnahmensystem etabliert wurde, das im Namen einer effektiven Verbrechensbekämpfung weitreichende Eingriffsbefugnisse vorsieht und das hinsichtlich der rechtstaatlichen Konturierung wesentlich tieferen Standards genügt.¹⁶⁰ Was nach dem Strafkonzep verboten war (Übelzufügung auf unbeschränkte Zeit und unabhängig von der Tatschwere), wurde nach dem Massnahmekonzep erlaubt. *Stooss* änderte zwar bezüglich der Frage, ob eine Verwahrung auf unbeschränkte Zeit angeordnet werden darf, mehrfach seine Meinung.¹⁶¹ Letztlich votierte er aber für eine zeitlich unbefristete Vollzugsdauer und verhalf damit einem Sanktionensystem zum Durchbruch, das in seinen Grundlagen demjenigen der Kriminalätiologie des *uomo delinquente* von *Lombroso* und *von Liszt* entsprach.¹⁶² Der schweizerische Gesetzgeber folgte ihm, sodass die Möglichkeit der zeitlich unbestimmten Inhaftierung zu spezialpräventiven Zwecken seit Inkrafttreten des eidgenössischen Strafgesetzbuches 1942 besteht. Die Umgehung der Begründungsproblematik der zeitlich unbefristeten Strafe mit der Schaffung der neuen Kategorie der zeitlich unbefristeten Massnahme hat *von Liszt* nicht ohne Häme festgestellt:

«Dabei soll es uns auf den Namen nicht ankommen, den man dem Kinde geben will. Das ist ja die lebenswürdige Seite in dem Verhalten unserer Gegner, dass sie zufrieden sind, wenn die altherwürdigen Etiketten geschont werden. In der ‹Be-straftung› des Gewohnheitsverbrechens darf das ‹Gleichmass zwischen Schuld und Sühne› nicht überschritten werden; aber gegen lebenslange oder doch sehr langwierige ‹Sicherungsmassregeln› nach verbüsster Strafe haben die Gegner nichts einzuwenden. Zwei Jahre Gefängnis gegen den unverbesserlichen Landstreicher gestattet die ‹vergeltende› Gerechtigkeit nicht; aber fünf Jahre des wesentlich empfindlicheren Arbeitshauses würden uns die Gegner wohl zugestehen. Lasst es uns also Sicherungsmassregel und Arbeitshaus nennen, lasst uns nehmen was wir bekommen.»¹⁶³

recht 2016 S. 157, 172

III. Das Fehlen einer Grundlegendiskussion zur Rechtfertigung von Massnahmen

Der Spott *von Liszts* ist auch heute noch aktuell, weil eine vertiefte Diskussion über die Rechtfertigung und die Grenzen von strafrechtlichen Massnahmen nach wie vor fehlt.¹⁶⁴ Dieser Mangel erstaunt insofern, als das Übel des Freiheitsentzugs bei der Strafe und der freiheitsentziehenden Massnahme identisch ist und aufgrund der zeitlichen Unbestimmtheit bei der Massnahme noch verstärkt wird. Das im Vergleich zur Strafe rechtfertigungstheoretische Defizit bei den freiheitsentziehenden Massnahmen beruht wohl auf der falschen Annahme, dass der strafende staatliche Eingriff einer besonderer Rechtfertigung bedarf, während die strafrechtlichen Massnahmen, bei denen es darum geht, die Allgemeinheit vor Straftaten zu schützen oder einen Straftäter zu heilen, weniger Schwierigkeiten bereiten. Nach wie vor ist die Vorstellung leitend, die Strafe stelle das schärfste Schwert der Rechtsordnung dar.¹⁶⁵ Das verlangte «Mehr» an Rechtfertigung bei der Strafe könnte daher rühren, dass nach verbreiteter Meinung der Tadel, der mitunter das Wesen der Strafe ausmachen soll, bei Massnahmen der Gefahrenabwehr fehlt. Typisch ist etwa folgende Aussage:

¹⁵⁹ *Stooss* (Fn. 66), 35 f.

¹⁶⁰ Vgl. *M. Mona*, Strafrechtliche Grundlagen der Vereinheitlichung des schweizerischen Strafrechts unter *Carl Stooss*: Die Wurzeln des Präventionismus, *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* 2013 21, 26 f.; vgl. auch *J. Kaspar*, Die Zukunft der Zweispurigkeit nach den Urteilen von Bundesverfassungsgericht und EGMR, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 3 (2015) 654, 659 f.

¹⁶¹ Vgl. *U. Germann*, Die späte Erfindung der Zweispurigkeit, *Carl Stooss* und die Entstehung der Zweispurigkeit von Strafen und Massnahmen im schweizerischen Strafrecht – eine historisch-kritische Perspektive, [Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht](#) 2 (2009) 152, 168 ff.

¹⁶² Vgl. *Bung* (Fn. 106), 359.

¹⁶³ *F. von Liszt*, Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe, in: *Moderne deutsche Strafrechtsdenker*, hrsg. von *T. Vormbaum*, Berlin, Heidelberg, 2011, 224, 236.

¹⁶⁴ Vgl. nur *W. Frisch*, Die Massregeln der Besserung und der Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2 (1990) 343 ff.

¹⁶⁵ Vgl. z.B. *Kaspar* (Fn. 33), 27 m.w.H.

«Mit dem Schuldspruch wird dem Täter «im Namen des Volkes» gesagt, dass sein Verhalten einen Tadel, eine Missbilligung verdient, weil er sich gegen elementare Regeln des zwischenmenschlichen Zusammenlebens vergangen hat. Damit bekommt die Sanktion «Strafe» eine über ihre rechtliche Qualität hinausweisende ethisch-moralische Qualität, die sie von anderen Sanktionen abhebt.»¹⁶⁶

Freilich kann auch die Anordnung einer Verwahrung oder einer stationären Massnahme als sozialetische Missbilligung interpretiert werden. Hier bildet das Verdikt «gefährlich» den Kern der Rechtfertigung, das nicht einen Vorwurf hinsichtlich einer Tat, sondern der Person des Täters selbst enthält. Hinsichtlich der sozialen Missbilligung steht dieses Verdikt dem Schuldspruch nicht kategorial nach.¹⁶⁷ Aber auch dort, wo nicht die Sicherung der Allgemeinheit (negative Spezialprävention), sondern eine Behandlung des Straftäters im Vordergrund steht (positive Spezialprävention), ist diese mit einem schweren Grundrechtseingriff verbunden (potenziell zeitlich unbefristeter Freiheitsentzug), und es erstaunt, dass die Diskussion der Rechtfertigungsgrundlage – jedenfalls im Vergleich zu derjenigen der Strafe – sehr dünn ausfällt.

