

Zeitschrift: Kriminologie / Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie SAK = Criminologie / Groupe Suisse de Criminologie GSC = Criminologia / Gruppo Svizzero di Criminologia GSC

Herausgeber: Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie

Band: 30 (2012)

Artikel: Sicherheit als Ziel des Strafrechts?

Autor: Niggli, Marcel Alexander / Maeder, Stefan

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-1051468>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 06.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Sicherheit als Ziel des Strafrechts?

MARCEL ALEXANDER NIGGLI

Prof. Dr. iur., Lehrstuhl für Strafrecht und Rechtsphilosophie, Dekan,
Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Freiburg i.Ue.

STEFAN MAEDER

MLaw, Rechtsanwalt, Departement für Strafrecht, Lektor, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Freiburg i.Ue.

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	4
1. Back to the Future	4
2. Straftheoretische Ausrichtung	9
3. Tatsächliche Präventionswirkung von Strafrecht	10
3.1. Metaphysisch-relative Straftheorien?	10
3.2. Empirische Nachweise	12
3.3. Zwischenfazit	17
3.4. Back to the Future Part II	17
4. Ist Präventionswirkung Aufgabe des Strafrechts?	18
5. Polizeirecht	21
5.1. Was ist Polizeirecht?	21
5.2. Welcher Mittel bedient sich das Polizeirecht?	23
6. Die Vermischung von Straf- und Polizeirecht	24
7. Entflechtung?	26
8. Back to the Future Part III	28
9. Conclusio	29
Literaturverzeichnis	30

Doc: „Then tell me, future boy, who's President of the United States in 1985?“

Marty: „Ronald Reagan.“

Doc: „Ronald Reagan? The actor? Ha! Then who's vice president? Jerry Lewis? I suppose Jane Wyman is the First Lady!“

Marty: „Whoa. Wait Doc!“

Doc: „And Jack Benny is secretary of the treasury.“

Marty: „Doc, you gotta listen to me.“

Doc: „I've had enough practical jokes for one evening. Good night, future boy!“¹

Zusammenfassung

Typischerweise wird in der Diskussion um Strafe und Justiz häufig mit dem Begriff der Sicherheit operiert. Um das tun zu können, müssen zwei Wirkungsmechanismen unterstellt werden, nämlich 1. dass Strafrecht die Sicherheit der Bevölkerung gewährleisten oder mindestens vergrössern könne, und 2. dass auch auf philosophisch-theoretischer Ebene der Existenzgrund von Strafrecht in der Prävention liege. Demgegenüber lehnt unser Beitrag dies ab, unterscheidet Strafrecht von Polizeirecht und zeigt auf, dass das Strafrecht die Sicherheit weder fördern kann noch will.

1. Back to the Future

Die USA sind die Zukunft des Westens. Nicht in dem Sinne, dass sie gültige Lösungen unserer Probleme offerieren würden oder dass wir uns analog entwickeln möchten oder gar sollten, sondern schlicht im Sinne einer Beschreibung dessen, was stattfindet. Der jeweilige Zustand der USA bildet nämlich ausgezeichnet ab, was in der restlichen westlichen Welt ein paar Jahrzehnte später ebenfalls kommen wird. Der Timelag wird zwar kleiner, aber nach wie vor kann man an den USA leicht unsere nächste Zukunft ablesen. Dass dem so ist, liegt nicht an einer unvernünftigen Amerikaphilie des Westens oder gar an einer bewussten Entscheidung. Ebensowenig wie die USA die eigene Entwicklung steuern, entscheidet

¹ Aus Robert Zemeckis Film „Back to the Future,“ 1985.

sich der übrige Westen, ihnen zu folgen. Vielmehr besteht die dringende Vermutung, dass es sich hier um nichts anderes als um das Resultat allgemeiner Evolutionsbedingungen postmoderner bzw. postindustrieller Gesellschaften handelt. Denn wer hätte noch vor 25 Jahren gedacht, dass sich selbst in Sachen Prüderie amerikanische Modelle langsam durchzusetzen beginnen. Dasselbe zeigt sich nun (mit einiger Verspätung) unglücklicherweise in der Kriminalpolitik.

In den Sechzigerjahren des letzten Jahrhunderts entdeckten dort konservative Politiker ein neues Betätigungsgebiet, um sich in Wahlkämpfen ins rechte Licht zu rücken: Kriminalität und Strafrecht. Ein solcher Politiker war etwa der Gouverneur des Bundesstaates Alabama sowie zweimaliger Präsidentschaftskandidat George Wallace.^{2,3} Wallace hatte im Jahre 1958 für das Amt des Gouverneurs von Alabama kandidiert, scheiterte aber an John Patterson, der sich im Wahlkampf auf Rassen(trennungs-)politik konzentrierte und die Unterstützung des Ku Klux Klans annahm, was Wallace damals noch abgelehnt hatte. Doch das sollte Wallace nicht noch einmal geschehen:⁴ Er, der nebst rhetorischer Begabung auch ein Gespür die Frustration der Amerikaner hatte,⁵ setzte in seinen Kampagnen fortan gerne und erfolgreich auf *law and order* und prägte seine Ansprachen mit Rhetorik der folgenden Art: „*If you walk out of this [hall] tonight and someone knocks you on the head, he'll be out of jail before you're out of the hospital, and on Monday morning, they'll try the policeman instead of the criminal.*“⁶ Er – von CARTER bildhaft als „*redneck poltergeist*“⁷ bezeichnet – weitete die Grenzen der akzeptablen Rhetorik aus und machte die Politik der Wut salonfähig.⁸ Etwas subtiler stiess zu dieser Zeit auch der Schauspieler und spätere 40. Präsident der USA, Republikaner Ronald Reagan, in das gleiche Horn.⁹

Grund für das Funktionieren solcher Wahl rhetorik dürfte gewesen sein, dass in Zeiten von steigender Kriminalität, sinkender Punitivität bzw. schrumpfender Gefängnispopulation und (in amerikanischer Optik) libera-

² Gouverneur der Jahre 1963-1967, 1971-1979 und 1983-1987. Wallace war eigentlich ein konservativer Demokrat, der aber 1968 für die American Independent Party ins Präsidentschaftsrennen ging.