Das Fehlen einer eigentlichen «Theorie der Massnahmen» mag auch daher rühren, dass das Übel bei der Massnahme im Unterschied zur Strafe als weniger gravierend angesehen wird, weil es nicht primäres Handlungsziel des Staates ist.¹⁶⁸ Dieses Argument findet sich zuweilen in der Strafrechtslehre, wobei ausgeführt wird, dass es bei Strafen darum gehe, aufgrund von Vergeltungsüberlegungen dem Straftäter absichtlich Leiden zuzufügen, während das Übel bei der Massnahme der Gefahrenabwehr nur die nicht beabsichtigte Nebenfolge sei.¹⁶⁹ Das Strafübel ist also direkt gewollt, und das Leiden mitunter ein Handlungsziel, wogegen das Übel, welches dem Gefährder mittels Massnahme zugefügt wird, nur funktional ist; Hauptziel des staatlichen Handelns ist hier der Schutz der Bevölkerung.¹⁷⁰ Seine theoretische Grundlage findet dieses Argument in der Theorie «Handlung mit Doppelwirkung» (*doctrine of double effect*).¹⁷¹ Sie beruht auf der moralischen Intuition, dass es kategorial etwas anderes ist, ob ein Übel direkt intendiert wird oder ob es nur eine Begleiterscheinung des eigentlichen Handlungsziels ist. Das Problem der Theorie ist, dass die Rechtfertigung der Zwangsmassnahme auf der subjektiven Ebene des Handelnden verortet wird. Dies mag in einer Morallehre Sinn machen, nicht aber wenn es darum geht, schwere Grundrechtseingriffe vonseiten des Staates zu rechtfertigen. Aus der Perspektive desjenigen, der von der Massnahme betroffen ist, spielt es nämlich keine entscheidende Rolle, mit welcher Absicht der Staat handelt, sofern das Übel unverändert ist. Nur deshalb, weil der Staat bei der Auferlegung von strafrechtlichen Massnahmen nicht primär Leiden bezweckt, ist die Massnahme nicht weniger legitimierungsbedürftig. Weder das fehlende Element des Tadels noch das Faktum des nicht intendierten Übels ändern *per se* etwas am Massnahmenübel.

Mangels einer Grundlagendebatte im Massnahmenrecht wird nicht genügend gesehen, worin der eigentlich problematische Kern eines konsequent spezialpräventiven Sanktionssystems liegt. Insbesondere die Fehleranfälligkeit von Gefährlichkeitsprognosen im Bereich der Voraussage schwerer Straftaten (*false positives*), welche mit Blick auf die

recht 2016 S. 157, 173

positive Spezialprävention als *Straftheorie* bekannt ist, wird im Bereich der Massnahme noch ungenügend thematisiert. Das fehlende Problembewusstsein kommt insbesondere auch in der aktuellen Rechtsprechung des EGMR zur Rechtsnatur der deutschen Sicherungsverwahrung zum Ausdruck. Diese Debatte ist aufgrund der vielen Parallelen des schweizerischen und des deutschen Sanktionenrechts auch hierzulande von Bedeutung. Darauf sei im Folgenden eingegangen.

¹⁶⁶ Kühl (Fn. 7), 377.

¹⁶⁷ Ähnlich Kaspar (Fn. 160), 676 f.

¹⁶⁸ Vgl. Frisch (Fn. 164), 359.

¹⁶⁹ Vgl. Frisch (Fn. 164), 358 m.w.H.

¹⁷⁰ J. Gardner, Introduction to Herbert L. A Hart, Punishment and responsibility, Oxford, 2009, xviii.

¹⁷¹ Vgl. W.S. Quinn, Actions, Intentions, and Consequences, The Doctrine of Double Effect, Philosophy and Public Affairs, 18, 4, 1989, pp. 334 ff. Die Theorie «Handlung mit Doppelwirkung» wird gemeinhin der katholischen Moralphilosophie von Thomas von Aquin, teilweise auch bereits Augustinus zugeschrieben, vgl. A. Coninx, Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand, Zufall, rationale Entscheidung und Verteilungsgerechtigkeit, Bern/Baden-Baden, 2012, 216 ff.

IV. Strafe oder Massnahme im Lichte neuerer Rechtsprechung

Anders als die Verwahrung in der Schweiz, die seit jeher unbefristet angeordnet werden kann, war in Deutschland die Sicherungsverwahrung zwischen 1975 und 1998 auf maximal zehn Jahre beschränkt; diese zeitliche Obergrenze wurde 1998 wieder aufgehoben.¹⁷² In diversen Fällen, die zwischen 1975 und 1998 entschieden wurde, stellte sich später die Frage, ob die Sicherungsverwahrung auf unbestimmte Zeit verlängert werden darf, obwohl sie zum Zeitpunkt der Verurteilung zeitlich beschränkt war (sog. «Altfälle»). Es ging also um die Frage, ob Sicherungsverwahrte entlassen werden müssen, von denen angenommen wird, sie würden nach der Entlassung schwere Gewalt- oder Sexualdelikte begehen. Diverse altrechtlich verwahrten Insassen klagten gegen die Verlängerung ihrer Sicherungsverwahrung nach neuem Recht und machten geltend, diese würde gegen das Rückwirkungsverbot verstossen (Art. 7 EMKR).

Im Jahr 2009 beschäftigte sich in der Entscheidung *M v Germany* erstmals der EGMR mit der Thematik.¹⁷³ Diese Entscheidung zog eine Reihe von ähnlich gelagerten Fällen gegen Deutschland nach sich und löste eine intensive Debatte über die Unterscheidung von Strafen und Massnahmen aus, die bis heute nicht verstummt ist.¹⁷⁴ Der EGMR hatte die Frage zu entscheiden, ob die Sicherungsverwahrung eine Strafe im Sinne von [Art. 7 EMRK](#) darstellt mit der Folge, dass das Rückwirkungsverbot Anwendung findet.

In der Schweiz wurde eine ähnliche Debatte unter dem Titel der Zulässigkeit der rückwirkend angeordneten (nachträglichen) Verwahrung geführt. Diese Diskussion wurde mitunter aufgrund der grossen AT-Revision (in Kraft seit 1. Januar 2007) angestossen¹⁷⁵ und kurze Zeit später durch das Bundesgericht entschieden.¹⁷⁶ Sowohl mit Blick auf das deutsche als auch das schweizerische Recht lautet die grundlegende Frage, ob es legitim ist, Strafgefangene unter dem Titel der «Massnahme» grundrechtlich weniger zu schützen als unter dem Titel der «Strafe».

1. Verwahrung gleich Strafe?

Die deutsche Regierung argumentierte in ihrer Stellungnahme in *M v Germany*, dass das dualistische Konzept fester Bestandteil des deutschen Strafrechts sei und sich die sichernden Massnahmen sowohl hinsichtlich ihrer Anordnungsvoraussetzungen (massgebend ist Gefährlichkeit)¹⁷⁷ als auch hinsichtlich ihres Vollzugs¹⁷⁸ grundlegend von Strafen unterscheiden würden. Die Schwere des Eingriffs (potenziell lebenslänglicher Freiheitsentzug) alleine würde nicht genügen, um die Grundrechte, welche im Zusammenhang mit der Strafe gelten, auch im Kontext der Massnahme für anwendbar zu erklären.¹⁷⁹ Diese Argumentation stütze die Regierung im Wesentlichen auf frühere Urteile des Bundesverfassungsgerichtes.¹⁸⁰

Der EGMR widersprach: Zum einen seien die Strafzwecke der Resozialisierung und der Sicherung auch Zwecke des Massnahmerechts; Straf- und Massnahmезwecke würden sich also insofern überschneiden.¹⁸¹ Auch wären die Vollstreckungsgerichte sowohl für die Vollstreckung der Strafe als auch für die Sicherungsverwahrung zuständig. Sodann hielt der EGMR fest, dass es sich bei der Sicherungsverwahrung aufgrund ihrer unbestimmten Länge um einen sehr schweren Eingriff handeln würde. Schliesslich betonte er, dass sich Strafen und Massnahmen mit Blick auf den Vollzug nicht substantiell voneinander unterscheiden

¹⁷² Vgl. *T. Zimmermann*, Das neue Recht der Sicherungsverwahrung (ohne JGG), HRRS Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht 5 (2013) 164, 165.

¹⁷³ *M v Germany*, App. No. 19359/04 (17 December 2009).

¹⁷⁴ Vgl. insbesondere *Glien v Germany*, App. No. 7345/12 (28 November 2013); *Bergmann v Germany*, App. No. 23279/14 (7 January 2016); statt vieler *Drenkhahn/Morgenstern* (Fn. 122); *T. Hörnle*, Der Streit um die Sicherungsverwahrung. Anmerkung zum Urteil des 2. Senats des BVerfG vom 4.5.2011, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2011 488; *Kaspar* (Fn. 160); aus schweizerischer Perspektive vgl. *Lehner* (Fn. 131), 166 ff.

¹⁷⁵ Vgl. Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13. Dezember 2002 und des Militärstrafgesetzes in der Fassung vom 21. März 2003, BBl 2005, 4689, 4716; [BGE 134 IV 121, 128](#).

¹⁷⁶ Vgl. [BGE 134 IV 121, 128](#); *Bommer* (Fn. 158); *Lehner* (Fn. 131), 69 Rn. 90–92.

¹⁷⁷ Vgl. *M v Germany*, App. No. 19359/04 (17 December 2009) § 113.

¹⁷⁸ Vgl. *M v Germany*, App. No. 19359/04 (17 December 2009), § 114.

¹⁷⁹ Vgl. *M v Germany*, App. No. 19359/04 (17 December 2009), § 115.

¹⁸⁰ Vgl. ausführlich *K. Höffler/J. Kaspar*, Warum das Abstandsgebot die Probleme der Sicherungsverwahrung nicht lösen kann, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1 (2012) 87, 92 ff.

¹⁸¹ Vgl. *M v Germany*, App. No. 19359/04 (17 December 2009), § 130.

würden.¹⁸² Er folgerte, dass das grundrechtliche Rückwirkungsverbot auch für die Sicherungsverwahrung gelten müsse.¹⁸³

recht 2016 S. 157, 174

Interessanterweise ist die Argumentation des EGMR praktisch identisch mit Überlegungen, welche das Schweizerische Bundesgericht bereits zwei Jahre zuvor in einem sehr ähnlich gelagerten Fall in [BGE 134 IV 121](#) angestellt hatte. Fraglich war hier, ob die Verwahrung auch rückwirkend angeordnet werden darf. Grundsätzlich schreibt [Art. 1 StGB](#) vor, dass der Grundsatz *nulla poena sine lege*, der als Teilgehalt das Rückwirkungsverbot erfasst,¹⁸⁴ auch auf Massnahmen Anwendung findet.¹⁸⁵ Etwas anderes gilt nur, wenn späteres Recht für den Täter das mildere ist (vgl. [Art. 2 StGB](#), sog. *lex mitior*). Diese Grundregel zur rückwirkenden Anwendung wurde aber durch den Gesetzgeber im Rahmen der Revision des Sanktionenrechts, welches am 1. Januar 2007 in Kraft getreten ist, erheblich relativiert. In den Schlussbestimmungen wurde im Sinne einer *lex specialis* vorgesehen, dass das gesamte neue Massnahmerecht rückwirkend Anwendung finden soll (Ziff. 2 Abs. 1 SchlB [StGB](#)). Eine Ausnahme machte der Gesetzgeber allerdings bei der *nachträglichen* Verwahrung. Nach schweizerischem Recht kann die Verwahrung nachträglich angeordnet werden, wenn die Voraussetzungen hierfür schon im Urteilszeitpunkt vorgelegen haben, das Gericht dies aber nicht wissen konnte (vgl. [Art. 65 Abs. 2 StGB](#)); man spricht von einer sogenannten Revision zulasten des Verurteilten.¹⁸⁶ Der Gesetzgeber entschied nun, dass die nachträgliche Verwahrung nur angeordnet werden darf, wenn dies auch nach altem Recht möglich gewesen wäre (Art. 65 Abs. 2 i.V.m. Ziff. 2 Abs. 1 lit. a Schlussbestimmungen [StGB](#)). Interessant ist die Begründung hierfür: Der Bundesrat stellte sich auf den Standpunkt, dass eine hohe Wahrscheinlichkeit bestehe, dass der EGMR die Verwahrung als «Strafe» qualifiziere und damit [Art. 7 EMRK](#) zur Anwendung gelangen würde.¹⁸⁷ Diesfalls würde die rückwirkende Anordnung der nachträglichen Verwahrung übergeordnetem Recht widersprechen.

Das Bundesgericht stellte sodann fest, dass die Verwahrung Strafcharakter habe und das Rückwirkungsverbot zur Anwendung komme, falls es sich beim neuen Recht um strengeres Recht handeln würde.¹⁸⁸ Das Bundesgericht erweiterte im Übrigen den Anwendungsbereich insofern, als es das Rückwirkungsverbot nicht nur für die nachträgliche Anordnung der Verwahrung für anwendbar erklärte, sondern auf die «Anordnung der Verwahrung gemäss Art. 64 überhaupt» erstreckte.¹⁸⁹ Die Argumentation zum Strafcharakter der Verwahrung soll hier im Wortlaut wiedergegeben werden, weil die Ausführungen straftheoretisch bemerkenswert sind:

«Wohl mag zutreffen, dass die Strafe an einer schuldhaft begangenen Tat anknüpft, die Verwahrung aber an der Gefährlichkeit des Täters, die sich in der Tat manifestiert hat. Doch lässt sich diese Trennung zwischen Strafen und Massnahmen in der Praxis nicht klar durchhalten. So kann auch eine Massnahme nur als kriminalrechtliche Sanktion aus Anlass einer Straftat verhängt werden. Als solche greift sie teilweise aber tiefer in die Persönlichkeitsrechte ein als die Strafe. Namentlich die Verwahrung weist «mit dem Strafübel grosse Ähnlichkeit» auf (...). Ausserdem ist der präventive Charakter der Sanktion nicht auf Massnahmen beschränkt, sondern ist auch bei Strafen von Bedeutung (vgl. [Art. 75 Abs. 1 StGB](#)). Der Zweck der Strafe erschöpft sich denn auch keineswegs bloss im Schuldausgleich. Denn das Strafrecht dient in erster Linie nicht der «Vergeltung», sondern der Verbrechensverhütung (...). Ausserdem geht nach neuem Recht der Vollzug der Freiheitsstrafe der Verwahrung voraus ([Art. 64 Abs. 2 StGB](#)), so dass in dieser Beziehung Schuldausgleich und spezialpräventiver Charakter der Massnahme nicht getrennt werden, sondern neben- bzw. nacheinander bestehen. Schliesslich umfasst nach der neuen Fassung des Gesetzes der in [Art. 1 StGB](#) festgeschriebene Grundsatz *nulla poena sine lege* nunmehr ausdrücklich auch sämtliche Massnahmen. Er bezieht sich mithin auf alle staatlichen

¹⁸² Vgl. *M v Germany*, App. No. 19359/04 (17 December 2009), § 127 ff.