³ STUNTZ, Collapse, 236.

⁴ STEWART, Governors, 214.

⁵ CARTER, Legacy, 6, 8 f.

⁶ Zit. bei STUNTZ, Collapse, 236 f.

⁷ CARTER, Legacy, 12.

⁸ CARTER, Legacy, 12.

⁹ CARTER, Legacy, 12; STUNTZ, Collapse, 238 ff.

ler Entscheidungen des Supreme Court¹⁰ dergestalt die weisse Arbeiterklasse als entscheidende Wählerschaft gewonnen werden konnte.¹¹ Man kann sagen, dass die „Kuscheljustiz“ als Konzept im Süden der USA bereits vor 50 Jahren als Zielscheibe entdeckt wurde, auf die zu schießen sich lohnte und zudem einfach war. STUNTZ dazu: „...because the Court was the Court, crime talk was cheap talk: politicians couldn't change the constitutional rulings that prompted so much controversy, so their criticisms were unburdened by the need to exercise government responsibility.“¹²

Die hiesigen Parallelen zur Entwicklung in den USA sind vielleicht weniger extrem, aber dennoch unübersehbar. Der Blick in die amerikanische Vergangenheit der Sechzigerjahre nimmt unsere Gegenwart vorweg, und die Entwicklung seit Wallace und Konsorten kann uns unsere Zukunft aufzeigen:¹³ Denn auch bei uns haben konservative Kreise¹⁴ das Strafrecht entdeckt, um Wählerstimmen zu gewinnen, was die Medien als Thema seither dankbar aufnehmen.¹⁵ SVP-Nationalrat Alfred Heer hielt beispielsweise in der Sommersession 2009 fest, dass „gemäss Statistik des Bundesamtes für Statistik 69,7 Prozent der Gefängnisinsassen Ausländer [sind]. Dabei ist zu berücksichtigen, dass bei den Schweizern die Eingebürgerten nicht separat erfasst werden. Bei den schweren Gewaltdelikten sind gemäss Statistik der Kantonspolizei Zürich 58,2 Prozent der Tatverdächtigen Ausländer. Faktisch stellen die Ausländer bei sämtlichen Delikten rund 50 Prozent der Täterschaft. Bei den Einbrüchen ist der Kriminaltourismus besonders beliebt. Wird man erwischt, gibt es eine bedingte Strafe; wird man ein zweites Mal erwischt, gibt es vielleicht eine unbedingte Strafe. Im System der Kuscheljustiz Schweiz bedeutet dies jedoch,

¹⁰ In das Jahr 1966 fiel etwa der berühmte Entscheid *Miranda v. Arizona*, abrufbar unter <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=384&invol=436, 26.6.2012>. Aufgrund solcher und anderer höchstrichterlicher Entscheidungen wie bspw. *Mapp v. Ohio* wurden Kriminalität und ihre (Nicht-)Bekämpfung nationale Themen, währenddem sie das vorher vor allem auf Stufe Bundesstaat waren, STUNTZ, *Collapse*, 238.

¹¹ STUNTZ, *Collapse*, 237 f.

¹² STUNTZ, *Collapse*, 238.

¹³ Dabei warnte bereits TRECHSEL, ZStrR 1974, 272 f. unter Hinweis auf kriminalpolitische Äusserungen Nixons vor der Abkehr von wissenschaftlichen Methoden.

¹⁴ Die Linke hat das allerdings sehr schnell ebenfalls gelernt.

¹⁵ Vgl. dazu etwa NIGGLI/MAEDER, FS-Wiprächtiger. In den USA zeichnete sich das Phänomen der Verschmelzung von Medien und Politik auch bereits in den 1960er-Jahren ab, CARTER, *Legacy*, 8.

dass man im Gefängnis arbeiten und Geld nach Hause schicken kann. Von Strafe also keine Spur, vielmehr handelt es sich für die Kriminaltouristen um eine Art Zwangspause, welche aber mit verschiedenen Annehmlichkeiten verbunden ist.“¹⁶ Das Schema ist identisch mit demjenigen von Wallace, indem auf eine für Wahlen und Abstimmungen wenig relevante Gruppe und auf die Gerichte gezielt wird.¹⁷

In den USA sahen sich die liberalen Politiker gezwungen, auf diesen Zug aufzuspringen. Dazu gehörten bspw. Lyndon Johnson, Robert Kennedy, Jimmy Carter oder Nelson Rockefeller. Letzterer setzte sich etwa für drakonische Strafen für Drogenkonsumenten ein. In der Folge schaukelten sich Linke und Rechte gegenseitig hoch, was sich beispielsweise an der Hinrichtung von Ricky Ray Rector im Jahr 1992 in Arkansas zeigte:¹⁸ Rector war wegen Ermordung eines Polizisten zum Tode verurteilt worden,¹⁹ blieb jedoch aufgrund eines einer Lobotomie gleichkommenden selbst zugefügten Kopfschusses kurz nach der Tat geistig behindert.²⁰ Der Gouverneur von Arkansas hatte 1992 zu entscheiden, ob er Rector die Begnadigung („clemency“) gewähren und seine Strafe umwandeln sollte. Diese Macht lag damals in den Händen Bill Clintons, der nach seiner Abwahl als Gouverneur von Arkansas im Jahr 1980 – wo ihm im Vorfeld vorgeworfen worden war, er gehe mit Kriminellen zu rücksichtsvoll um – seit 1982 wieder im Amt und zu der Zeit im Rennen um die Präsidentschaft war.²¹ Clinton reiste – obwohl rechtlich keine Verpflichtung dazu bestand²² – während des Wahlkampfes speziell für die Hinrichtung zurück nach Arkansas, wohl um ein Zeichen zu setzen und allfälligen „Kuschel“-Vorwürfen der politischen Gegner zuvorzukommen: Er zeigte seine Unterstützung für die Todesstrafe und seinen Kampf gegen Kriminalität, auch wenn er die Hinrichtung Rectors persönlich möglicherweise für falsch gehalten haben mag.²³ Aber was wollte Clinton seinen potentiellen Wählern damit mitteilen? An einer Debatte in New Hampshire, am letzten Sonntag vor Rectors Hinrichtung, erklärte er zur Todesstrafe: „/[Democ-

¹⁶ AB 2009 N 989.