¹⁸³ Vgl. dazu nur *Drenkhahn/Morgenstern* (Fn. 122), 143 ff.

¹⁸⁴ Vgl. *Lehner* (Fn. 131), 69.

¹⁸⁵ [Art. 1 StGB](#): «Eine Strafe oder Massnahme darf nur wegen einer Tat verhängt werden, die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt.»; [BGE 134 IV 121, 128, E. 3.3.3](#).

¹⁸⁶ Vgl. *Bommer* (Fn. 158), 60 ff.; *Lehner* (Fn. 131), 78 Rn. 102–103.

¹⁸⁷ Vgl. Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13. Dezember 2002 und des Militärstrafgesetzes in der Fassung vom 21. März 2003 BBl 2005, 4689, 4716.

¹⁸⁸ [BGE 134 IV 121, 128, E. 3.3.3](#).

¹⁸⁹ [BGE 134 IV 121, 128, E. 3.3.3](#).

Zwangsmassnahmen mit Sanktionscharakter, die aus Anlass einer Straftat ausgesprochen werden können und die vor Begehung der Straftat nicht vorhersehbar waren (...).»¹⁹⁰

Vom Versuch einer konsequenten Trennung der Konzepte von Strafen und Massnahmen ist in der Entscheidung des Bundesgerichtes jedenfalls im Verhältnis von Verwahrung und Freiheitsstrafe nichts mehr zu lesen; vielmehr sollen beide Sanktionen in erster Linie den Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Delikten des Straftäters sicherstellen.¹⁹¹

Demgegenüber hielt das deutsche Bundesverfassungsgericht in einem viel beachteten Entscheid vom 4. Februar 2011 an der grundlegenden Trennung von Strafe und Sicherungsverwahrung fest.¹⁹² Das Bundesverfassungsgericht war mit dem EGMR insofern einig, als sich der Vollzug der Freiheitsstrafe nicht wesentlich vom Vollzug der Sicherungsverwahrung unterscheidet.¹⁹³ Es rügte daher eine Verletzung des sogenannten «Abstandsgebotes»,¹⁹⁴ welches eine klare Trennung des Vollzugs von Strafen und Massnahmen vorsieht, und taxierte das gesamte System der Sicherungsverwahrung als

recht 2016 S. 157, 175

unverhältnismässigen Eingriff.¹⁹⁵ Sodann verpflichtete es die deutschen Bundesländer zu einer Neureglung.¹⁹⁶ Wenn aber – und das ist auf der prinzipiellen Ebene entscheidend – der nötige Abstand auf der Vollzugsebene eingehalten wird, dann ist es nach Meinung des Bundesverfassungsgerichtes auch legitim, Strafen und Massnahmen grundsätzlich voneinander zu unterscheiden.¹⁹⁷ Eine Sicherungsverwahrung darf nach Meinung des Bundesverfassungsgerichtes bei Einhaltung des Abstandsgebots rückwirkend angewandt oder verlängert werden, «wenn eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Unterbrachten abzuleiten ist».¹⁹⁸

Der EGMR beschäftigte sich im Nachgang zu dieser Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes mit einer Reihe weiterer Altfälle.¹⁹⁹ In *Bergmann v Germany* äusserte er sich das erste Mal explizit zur Frage, ob eine strikte Einhaltung des Abstandsgebotes auf der Ebene des Vollzugs es erlaubt, die Freiheitsstrafe und die Sicherungsverwahrung *kategorisch* zu unterscheiden. Er verneint dies. Zwar nimmt der EGMR an verschiedenen Stellen zur Kenntnis, dass in Deutschland ein neues Vollzugsregime eingeführt wurde,²⁰⁰ doch kommt er zum Schluss, dass die Sicherungsverwahrung («*preventive detention*») in der Regel noch immer eine Strafe darstellt mit der Folge, dass das Rückwirkungsverbot ([Art. 7 Abs. 1 EMRK](#)) zur Anwendung kommt:

«In view of the foregoing, the Court, having assessed in their entirety the relevant factors to determine whether the measure constitutes a penalty and making its own assessment, considers that preventive detention implemented in accordance with the new legislative framework as a rule still constitutes a 'penalty' for the purposes of Article 7 § 1. It finds that the more preventive nature and purpose of the revised form of preventive detention do not suffice to eclipse the fact that the measure, which entails a deprivation of liberty without a maximum duration, was imposed following conviction for a criminal offence and it is still determined by courts belonging to the criminal justice system.»²⁰¹

¹⁹⁰ [BGE 134 IV 121, 128, E. 3.3.3](#), bestätigt in späteren Entscheiden, vgl. die Hinweise bei *Lehner* (Fn. 131), 70 Rn. 537.

¹⁹¹ Vgl. *Lehner* (Fn. 131), 89 Rn. 118 m.w.H.

¹⁹² Vgl. BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4.5.2011 in HRRS 2011 Nr. 488.

¹⁹³ Vgl. BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4.5.2011 in HRRS 2011 Nr. 488 Rn. 119, dazu *Hörnle* (Fn. 174).

¹⁹⁴ Vgl. *Höffler/Kaspar* (Fn. 180).

¹⁹⁵ Vgl. BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4.5.2011 in HRRS 2011 Nr. 488 Rn. 106 ff., 157.

¹⁹⁶ Vgl. BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4.5.2011 in HRRS 2011 Nr. 488 Rn. 167.

¹⁹⁷ Vgl. BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4.5.2011 in HRRS 2011 Nr. 488 105 ff.; *Höffler/Kaspar* (Fn. 180), 109 f.

¹⁹⁸ Vgl. auch BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4.5.2011 in HRRS 2011 Nr. 488, Rn. 156.

¹⁹⁹ Vgl. insbesondere *Glien v Germany*, App. No. 7345/12 (28 November 2013); *Bergmann v Germany*, App. No. 23279/14 (7 January 2016).

²⁰⁰ Vgl. *Bergmann v Germany*, App. No. 23279/14 (7 January 2016), §§ 124–128; 164–169; vgl. auch §§ 34–41.

²⁰¹ *Bergmann v Germany*, App. No. 23279/14 (7 January 2016), § 180.

Damit hat der Gerichtshof das dualistische System von Strafen und Massnahmen mit unterschiedlichen grundrechtlichen Standards jedenfalls für die Sicherungsverwahrung erneut zurückgewiesen; die schweizerische Rechtsprechung wurde dadurch indirekt bestätigt.