¹⁷ Zur Wahrnehmung der gerichtlichen Tätigkeit vgl. auch NIGGLI/MAEDER, FS-Wiprächtiger.

¹⁸ STUNTZ, Collapse, 238 f.

¹⁹ FRADY, Death, 115.

²⁰ FRADY, Death, 110 ff.; STUNTZ, Collapse, 240.

²¹ FRADY, Death, 107 f.; STUNTZ, Collapse, 240.

²² FRADY, Death, 124.

²³ FRADY, Death, 108, 124; STUNTZ, Collapse, 240 f.

rats] should no longer feel guilty about protecting the innocent.“²⁴ Es sollte also um Schutz gehen, man könnte auch sagen um Sicherheit, und um dieses Ziel zu erreichen, sollte das Strafrecht eingesetzt werden.

Auch in der Schweiz sind – zumeist populistische²⁵ – Rufe nach neuen oder schärferen Strafnormen nicht auf konservative Kreise beschränkt. So forderte unlängst eine Motion von SP-Nationalrat Hans-Jürg Fehr die Wiedereinführung der Strafbarkeit von Verleitung zu Spekulation.²⁶ Auch hier geht es um Prävention und um Schutz: „*Es ist zu vermuten, dass von einer solchen Strafbestimmung eine erhebliche präventive Wirkung ausgeinge, und darum sollte sie im gleichen oder ähnlichen Wortlaut wieder ins Strafrecht aufgenommen werden. Ziel ist der Schutz von unerfahrenen oder unbedarften Bankkundinnen und Bankkunden vor Anlageberatern, die sie zu spekulativen Investitionen in Anlageprodukte verleiten, die ein Klumpenrisiko für das Vermögen der Kleinkundinnen und Kleinkunden darstellen.*“²⁷ Zu denken ist auch an das Postulat 09.3366 „Überprüfung der Gerichtspraxis bezüglich Ausschöpfung der Strafrahmen“ vom 27. April 2009 von Nationalrat Daniel Jositsch, das nicht primär die Strafrahmen, sondern die Gerichte problematisiert, die diese Rahmen nicht ausschöpfen würden.²⁸ Jüngst nun schliesslich die Parlamentarische Initiative 12.483 vom 4. Juni 2012 „Mehr Schutz der Geschädigten beim Betrugstatbestand“,²⁹ die potentiell Geschädigte schützen will, indem das Tatbestandsmerkmal der Arglist bei Art. 146 StGB³⁰ abgeschafft oder doch wenigstens eingeschränkt werden soll.

²⁴ FRADY, Death, 122.

²⁵ Vgl. auch STRATENWERTH, AT I, § 2 N 2: „*Auf der anderen Seite herrscht nunmehr die Tendenz, das in der Bevölkerung angesichts steigender Komplexität der gesamtgesellschaftlichen Entwicklung verbreitete, medial geschürte Gefühl tiefer Verunsicherung und Bedrohung durch den Ruf nach mehr und härterem Strafrecht populistisch auszuschlachten. Umso dringlicher ist es, darauf zu beharren, dass die Strafe nur rational mit dem Zweck des Schutzes der rechtlichen Ordnung begründet werden kann, und sich darüber zu verständigen, welches Mass an Strafe dieser Zweck erfordert und auf welche Weise ihn die Strafe zu erfüllen vermag.*“

²⁶ Motion 11.4101 vom 21.12.2011, abrufbar unter www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20114101, 27.6.12.

²⁷ Fn. 26.

²⁸ www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20093366, 2.7.2012.

²⁹ www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20120438, 2.7.2012.

³⁰ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0).

Das Schema ist immer das Gleiche: Es wird behauptet, es gäbe ein bestimmtes Problem X, das die Sicherheit der Bevölkerung tangiere, und eine Strafnorm Y könne dieses Problem lösen und Sicherheit produzieren. Man scheint der Ansicht zu sein, dass Punitivität wie ein Lautstärkeregler an einer Stereoanlage funktioniert: wenn man in die eine Richtung dreht geht die Kriminalität zurück, dreht man in die andere nimmt sie zu. Mit anderen Worten: Die Medien wünschen und die Politik verspricht mehr Sicherheit durch mehr Strafe. 50 Jahre nach den USA sind wir also selbst hier, in der traditionell langsameren Schweiz, auf der Repressions- und Sicherheitsschiene, man könnte auch sagen im Präventionsbahnhof angekommen.

2. Straftheoretische Ausrichtung

Strafrecht blickt immer und notwendig in die Vergangenheit, auf eine Tat. Zum einen ergibt sich das bereits aus dem Bestimmtheitsgebot von Art. 1 StGB: „*Eine Strafe oder Massnahme darf nur wegen einer Tat verhängt werden, die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt.*“ Der Artikel spricht ausdrücklich an, dass *wegen* einer Tat gestraft wird, mit anderen Worten nur dann, wenn eine Tat begangen oder zumindest versucht wurde. Für den blossen Gedanken an eine Straftat – oder gar schlimmer, schon vor diesem ersten Gedanken – darf nicht (präventiv) gestraft werden. Solange der Täter sich nicht äusserlich erkennbar gegen ein Verbot oder Gebot des Strafrechts wendet, wird er nicht gestraft. Umgekehrt ist vom Rechtstreuen – etwa im Unterschied zur Ethik – nicht verlangt, dass er die Normen aus achtenswerten Gründen oder aus Überzeugung befolgt: Die Motivation für die Normtreue spielt keine Rolle.

Zum anderen zwingt das Schuldprinzip zum Blick in die Vergangenheit. Strafe setzt bekanntlich Schuld voraus, und Schuld kann nur mit Blick auf eine Tat bestimmt werden. Dies führt dazu, dass Strafrecht als Reaktion auf eine Rechtsverletzung immer zu spät kommt: die Tat ist geschehen, und kann nicht ungeschehen gemacht werden.³¹ Das tatsächliche Opfer einer Straftat wurde ganz offensichtlich vom Strafrecht nicht geschützt.

³¹ So auch JESCHECK/ WEIGEND, Lehrbuch, 4.