2. Massnahme bei «psychischer Störung» gleich Strafe?

Nach den Entscheiden des EGMR könnte man den Eindruck gewinnen, das Gericht in Strassburg habe dem dualistischen System endgültig eine Absage erteilt; dies wäre allerdings eine verkürzte Betrachtung. Vielmehr hat der EGMR festgehalten, dass in bestimmten Fällen von einem grundsätzlich unterschiedlichen Charakter von Strafe und Sicherungsverwahrung ausgegangen werden kann, nämlich dann, wenn die Massnahme als Zwangsmassnahme mit überwiegend therapeutischem Charakter interpretiert wird.²⁰² Wird die Sicherungsverwahrung aufgrund einer psychischen Störung i.S.v. [Art. 5 Abs. 1 Bst. e EMRK](#) sowie zur Behandlung dieser psychischen Störung angeordnet und in entsprechend ausgestatteten Einrichtungen vollzogen, könne der Freiheitsentzug nicht als Strafe interpretiert werden. Vielmehr würden der strafende Charakter und der Zusammenhang mit einer strafrechtlichen Verurteilung so stark in den Hintergrund treten, dass die Massnahme nicht länger als Strafe im Sinne von [Art. 7 EMRK](#) einzustufen sei.²⁰³

«However, in cases such as that of the applicant, where preventive detention is extended because of, and with a view to the need to treat his mental disorder, the Court accepts that both the nature and the purpose of his preventive detention substantially changed and that the punitive element, and its connection with his criminal conviction, is eclipsed to such an extent that the measure is no longer to be classified as a penalty within the meaning of Article 7 § 1.»²⁰⁴

Im Fall *Bergmann* kam es zu einer eigentlichen «Umetikettierung»²⁰⁵ des Beschwerdeführers. Vom voll schuldfähigen Straftäter, verurteilt im Jahre 1986, der bestraft werden soll und dessen diagnostizierte Persönlichkeitsstörung einer Therapie nicht zugänglich erschienen ist,²⁰⁶ zu einem «psychisch Kranken» im Jahre 2016, der inhaftiert wird zwecks Therapie einer psychischen Störung. In der Sache stützte sich der EGMR auf eine Argumentation, welche der deutsche Gesetzgeber im Sinne einer Übergangsregelung im Nachgang zu *M v Germany* mit der Verabschiedung des

recht 2016 S. 157, 176

sogenannten Therapieunterbringungsgesetzes (ThUG)²⁰⁷ vorgezeichnet hatte. Danach sollte eine «medizinisch-therapeutische Unterbringung zwecks Gefahrenabwehr»²⁰⁸ gestützt auf das ThUG in den Altfällen möglich sein, um sicherzustellen, dass als hochgefährliche befundene Straftäter, die aufgrund des Verbots rückwirkenden Verschärfungen im Recht der Sicherungsverwahrung hätten entlassen werden müssen, nicht freikommen.²⁰⁹ Voraussetzungen für die zeitlich unbeschränkte Unterbringung sind eine «psychische Störung» im Sinne des Therapieunterbringungsgesetzes (ThUG) und eine «hochgradige Gefahr schwerster Sexual- oder Gewaltstraftaten».²¹⁰ Konventionsrechtlich soll auf [Art. 5 Abs. 1 Bst. e EMRK](#) abgestellt werden («*person of unsound mind*»), im Deutschen übersetzt mit «psychisch Kranken».²¹¹ Anders als bei der Sicherungsverwahrung nach d-StGB soll die Unterbringung nach ThuG ausserhalb des strafrechtlichen Kontextes von Zivilgerichten auferlegt werden.²¹²

²⁰² Vgl. *Bergmann v Germany*, App. No. 23279/14 (7 January 2016), insb. § 167, § 176, §§ 181–182.

²⁰³ Vgl. *Bergmann v Germany*, App. No. 23279/14 (7 January 2016), insb. § 176, § 182.

²⁰⁴ *Bergmann v Germany*, App. No. 23279/14 (7 January 2016), § 181.

²⁰⁵ *Drenkhahn/Morgenstern* (Fn. 122), 200.

²⁰⁶ *Bergmann v Germany*, App. No. 23279/14 (7 January 2016), § 11.

²⁰⁷ Therapieunterbringungsgesetz vom 22. Dezember 2010 (BGBl. I S. 2300, 2305), das durch Artikel 8 des Gesetzes vom 5. Dezember 2012 (BGBl. I S. 2425) geändert worden ist.

²⁰⁸ *C. Morgenstern/C. Morgenstern/K. Drenkhahn*, Eine Quadratur des Kreises, Das Therapieunterbringungsgesetz, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 5 (2011) 197, 199.

²⁰⁹ Vgl. BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4.5.2011 in HRRS 2011 Nr. 488, Rn. 173.

²¹⁰ Vgl. § 1 des ThuG; vgl. auch BVerfG 2 BvR 2302/11 – 11. Juli 2013 (Saarländisches OLG/LG Saarbrücken) [= HRRS 2013 Nr. 693.

²¹¹ Vgl. *Morgenstern/Morgenstern/Drenkhahn* (Fn. 208), 199 ff.

²¹² Vgl. § 4 ThuG.

Zwar wurde die Unterbringung von *Bergmann* nicht von Zivilgerichten gestützt auf das Verfahren des ThuG ausgesprochen, vielmehr handelte es sich um eine Verlängerung der bereits bestehenden Sicherungsverwahrung, angeordnet durch die Strafvollstreckungsgerichte.²¹³ In der Sache wurde aber entsprechend den Anordnungsvoraussetzungen des ThuG argumentiert, wobei die Feststellung einer «psychische Störung» im Sinne des Therapieunterbringungsgesetzes (ThUG) und eine «hochgradige Gefahr schwerster Sexual- oder Gewaltstraftaten» im Zentrum der Argumentation standen.²¹⁴ Was das Verfahren angeht, akzeptierte der EGMR das von der deutschen Regierung vorgebrachte Argument, die mit der Strafvollstreckung befassten Gerichte seien besonders erfahren darin, zu beurteilen, ob die Unterbringung von psychisch Kranken erforderlich sei.²¹⁵ Dass eine «hochgradige Gefahr» kaum je verlässlich festgestellt werden kann, weil empirische Studien wiederholt gezeigt haben, dass eine hohe Fehleranfälligkeit von Prognosegutachten im Bereich der Schwerstdelinquenz («*false positives*») besteht,²¹⁶ wurde von den Gerichten nicht thematisiert.

3. Stationäre Massnahme gleich Strafe?

a. Bedeutung der *Bergmann*-Entscheidung für die Schweiz

Die Überlegungen, welche der EGMR im Fall *Bergmann* mit Blick auf die deutsche Sicherungsverwahrung angestellt hat, können nicht auf die schweizerische Verwahrung übertragen werden. Anders als im deutschen Recht ist die Behandlung des Straftäters unter dem Titel der Verwahrung hierzulande ausgeschlossen. Besonders deutlich ist dies bei der lebenslänglichen Verwahrung ([Art. 64 Abs. 1^{bis} StGB](#)), die überhaupt nur dann angeordnet werden kann, wenn jemand als nicht behandlungsfähig eingeschätzt wird.²¹⁷ Auch eine ordentliche Verwahrung kommt nur dann in Betracht, wenn die Anordnung einer Massnahme zur Behandlung einer psychischen Störung keinen Erfolg verspricht (Art. 64 Abs. 1 lit.).²¹⁸ Die *Bergmann*-Entscheidung könnte aber für die Schweiz Bedeutung haben mit Blick auf die stationäre Massnahme nach [Art. 59 StGB](#), jedenfalls dann, wenn diese in einer geschlossenen Einrichtung vollzogen wird. Wie bei der therapeutisch ausgerichteten Sicherungsverwahrung nach deutschem Recht geht es nämlich bei der stationären Massnahme nach schweizerischem Recht sowohl um die Behandlung als auch um die Sicherung des Straftäters.²¹⁹

Während das Bundesgericht die Verwahrung als Strafe im Sinne von [Art. 7 EMRK](#) interpretiert hat, hat es die Klassifizierung der stationären Massnahme bisher offengelassen.²²⁰ Die Bejahung des Strafcharakters der stationären Massnahme hätte zur Konsequenz, dass strafrechtliche Grundsätze, welche wichtige Abwehrrechte für den Strafgefangenen beinhalten, bei der stationären Massnahme ebenfalls zur Anwendung kommen müssten.