Bereits hier wird erkennbar, warum die Orientierung auf Sicherheit als Ziel des Strafrechts sich notwendig am Bestimmtheitsgrundsatz und am Schuldprinzip stossen muss.

Wenn nun von Schutz und von Sicherheit gesprochen wird, dann kann damit nur eine prospektive, also zukunftsgerichtete Wirkung gemeint sein. Das aber setzt voraus, dass der Strafe *irgendeine* präventive Wirkung zukommt und diese Wirkung überhaupt bewusst beeinflussbar ist. Wie erwähnt ist die geläufigste Vorstellung eine lineare, also eben der geschilderte Lautstärkeregler: Wenn die Strafandrohung oder die verhängten Strafen strenger werden, wird die Präventionswirkung erhöht, und umgekehrt. Liegt der Zweck der Strafe in ihrer Präventionswirkung, so erscheint das Bestreben nach Verschärfung einsichtig. Zwingend notwendig aber sind für diese Argumentation relative Straftheorien. Danach nämlich ist Grund und Zweck von Strafe die Senkung von Kriminalität und Schaffung von Sicherheit.³² Gemeint ist damit üblicherweise (jedenfalls wird das so medial und politisch diskutiert) die konkrete Sicherheit. Behauptet wird also, dass Delikte verhindert werden, die ohne diese Prävention geschehen würden. Der Diskurs orientiert sich also an der (negativen wie positiven) Spezialprävention und an der negativen Generalprävention. Konzepte der positiven General- oder Integrationsprävention (Normbestätigung etc.) sprechen dagegen nicht die Sicherheit, sondern eher das Sicherheitsgefühl und Vertrauen an. Sie sind (jedenfalls im politischen Diskurs) typischerweise nicht gemeint.

Folgt man der Argumentation und schreibt dem Strafrecht Präventionsaufgabe und -wirkung zu, so stellen sich indes folgende Fragen:

1. Kann Strafrecht das überhaupt? und
2. Will Strafrecht das überhaupt?

3. Tatsächliche Präventionswirkung von Strafrecht

3.1. Metaphysisch-relative Straftheorien?

Jeder, der eine Präventionstheorie vertritt, muss sich dem empirischen Nachweis seiner Theorie stellen. Scheitert der, ist auch die Theorie unhalt-

³² Statt vieler zuletzt etwa HÖRNLE, Straftheorien, 20 ff.; HOERSTER, Strafe, 51 ff.

bar.³³ Ein „metaphysisch-relativer“ Ansatz wäre bereits ein Widerspruch in sich, dennoch trifft man das tatsächlich an. Ein Beispiel aus neuerer Zeit wäre etwa HOERSTER, der zwar nicht eine Präventionstheorie im herkömmlichen Sinn, sondern eine Theorie der Strafe im Interesse des Bürgers³⁴ vertritt. Aber dennoch: „*Aus meinen bisherigen Ausführungen dürfte hervorgehen, dass ich für eine unverzichtbare Voraussetzung einer begründeten Strafe die Prävention halte – die Prävention von künftigen Handlungen, illegitimen sowie rechtswidrigen, auf die mit der Strafe reagiert wird.*“³⁵ Und – befremdlich, aber immerhin konsequent –: „*Ich würde insofern auch ohne weiteres für die Straffreiheit der Vergewaltigung plädieren, wenn jegliche Form ihrer Bestrafung tatsächlich ohne jede Präventionswirkung bliebe.*“³⁶ Empirische Belege führt HOERSTER jedoch nicht an, sondern behauptet schlicht, Abschreckung funktioniere mit hoher Wahrscheinlichkeit,³⁷ oder die Annahme sei sicher nicht abwegig, dass ohne ein System der Kriminalstrafe sicher mehr Rechtsverletzungen stattfinden würden.³⁸ Reine Spekulation. Das einzige Wort zur Empirie findet sich im Zusammenhang mit der Todesstrafe, wo HOERSTER – eigentlich ironischerweise – festhält, dass sich keine grössere Abschreckungswirkung als bei lebenslanger Freiheitsstrafe nachweisen lasse.³⁹ Die Vermengung von absoluten und relativen Theorien treibt denn auch merkwürdige Blüten, etwa dass zwar KANT dessen Talionsprinzip vorgeworfen,⁴⁰ aber die Frage der Strafzumessung offen gelassen wird.⁴¹

³³ „*Mit der Prüfung wird kein externer Massstab angewandt, sondern es wird das Zweck-Strafrecht an den Ansprüchen gemessen, die es an sich selbst stellt.*“ KUNZ, Kriminologie, § 24 N 2.

³⁴ HOERSTER, Strafe, 81 ff.

³⁵ HOERSTER, Strafe, 89.

³⁶ HOERSTER, Strafe, 94.

³⁷ HOERSTER, Strafe, 89.

³⁸ HOERSTER, Strafe, 52

³⁹ HOERSTER, Strafe, 97.

⁴⁰ HOERSTER, Strafe, 31 ff.

⁴¹ So beispielsweise: „*Damit komme ich zur Frage nach der gerechten Schwere oder dem gerechten Mass der Strafe. Ich denke dabei nicht an die konkrete Strafe, die für eine konkrete Tat vom zuständigen Richter zu verhängen ist, sondern an den Strafrahmen (...).*“, HOERSTER, Strafe, 98 f.

3.2 Empirische Nachweise

3.2.1 Schwierigkeiten mit der Statistik

Die empirische Erforschung der Wirkung von Strafe ist eine äusserst schwierige Angelegenheit. Das beginnt bereits beim Lesen der Statistiken, die sich mit Kriminalität auseinandersetzen.

Strafurteile Erwachsene für Verbrechen oder Vergehen 1984 und 2010

	absolut ⁴²		pro 100'000 Einwohner ⁴³		
	1984	2010	1984	2010	
Diebstahl	9'283	7'238	143.79	91.97	-36.04%
sexuelle Handlungen mit Kindern	449	319	6.95	4.05	-41.72%
Vergewaltigung	69	112	1.07	1.42	33.15%
fahrlässige Körperverletzung	831	1'050	12.87	13.34	3.65%
einfache Körperverletzung	724	2'593	11.21	32.95	193.79%
schwere Körperverletzung	32	132	0.50	1.68	238.38%
fahrlässige Tötung	425	140	6.58	1.78	-72.98%
vorsätzliche Tötung	41	65	0.64	0.83	30.05%
Mord	9	8	0.14	0.10	-27.08%
grobe Verkehrsregelverletzung	3'253	25'605	50.39	325.34	545.68%

Vorstehende Tabelle zeigt, wie sich die Verurteilungszahlen bei ausgewählten Delikten von 1984 zu 2010 verändert haben. Nur – was sagen diese Zahlen über die Wirkung der Strafen? Bedeuten 7238 Verurteilungen wegen Diebstahls, dass Art. 139 StGB gut oder schlecht funktioniert? Und was bedeutet die Veränderung? Zeigen blosse acht Verurteilungen wegen Mordes im Jahr 2010 (bei einem Rückgang um rund 27%), dass diese Strafbestimmung mehr Morde verhindert, oder wäre sie eigentlich überflüssig? Bei anderen Strafbestimmungen scheint der Bundesrat tatsächlich so zu denken: Art. 278 StGB (Störung des Militärdienstes) etwa

⁴² Zahlen Verurteilungen abrufbar unter www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/19/22/lexi.Document.21939.xls, 4.7.12.

⁴³ Ständige Wohnbevölkerung jeweils am Ende des Jahres, Zahlen abrufbar unter www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/02/blank/data/01.Document.67175.xls, 4.7.12.

soll im Rahmen der Strafrahmenharmonisierungsvorlage vor allem deshalb aufgehoben werden, weil seine praktische Bedeutung gering sei. So seien von 1960 bis 2007 nur 124 Urteile ergangen.⁴⁴

Es wird sofort deutlich, dass eine Strafurteils- oder Kriminalitätsstatistik nichts über die Strafwürdigkeit eines Verhaltens aussagen kann. Genauso wenig klärt sie über die Gründe einer Zu- oder Abnahme von Kriminalität auf, ja kann nicht einmal eindeutig sagen, ob die Kriminalität tatsächlich zu- oder abgenommen hat,⁴⁵ ob intensiver verfolgt wurde oder die Rechtsprechung die Anforderungen für eine Verurteilung verändert hat.

3.2.2 Einschätzungen in der Wissenschaft

Uns geht es vorliegend nicht um die Frage, ob die gesamte Institution „Strafverfolgung und -justiz“ eine Wirkung oder gar Abschreckungswirkung erzielt,⁴⁶ sondern vielmehr darum, ob eine bestimmte Änderung innerhalb des Systems einen tatsächlichen Effekt hat.⁴⁷ Die Belege einer tatsächlichen Präventionswirkung sind, das kann in aller Kürze festgehalten werden, schwach:

Spezialprävention kann per Definition nur die Verhinderung von Rückfällen anstreben. Nach dem heutigen Stand der Forschung ist aber schon unklar, ob die Strafe zur Rückfallverhinderung notwendig oder geeignet ist. Denkbar ist gar, dass die Strafe an sich kriminogen ist. Die bisherigen Untersuchungen weisen jedenfalls darauf hin, dass sich Freiheitsentzug umso negativer auswirkt je repressiver er ist⁴⁸ – man denke etwa an SCHILLERS Sonnenwirth.⁴⁹ Andere Untersuchungen legen sogar nahe, dass die empfundene Sanktionshärte eines Freiheitsentzugs mit zu-

⁴⁴ Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht, 41 (abrufbar unter www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/sicherheit/gesetzgebung/strafrahmenharmonisierung/vn-ber-d.pdf, 4.7.12).

⁴⁵ KUNZ, Kriminologie, § 19 N 11 f.

⁴⁶ So etwa SUHLING/GREVE, Consequences, 420 f.; VON HIRSCH et al., Deterrence; ROBINSON/DARLEY, Deterrence, 197; sowie NAGIN, Deterrence.

⁴⁷ Vgl. etwa NAGIN, Deterrence, 2 f.

⁴⁸ STRATENWERTH, AT I, § 2 N 16 f.; zum Ganzen auch KUNZ, Kriminologie, § 26, v.a. N 23 f.; ROBINSON/DARLEY, Deterrence, 186 ff. Vgl. hinsichtlich Sensibilisierung durch Senkung des Strafniveaus KAISER, Einführung, 84.

⁴⁹ SCHILLER, Infamie, 13: „Ich betrat die Vestung (...) als ein Verirrter, und verliess sie als ein Lotterbube.“

nehmender Länge rückblickend abnimmt, da sich der Eingesperzte an seine Situation gewöhnt hat und sie als normal empfindet. Ausserdem kann der Gefängnisaufenthalt unempfindlich(er) für negative Erfahrungen machen.⁵⁰ Es ist also nicht einmal eindeutig, dass sich die empfundene Härte einer Strafe über deren Dauer steuern lässt, was aber der typischen Vorstellung des Strafmechanismus entspricht.

Die negative Generalprävention muss jedenfalls in ihrer ursprünglichen Variante wohl als gescheitert betrachtet werden.⁵¹ Es kommt primär darauf an, welches Sanktionsrisiko besteht, dass auf eine bekannt gewordene Normverletzung überhaupt reagiert wird und wie schnell dies geschieht, Art und Mass der Strafe spielen innerhalb eines weiten Spielraums – wie bei der Spezialprävention⁵² – eine ganz untergeordnete Rolle.⁵³ Zudem ist die isolierte Wirkung von Strafe bzw. ihrer Veränderung isoliert gar nicht feststellbar.⁵⁴ Es überrascht daher nicht, dass bis dato hinsichtlich Kriminalitätsentwicklung – allen Unkenrufen zum Trotz – keinerlei Hinweise auf negative Auswirkungen des per 1.1.2007 revidierten AT StGB bestehen,⁵⁵ was die These von der Austauschbarkeit der Sanktionen bestätigt.

Der Befund, dass sich die Kriminalität nicht einfach so über Strafe steuern lässt, soll mit zwei Beispielen belegt werden.