Bedeutsam wäre dies zum einen mit Blick auf das Rückwirkungsverbot. Anders als bei der Verwahrung hat der Gesetzgeber in den Schlussbestimmungen die rückwirkende Anwendung der stationären Massnahme ohne Einschränkungen für zulässig erklärt (Ziff. 2 Abs. 1 SchlB [StGB](#)); sie geht als *lex specialis* dem Grundsatz von [Art. 1 und Art. 2 StGB](#) vor.²²¹ Diese Spezialregelung müsste aber ausser Kraft gesetzt werden, wenn die stationäre

recht 2016 S. 157, 177

Massnahme als Strafe interpretiert würde und entsprechend [Art. 7 EMRK](#) zur Anwendung käme.²²² Von der Klassifizierung der stationären Massnahme als Strafe hängt auch ab, ob der *ne bis in idem*-Grundsatz (Art. 4 des 7. ZP-[EMRK](#)) zur Anwendung kommt. Praktisch relevant ist dies insbesondere bei einer nachträglichen Anordnung,²²³ weil die nachträglich angeordnete stationäre Massnahme nicht eine direkte und

²¹³ *Bergmann v Germany*, App. No. 23279/14 (7 January 2016), § 158.

²¹⁴ *Bergmann v Germany*, App. No. 23279/14 (7 January 2016), §§ 17 ff.

²¹⁵ *Bergmann v Germany*, App. No. 23279/14 (7 January 2016), §§ 146, 178.

²¹⁶ Vgl. die Hinweise bei *Kaspar* (Fn. 160), 687.

²¹⁷ Vgl. den Wortlaut von [Art. 64 Abs.1 StGB](#).

²¹⁸ Vgl. *Riklin* (Fn. 157), 1476; *Lehner* (Fn. 131), 11 m.w.H.

²¹⁹ Vgl. *Lehner* (Fn. 131), 12 ff.

²²⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichtes vom 28. Mai 2013 E. 4.6.; vgl. dazu *Lehner* (Fn. 131), Rn. 92 und 255.

²²¹ Vgl. *M. Heer*, Kommentar Ziff. 2 Schlussbestimmungen, in: Basler Kommentar Strafrecht II, hrsg. von *M.A. Niggli/H. Wiprächtiger*, Basel, 2013, Rn. 5; *Lehner* (Fn. 131), 66 f. m.w.H.

²²² Vgl. ausführlich *Lehner* (Fn. 131), 65 ff.

²²³ Vgl. *Lehner* (Fn. 131), 225 ff.

vorhersehbare Folge der strafrechtlichen Verurteilung ist und deshalb nicht als Teil der Strafe angesehen werden kann.²²⁴ Sodann ist die Anwendung weiterer strafrechtlicher Garantien auch im Kontext der Massnahmen denkbar, zum Beispiel die Unschuldsvermutung als Beweisregel, d.h. der Grundsatz, bei Tatsachenzweifeln zugunsten des Angeklagten zu entscheiden, der Anspruch auf rechtliches Gehör, das Prinzip des gesetzlichen Richters oder das Recht auf Verteidigung.

Zur Eruiierung des Strafcharakters von staatlichen Eingriffen hat der EGMR in langjähriger Rechtsprechung unterschiedliche Kriterien entwickelt, welche unter dem Titel der *Engel-Doktrin* in unterschiedlichen Kontexten Anwendung finden.²²⁵ Dieser Kriterienkatalog besteht zum einen mit Blick auf den in [Art. 6 EMRK](#) enthaltenen Begriff der «strafrechtlichen Anklage» (*criminal charge*). Zum anderen hinsichtlich des Begriffs der «Strafe» (*penalty*) in [Art. 7 EMRK](#), wobei der Begriff der Strafe unter [Art. 7 EMRK](#) etwas enger definiert wird.²²⁶ Unter [Art. 7 EMRK](#) wird erstens geprüft, ob eine Massnahme im Anschluss an eine Verurteilung wegen einer Straftat verhängt wurde.²²⁷ Zweitens überprüft der EGMR die innerstaatliche Einordnung der Sanktion; allerdings misst er diesem Gesichtspunkt nicht viel Gewicht bei. Drittens untersucht er Wesen, Zweck und Schwere der Sanktion sowie die Verfahren, die zur Anordnung der Massnahme führen.

Mit Blick auf die therapeutisch ausgerichtete Sicherungsmassnahme hält der EGMR in der Entscheidung *Bergmann* fest, dass die Ausgangsstraftat zwar noch formelle Voraussetzung für die Verlängerung der Sicherungsverwahrung sei, die ursprünglich im Anschluss an die Verurteilung wegen einer Straftat verhängt worden ist.²²⁸ Da die Sicherungsverwahrung aber nunmehr die Behandlung der psychischen Störung bezwecke und stark therapeutisch ausgerichtet sei, würde sie sich wesensmässig klar von der «normalen Sicherungsverwahrung» unterscheiden.²²⁹ Daher sei sie rechtmässig.

b. Überprüfung der stationären Massnahme nach Massgabe der Engel-Doktrin

Untersucht werden soll, wie die grundsätzlichen Überlegungen zum Strafcharakter der therapeutisch ausgerichteten Sicherungsverwahrung in Deutschland, welche der EGMR in der *Bergmann*-Entscheidung gestützt auf die Engel-Kriterien vorgebracht hat, mit Blick auf die freiheitsentziehenden Massnahmen in der Schweiz bewertet werden sollen. Was zunächst den Zusammenhang zwischen der erstmaligen Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe und einer Anordnung einer stationären Massnahme angeht, ergibt sich dieser für den Fall, dass ein zeitlich unbeschränkter Freiheitsentzug nach [Art. 59 Abs. 1 StGB](#) verfügt wird, bereits aus dem Gesetz: Die Straftat muss mit der psychischen Störung in Zusammenhang stehen, und die Verhängung einer stationären Massnahme muss erwarten lassen, sie könne zu einer Senkung der Rückfallgefahr führen (vgl. [Art. 59 Abs. 1 Bst. a und b StGB](#)). Dieser Zusammenhang dürfte indessen fraglich sein, wenn eine ambulante Massnahme durch eine stationäre Massnahme viele Jahre nach der Verurteilung ersetzt wird oder eine stationäre Massnahme über lange Zeit verlängert wird. Ebenso ist unklar, wie es sich verhält, wenn eine stationäre Massnahme erst nach Jahren des Freiheitsentzugs *nachträglich* angeordnet wird, zum Beispiel weil die Behandlung der psychischen Störung erst während des Vollzugs für möglich erachtet wird.