3.2.3 Härteste Strafen wirksam?

Als härteste (irdische) Strafe dürfte wohl die Todesstrafe gelten. Dennoch nehmen Menschen für bestimmte Ziele ganz offensichtlich selbst den Tod in Kauf, andernfalls wären Aufstände wie jüngst in Libyen oder Syrien gar nicht denkbar. Aber auch gewöhnliche Delikte aus dem Kernstrafrecht

⁵⁰ ROBINSON/DARLEY, Deterrence, 188 ff.

⁵¹ Vgl. ausführlich NIGGLI, Ordnung, *passim*.

⁵² KAISER, Einführung, 88 f.

⁵³ KUNZ, Kriminologie, § 25 N 8 ff.; KLEIMAN/KILMER, Deterrence, 14234; ROBINSON/DARLEY, Deterrence, 174 u. 199 f.; KAISER, Einführung, 81 ff. Zu individuell unterschiedlichen Reaktionen auf Strafe und Abschreckungsmechanismen vgl. PIQUERO et al., Individual Difference, *passim*.

⁵⁴ KUNZ, Kriminologie, § 24 N 4 f.

⁵⁵ Vgl. BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Neues Sanktionenrecht und strafrechtlicher Rückfall, Erste Analysen der Rückfallentwicklung seit Inkraftsetzung des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches im Jahr 2007, Neuchâtel 2011, z.B. 10 (abrufbar unter www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/news/publikationen.Document.149908.pdf, 4.7.12). Für Beispiele aus anderen Ländern auch ROBINSON/DARLEY, Deterrence, 198 ff.

liessen sich in der Vergangenheit mit der Todesstrafe nicht ausrotten. Nach der CCC⁵⁶ wurden bspw. Notzüchter, Räuber, Aufrührer, Landzwynder, Landfriedensbrecher, Abtreiber und Totschläger mit dem Schwert vom Leben zum Tode gebracht,⁵⁷ Brenner mit dem Feuer gerichtet,⁵⁸ während Einbruchs- und Rückfallsdiebe den ehrlosen Tod am Galgen sterben mussten.^{59, 60} Dennoch wird niemand behaupten, dass es diese Delikte damals nicht oder nur selten gegeben habe.

3.2.4 Abschreckung von Einbrechern?

Auch kriminologische Untersuchungen zeigen kein anderes Bild. Vor rund zwanzig Jahren etwa haben CROMWELL/OLSON/AVERY eine immer noch interessante Studie über aktive Einbrecher verfasst. Einbrecher schienen besonders interessant, weil vermutet wurde, dass sie ihre Delikte in erster Linie aus ökonomischen Gründen verüben und deshalb Aufschlüsse über mehr oder weniger rationale Entscheidungen erwartet wurden. Dies etwa im Gegensatz zu expressiven Verbrechen, die um ihrer selbst willen verübt werden.⁶¹ CROMWELL/OLSON/AVERY führten mit den Einbrechern nicht bloss Interviews durch, sondern fuhren oder spazierten mit ihnen auch herum und diskutierten Objekte, in welche der betreffende oder ein anderer Teilnehmer der Studie bereits eingebrochen war. Bei den Begehungungen oder Fahrten wurde zudem untersucht, welche anderen Objekte die Einbrecher als Ziel auswählen würden, und weshalb.⁶² Eine wichtige Feststellung war, dass die Einbrecher primär gegenwartsorientiert sind, zukünftige Ereignisse oder Konsequenzen scheinen in ihrer Nutzen-Risiko-Abwägung kaum eine Rolle zu spielen.⁶³ Als Risikofaktoren erachten sie vor allem, ob sie ungesehen in das Zielobjekt eindringen können, ob jemand zuhause und der eigentliche Einbruch einfach möglich ist. Entsprechend gestalten sich auch die Abschreckungs-

⁵⁶ Constitutio Criminalis Carolina bzw. Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532.

⁵⁷ Art. 119, 126-129, 133 und 137 CCC.

⁵⁸ Art. 125 CCC.

⁵⁹ Art. 159 und 162 CCC.

⁶⁰ RADBRUCH, CCC, 320 f.

⁶¹ CROMWELL/OLSON/AVERY, Breaking, 11 f.

⁶² CROMWELL/OLSON/AVERY, Breaking, 14 ff.

⁶³ CROMWELL/OLSON/AVERY, Breaking, 33; das entspricht dem im Vergleich zur Normalpopulation verkürzten Zeithorizont von Straftätern (vgl. NIGGLI, Ordnung, 320 ff.; ROBINSON/DARLEY, Deterrence, 174 und 193 ff.)

möglichkeiten: Ein Hund, eine Alarmanlage, sichere Türen und Fenster sowie aufmerksame Nachbarn sind die besten Mittel.⁶⁴ Weitere Faktoren, die das Verhalten der Einbrecher beeinflussen sind Gruppeneffekte,⁶⁵ Betäubungsmittel⁶⁶ und – schlicht und einfach – Tatgelegenheiten.⁶⁷ Die Einbrecher verhalten sich vor allem opportunistisch und weniger rational, als man erwartet haben könnte,⁶⁸ und obwohl finanzielle Bedürfnisse als primäre Motivation genannt wurden, spielen Aufregung und Nervenkitzel fast für alle Informanten eine Rolle.⁶⁹

Besonders interessant sind die Erkenntnisse zu der Frage, wieso ein Einbrecher seine kriminellen Aktivitäten beendet (oder auf geringere Delikte verlagert): Einerseits spielt das Älterwerden eine Rolle, das Heiraten und Familie gründen, legale Verdienstmöglichkeiten und das Verschwinden der früheren „peer group“.⁷⁰ Andererseits ist aber auch nicht zu übersehen, dass mit zunehmendem Alter die Angst vor Bestrafung zunimmt und schliesslich zur Aufgabe der Delinquenz oder zu minderschweren Delikten führt. Die Befragten gaben an, dass Strafe in den frühen Jahren der kriminellen Karriere keine abschreckende Wirkung auf sie ausübte, weil ihnen die tiefen Aufklärungsraten bekannt waren. Ausserdem schienen sie sich darauf zu verlassen, dass man zuerst nur eine bedingte Strafe erhalten würde.⁷¹ Wie ein Teilnehmer sagte: „You get one free crime.“⁷² Entscheidender als die Strenge der Strafen war für die Einbrecher die Wahrscheinlichkeit, erwischt zu werden.⁷³ Und je öfter sie erwischt wurden, desto grösser wurde beides: Für Rückfalltäter sind die Strafen härter, und die Einbrecher gingen davon aus, dass nach einer oder mehreren Verurteilungen ihr modus operandi bekannt sei und sie deshalb eine erhöhte Wahrscheinlichkeit für eine Verurteilung hatten. So erzählte ein Informant, dass die Polizei ihn jedes Mal geholt habe, wenn im Umkreis von 5

⁶⁴ CROMWELL/OLSON/AVERY, *Breaking*, 40.

⁶⁵ CROMWELL/OLSON/AVERY, *Breaking*, 67 ff.; s.a. ROBINSON/DARLEY, *Deterrence*, 179 f.

⁶⁶ CROMWELL/OLSON/AVERY, *Breaking*, 52; s.a. ROBINSON/DARLEY, *Deterrence*, 179 ff. und 194 f. (alkohol- oder drogeninduzierte Kurzsichtigkeit).

⁶⁷ CROMWELL/OLSON/AVERY, *Breaking*, 41 ff.

⁶⁸ CROMWELL/OLSON/AVERY, *Breaking*, 50.

⁶⁹ CROMWELL/OLSON/AVERY, *Breaking*, 21.

⁷⁰ CROMWELL/OLSON/AVERY, *Breaking*, 83.

⁷¹ CROMWELL/OLSON/AVERY, *Breaking*, 83 f.

⁷² CROMWELL/OLSON/AVERY, *Breaking*, 84.

⁷³ Das wird im Wesentlichen bestätigt durch die Analysen von VON HIRSCH et al., *Deterrence*.

Meilen um sein Haus ein Einbruch stattgefunden hatte. Wenn in so einer Situation dann eine extreme Strafe wie beispielsweise Lebenslänglich droht (*three-strikes-laws*) kann dies einen Abschreckungseffekt haben⁷⁴ (wobei Straftäter – wie der Rest der Bevölkerung – kaum richtig abschätzen können, welche Strafe sie erwartet⁷⁵). Fraglich bleibt allerdings, ob man eine derartige Justiz wünscht.⁷⁶

Zusammengefasst: Die Studie konkretisiert sehr schön die Zweifel an der Abschreckungswirkung von Strafe. Die Befragten hielten Massnahmen auf der Mikro-Stufe – den Kauf eines Hundes, die Installation einer Alarmanlage etc. – für effektiver als die Erhöhung von Strafandrohung oder Verschärfung der Sanktionspraxis. Kriminalitätsverhinderungsstrategien, die Risiken und Kosten der Einbrüche erst zukünftig ansetzen (z.B. nach einer Verurteilung) wurden als beinahe hypothetisch betrachtet und hatten entsprechend wenig Wirkung.⁷⁷

3.3 Zwischenfazit

Mit der Variable „Strafe“ bzw. Strafschärfe kann Sicherheit nicht bewirkt oder verbessert werden, weniger Delinquenz bzw. mehr Sicherheit lassen sich nicht bewirken, indem einfach Strafandrohungen oder konkrete Strafen verschärft werden.⁷⁸ Die erste unserer Fragen kann also verneint werden: Strafrecht bzw. Strafen produzieren keine Sicherheit.

3.4 Back to the Future Part II

Wer unserem Zwischenfazit gegenüber skeptisch bleibt, kann einen Blick in Vergangenheit und Gegenwart der USA werfen, um unsere potentielle Zukunft zu sehen: Was hat es den USA gebracht, auf harte Sanktionen zu setzen? Ausgewirkt hat sich das vor allem auf die Gefängnispopulation:

⁷⁴ CROMWELL/OLSON/AVERY, *Breaking*, 85 f.

⁷⁵ ROBINSON/DARLEY, *Deterrence*, 176 ff.

⁷⁶ Siehe dazu RIKLIN, AT, § 5 N 44; ROXIN, AT, § 3 N 32.

⁷⁷ CROMWELL/OLSON/AVERY, *Breaking*, 89 f.

⁷⁸ So auch ROBINSON/DARLEY, *Deterrence*, 197.

Gefängnisinsassen in den USA pro 100'000 Einwohner⁷⁹

Jahr	1880	1904	1923	1950	1972	1980	1985	1990	1995	2000	2005	2007	2010
	61	69	74	118	93	139	200	292	411	478	491	506	497

Zum Vergleich dazu die entsprechenden Zahlen der Schweiz in den letzten rund 10 Jahren, wobei allerdings hier auch die Untersuchungshäftlinge miterfasst sind:

Gefängnisinsassen in der Schweiz pro 100'000 Einwohner⁸⁰

Jahr	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
	82	79	71	68	71	81	83	79	76	76	79	79	78

Während hier die Gefängnispopulation sehr konstant geblieben ist, nahm sie in den USA stark zu. Man würde nun vermuten, das habe zu einer messbaren Reduktion der Kriminalität oder wenigstens zu einer Korrelation von steigender Gefängnispopulation und sinkender Kriminalität geführt. Das aber trifft nicht zu. Die Kriminalität ging ab 1991 zurück, also mehr als 20 Jahre nachdem die Gefängnispopulation derart zu wachsen begann. Nicht die Verschärfungen im Strafrecht können also ursächlich für diese Abnahme sein, denn sonst hätte ja die Abnahme früher einsetzen und stärker sein müssen.⁸¹

4. Ist Präventionswirkung Aufgabe des Strafrechts?

Die Antwort unsere zweite Frage ergibt sich aus der Definition von Strafrecht.⁸² Oder anders gefragt: Was ist Strafrecht? Ein Blick in die einschlägigen Lehrbücher könnte weiterhelfen. So heisst es etwa bereits bei HANS SCHULTZ: „*In der Sprache der modernen Wissenschaft ausgedrückt er-*

⁷⁹ Quelle für die Jahre bis 1972 STUNTZ, Collapse, 33; für die Folgejahre das Sourcebook of criminal justice statistics Online, Table 6.23.2010: Rate (per 100'000 resident population) of sentenced prisoners under jurisdiction of State and Federal correctional authorities on December 31 (abrufbar unter www.albany.edu/sourcebook/pdf/t6292010.pdf, 4.7.12).