Was die weiteren Prüfungspunkte betrifft, geht der EGMR insbesondere auf das «Wesen» und den «Zweck» des therapeutisch ausgerichteten Massnahmevollzugs ein und argumentiert, dass sich dieser aufgrund vielseitiger Therapiemöglichkeiten und der Art der Unterbringung wesentlich vom «normalen» Sicherungsvollzug bzw. der Strafe unterscheiden würde. Eine solche Argumentation könnte auch bei der stationären Massnahme vorgebracht werden. Sie überzeugt aber in verschiedener Hinsicht nicht.

Erstens ist bereits auf einer abstrakten Ebene der behauptete Wesensunterschied von Strafe und einer auf Therapie ausgerichteten Massnahme durchdrungen von der fragwürdigen Dichotomie zwischen positiver und negativer Spezialprävention. Leitend ist die Vorstellung, dass der Staat dem Straftäter im stationären therapeutischen Mass-

recht 2016 S. 157, 178

nahmenvollzug etwas Gutes tut, das kriminelle Verhalten auf eine krankheitsähnliche Fehlentwicklung zurückzuführen ist und die Therapie im Interesse des Straftäters erfolgt. Dass sich die Rechtfertigung eines schweren Eingriffes nicht allein auf die gute Absicht des Staates stützen kann, wurde aber bereits

²²⁴ Vgl. *Lehner* (Fn. 131), 239.

²²⁵ Der Begriff geht zurück auf die Begründung dieser Praxis in *Engel and others v Netherlands Engel v* (1976); vgl. dazu *B. Emmerson/A. Ashworth/A. Macdonald*, *Human rights and criminal justice*, 3. Aufl., London, 2012, 211 ff.

²²⁶ Vgl. *Lehner* (Fn. 131), 162 ff. m. w. H.

²²⁷ Vgl. *Bergmann v Germany*, App. No. 23279/14 (7 January 2016), § 150 m.w.H.

²²⁸ Vgl. *Bergmann v Germany*, App. No. 23279/14 (7 January 2016), §§ 155 ff.

²²⁹ Vgl. *Bergmann v Germany*, App. No. 23279/14 (7 January 2016), §§ 167, 176.

aufgezeigt.²³⁰ Der Therapieoptimismus, der in der Bergmann-Entscheidung mitschwingt, kontrastiert sodann mit der Tatsache, dass im Fall Bergmann der Beschwerdeführer Gesprächstherapien verweigert und eine medikamentöse Behandlung aufgrund der Angst vor Nebenwirkungen ablehnt hat.²³¹ Auch erfolgte die Begutachtung der Gefährlichkeit der Insassen sowohl im Fall *Bergmann v Germany* als auch im jüngsten Entscheid *Petschulies v Germany* alleine gestützt auf ein Aktenstudium, weil die Betroffenen ein Gespräch verweigerten.²³² Die Tatsache der fehlenden Therapiezugänglichkeit, die sich regelmässig zeigen dürfte,²³³ und die Problematik, dass auch eine Behandlung letztlich mit Zwang verbunden ist und zu einer grossen Belastung des Inhaftierten führt, widersprechen der grundlegenden Annahme, die Behandlung des Straftäters erfolge in seinem Interesse. Wenn die Verbesserung des Gesundheitszustandes bei psychischen Störungen durch entsprechende Therapien *de facto* nicht erzielt werden kann bzw. mit erheblichem Zwang verbunden ist, ist dies als Übelzufügung zu werten. Eine kategorische Unterscheidung von im Interesse des Täters liegender positiver Spezialprävention und gegen seinen Willen erfolgter negativer Spezialprävention gibt es jedenfalls in diesen Fällen nicht. Damit wird aber der sauberen Abgrenzung von Strafe bzw. «normaler» Sicherungsverwahrung und therapeutisch ausgerichteter Massnahme die Grundlage entzogen.

Zweitens ist es – wie im ersten Teil ausführlich dargelegt – im schweizerischen Recht ohnehin zu einer weitestgehenden Annäherung der Zwecke der stationären Massnahme und der Strafe gekommen: Die Strafe wie auch die stationäre Massnahme werden gestützt auf spezialpräventive Überlegungen gerechtfertigt – Sicherung, Resozialisierung und Abschreckung. Der Vollzug ist bei beiden Sanktionstypen auf Resozialisierung und wenn nötig auf Sicherung ausgerichtet. Die Unterschiede sind also nur noch gradueller, nicht grundsätzlicher Natur.

Drittens ist eine kategorische Unterscheidung von Strafe und stationärer Massnahme auch aufgrund der tatsächlichen Vollzugsbedingungen der stationären Massnahmen fragwürdig. Dies wird besonders deutlich, sobald es um den Vollzug einer Massnahme in Bezug auf «gefährliche Straftäter» nach [Art. 59 Abs. 3 StGB](#) geht. Den ersten Teil der Massnahme verbringen die betroffenen Insassen nämlich zunächst im gewöhnlichen Strafvollzug, wo sie so lange bleiben, bis ein Behandlungsplatz in einer geschlossenen Massnahmeneinrichtung frei wird.²³⁴ Aber auch im Vollzug einer stationären therapeutischen Massnahme fehlen gegenwärtig oftmals individualisierte Behandlungen, sodass man ohne Weiteres sagen kann, dass es faktisch nur um Sicherung geht.²³⁵

Im Ergebnis bedeutet dies, dass es weder auf der abstrakten Ebene der Rechtfertigung oder Begründung noch auf der konkreten Ebene des Vollzugs überzeugende Argumente dafür gibt, einen kategorischen Unterschied zwischen Strafe, Verwahrung und stationärer Massnahme zu machen. Als Konsequenz müsste demnach der Strafcharakter der stationären Massnahme bejaht werden²³⁶ mit der Folge, dass grundlegende Garantien wie etwa das Rückwirkungsverbot oder *ne bis in idem* zur Anwendung kommen.

c. Unzulänglichkeiten der Engel-Doktrin

Es wäre allerdings vorschnell, anzunehmen, mit der Überprüfung einer freiheitsentziehenden Massnahme auf ihren Strafcharakter nach Massgabe der *Engel-Doktrin* wäre die Frage der Anwendbarkeit von grundlegenden rechtsstaatlichen Garantien im Bereich der strafrechtlichen Massnahmen befriedigend gelöst. Zwar hat das Bundesgericht den Strafcharakter mit Blick auf die Verwahrung bejaht, ob es allerdings auch bei der stationären Massnahme entsprechend entscheiden würde, ist unklar. Insgesamt sind die Überlegungen zum Strafcharakter der Massnahme, welche das Bundesgericht in unterschiedlichen Kontexten unter [Art. 7 EMRK](#) anstellt, wenig tauglich, um zuverlässig bestimmen zu können, welche grundrechtlichen Standards bei präventiven Eingriffen zum Tragen kommen sollen. Zum einen ist die Debatte über Grund und Zweck der Strafe komplex und lässt Raum für fragwürdige Dichotomien. So hat das Bundesgericht bei der Klassifizierung der Massnahmen des Hooligankonkordats auf der Grundlage der *Engel-Doktrin* auf das vereinfachende Schema «punitiv vs. präventiv» zurückgegriffen, wonach Strafen

recht 2016 S. 157, 179

²³⁰ Vgl. vorne, D. III.

²³¹ *Bergmann v Germany*, App. No. 23279/14 (7 January 2016), § 32.

²³² Vgl. *Petschulies v Germany*, App. No. 6281/13 (2 June 2016), § 60 m.w.H., *Bergmann v Germany*, App. No. 23279/14 (7 January 2016), § 17.

²³³ Vgl. *Drenkhahn/Morgenstern* (Fn. 122), 200.

²³⁴ Vgl. *Lehner* (Fn. 131), 88 Rn. 117.

²³⁵ Vgl. *Lehner* (Fn. 131), 88 Rn. 117.

²³⁶ So *Stratenwerth* (Fn. 151), § 9 Rn. 32; *Lehner* (Fn. 131), 91 Rn. 123, bejaht dies jedenfalls für den «geschlossenen Massnahmenvollzug».



dem Schuldausgleich dienen, wogegen Rayonverbot und die Meldepflicht als notwendige Massnahmen zur Verhinderung künftiger Gewalttaten eingesetzt würden.²³⁷ Und mit Blick auf das Berufsverbot nach Finanzmarktgesetz hielt es fest, dieses müsse «vorab als eine polizeilich motivierte» Massnahme betrachtet werden, weil es «nicht die Vergeltung begangenen Unrechts bezwecke».²³⁸

Zum anderen ist der Bezugspunkt der Strafe grundsätzlich nicht zuverlässig genug, um das grundrechtliche Schutzniveau zu bestimmen. Strafen können vergleichsweise leichte Eingriffe darstellen – man denke etwa an eine bedingte Geldstrafe –, wogegen freiheitsentziehenden Massnahme, die keine Strafe darstellen, weil sie nicht an begangenes Unrecht anknüpfen, sehr eingriffsintensiv ausfallen können. Dies gilt nicht nur für Massnahmen nach [StGB](#), sondern auch für strafprozessuale Zwangsmassnahmen, so etwa für eine mehrere Monate andauernde Präventivhaft gestützt auf [Art. 221 Abs. 2 StPO](#). Es würde aber wenig Sinn machen, denjenigen, dem eine bedingte Geldstrafe droht, grundrechtlich *per se* besserzustellen, nur weil er sich im Bereich der Strafe befindet, als denjenigen, dem monatelange Präventivhaft droht.

Um zu bestimmen, ob grundlegende strafrechtliche und strafprozessuale Garantien Anwendung finden, sollte deshalb nicht auf den Strafcharakter einer Massnahme abgestellt, sondern allgemeiner danach gefragt werden, ob ein schwerer Grundrechtseingriff vorliegt. Dabei sollte gelten: Je schwerer der Eingriff, desto besser sollte der Einzelne grundrechtlich geschützt werden. Im Fall der stationären Massnahme beispielsweise liegt der eigentliche belastende Aspekt in deren zeitlicher Unbestimmtheit. Die Eingriffsintensität aufgrund der fehlenden zeitlichen Obergrenze verschärft sich vor dem Hintergrund einer international zunehmend restriktiven Handhabung der Entlassung aus dem präventiv begründeten Freiheitsentzug.²³⁹ Dies zeigt sich auch in der Schweiz: Zwar war die Anzahl der Anordnungen in den letzten Jahren leicht rückgängig, dennoch kam es zu einer Verdoppelung des Insassenbestandes zwischen den Jahren 2000 und 2014. Grund dafür war eine sehr starke Zunahme der durchschnittlichen Aufenthaltsdauer.²⁴⁰ Eine potenziell lebenslängliche Inhaftierung stellt klarerweise einen sehr schweren Eingriff dar, weshalb der Insasse im stationären Massnahmenvollzug grundrechtlich mindestens so gut geschützt werden sollte wie der Strafgefangene, dessen Strafe in aller Regel zeitlich beschränkt ist und oft nur bedingt ausgesprochen wird.

E. Ergebnis

Strafzwecktheorien geben Antworten auf die Frage, wie Kriminalstrafe gerechtfertigt werden kann. Das Bundesgericht und die schweizerische Strafrechtslehre vertreten mehrheitlich eine spezialpräventiv ausgerichtete Vereinigungstheorie. Zwar ist das schweizerische Strafrecht ein Schuldstrafrecht, das heisst, es setzt die schuldhaft begangene Tat für die Bestrafung voraus. Der Zweck der Bestrafung wird aber überwiegend in der Prävention von Delikten verortet und nicht in einem gerechten Schuldausgleich. Gestützt auf spezialpräventive Überlegungen bestehen verschiedene Möglichkeiten, vom Mass der tatproportionalen Bestrafung abzuweichen. Prominente Beispiele sind bedingte Strafen und vorzeitige Entlassungen sowie Massnahmen, welche aus Sicherheitsüberlegungen länger dauern, als dies der angemessenen Reaktion auf die Tat entspräche. Bestraft wird also primär nach Massgabe dessen, was notwendig erscheint, um den Täter von weiteren Taten abzuhalten.

Mit der Etablierung des dualistischen Systems von Strafen und Massnahmen konnte an einem Strafkonzep, das die Strafe primär als Reaktion auf begangenes Unrecht sieht, festgehalten werden, ohne bei der Verbrechensprävention Abstriche machen zu müssen. Das Begründungsdefizit der spezialpräventiv begründeten Strafe, das darin besteht, dass der Straftäter gestützt auf empirisch unüberprüfbare Annahmen von Gefährlichkeit und Behandlungsbedürftigkeit jenseits der gerechten Strafe erheblichen Belastungen ausgesetzt wird, blieb freilich bestehen. Eine weitere Problematik des dualistischen Systems besteht sodann darin, dass ungeklärt ist, welcher Grundrechtsschutz im Massnahmenrecht gelten soll. Die gegenwärtige Praxis des EGMR und der nationalen Gerichte, strafrechtliche Massnahmen nach Massgabe der *Engel-Doktrin* auf ihren Strafcharakter hin zu untersuchen und das Grundrechtssniveau zu bestimmen, kann zwar zu richtigen Lösungen führen. Sie ist aber unzuverlässig, weil sie zu viel Spielraum lässt für fragwürdige Kategorisierungen. Anstatt auf umstrittene Begrifflichkeiten der Strafkonzep,te abzustellen, sollte daher für das Schutzniveau massgebend sein, wie schwer der Grundrechtseingriff wiegt.

²³⁷ Vgl. [BGE 140 I 2 E. 6.3.](#)

²³⁸ BGer [2C_739/2015 vom 25. April 2016 E. 3.4.](#)

²³⁹ Vgl. *Glien v Germany*, App. No. 7345/12 (28 November 2013), § 129.

²⁴⁰ Vgl. *Simmler* (Fn. 152), 73 ff.