⁸⁰ www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/19/03/05/key/ueberblick/wichtigsten_zahlen.Document.128203.xls, 4.7.12.

⁸¹ STUNTZ, Collapse, 36 f.

⁸² Vgl. zu den theoretisch-philosophischen Einwänden gegen relative Straftheorien auch NIGGLI/MAEDER, Philosophie, v.a. 182 ff.

*scheint das Strafrecht als ein Faktor, der menschliches Verhalten stabilisiert; dies ist der Kern der Generalprävention (...). Auf diese Weise wirkt das **Strafrecht** als Bewährung der Rechtsordnung und als **Schutz der Rechtsgüter**, welche durch die Rechtsnormen umschrieben werden, deren Verletzung Strafe nach sich zieht.*⁸³

Im Lehrbuch von KURT SEELMANN: „*Dass nur Rechte zu schützen seien, ist ein Gedanke, der in der Aufklärung gegen Ende des 18. Jahrhunderts aufkam. Er ist also die Strafzielbestimmung der ‚klassischen Moderne‘, die sich vorgenommen hat, nur einen Teilbereich sozialer Normen als ‚Recht‘ anzuerkennen und nur diese Rechtnormen mit Zwang durchzusetzen. Kurze Zeit später hat man den Begriff des ‚Rechtsgüterschutzes‘ vorgezogen, vor allem um zu verdeutlichen, dass auch Gegenstände des Interesses der Allgemeinheit geschützt werden. (...) Dies macht deutlich, dass es beim Strafrecht um den Schutz des Zusammenlebens im Sinne einer wechselseitigen Anerkennung der Einzelnen als freie, rechtlich gleiche und selbständige Personen mit ihren Gütern wie Leben, Körperintegrität, Freiheit und Eigentum sowie um die gesellschaftlichen Voraussetzungen dafür z.B. in der allgemeinen staatlichen Verfasstheit oder dem Funktionieren der Justiz, geht.*⁸⁴

Bei FRANZ RIKLIN: „*Die staatliche Strafe und das Strafrecht als Ganzes sind namentlich dann legitim, wenn sie dem elementaren Schutz der sozialen Ordnung, dem Schutz des friedlichen Zusammenlebens in der Gemeinschaft dienen. (...) Das Strafrecht schützt deshalb sowohl Rechtsgüter des Einzelnen (Leib, Körper, persönliche Freiheit, Vermögen) als auch Werte der Gemeinschaft, die für das friedliche Zusammenleben bedeutsam sind.*⁸⁵

Folgt man diesen Quellen, so soll es offenbar tatsächlich um Schutz gehen: Um den Schutz nämlich von Rechtsgütern, des Zusammenlebens, der sozialen Ordnung, der wechselseitigen Anerkennung. Auch der Blick über die nördliche Grenze bestätigt diesen Befund. So heisst es bei WESSELS/BEULKE: „*Durch den Schutz von Rechtsgütern dient das Strafrecht der Verwirklichung des Gemeinwohls und der Wahrung des Rechtsfriedens. Es ist eine Schutz- und Friedensordnung, die auf der sozialethischen Wertordnung unserer Verfassung beruht und sich an deren Zielsetzung orientiert. Aus dieser Bindung an das Grundgesetz folgt für das Strafrecht*

⁸³ SCHULTZ, AT, 27 (Hervorhebungen im Original).

⁸⁴ SEELMANN, AT, 1 f.

⁸⁵ RIKLIN, AT, § 4 N 4.

die Aufgabe, die elementaren Grundwerte des Gemeinschaftslebens zu sichern, die Erhaltung des Rechtsfriedens im Rahmen der sozialen Ordnung zu gewährleisten und das Recht im Konfliktfall gegenüber dem Unrecht durchzusetzen (...).⁸⁶ Und schliesslich ebenso knapp wie klar JESCHECK/WEIGEND: „Das Strafrecht hat die Aufgabe, Rechtsgüter zu schützen.“⁸⁷

Die zitierten Passagen zeigen deutlich auf, warum der Konnex von Strafrecht und Sicherheit so weitverbreitet unterstellt wird. Schützt nämlich Strafrecht etwas, so produziert es doch auch Sicherheit, oder nicht?⁸⁸ Ist demnach unser Zwischenbefund, wonach das Strafrecht keine Sicherheit produziert, falsch? Oder existiert etwa die behauptete Zielsetzung des Strafrechts gar nicht?

Um das zu beantworten, müssen wir uns vorweg Klarheit verschaffen über den Begriff des Schutzes. Eindeutig dürfte sein: Eine Norm, deren Verletzung keine Reaktion nach sich zieht, gilt nicht bzw. existiert qua Norm nicht. Ein Verbot, dessen Missachtung nichts auslöst, ist kein Verbot. Insofern kann man sagen, die strafrechtliche Reaktion auf einen Normbruch bestätigt, dass die Norm im Tatzeitpunkt galt und auch weiterhin gilt.⁸⁹ Das entspricht der Definition einer Norm durch LUHMANN⁹⁰: Eine Norm ist eine kontrafaktisch stabilisierte Erwartungshaltung. Massgeblich ist dabei eben die kontrafaktische Stabilisierung: Obwohl die Erwartung, dass beispielsweise das Töten anderer Menschen nicht geschehen soll, durch einen Mord enttäuscht wird, soll die strafrechtliche Reaktion dafür sorgen, dass die entsprechende Erwartung weiterhin aufrechterhalten wird.

Dasselbe dürfte gemeint sein, wenn von der Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung⁹¹ gesprochen wird: Gemeint ist nicht etwa Unverletzlichkeit der Rechtsordnung oder der Norm, sondern Bestätigung, dass sie bereits zur Tatzeit gegolten hat und auch weiterhin gilt. Dagegen ist tat-

⁸⁶ WESSELS/BEULKE, AT, § 1 N 6 (Hervorhebungen im Original).

⁸⁷ JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch, 7 (Hervorhebung im Original).

⁸⁸ Zum Ganzen: NIGGLI/MAEDER, Schutz.

⁸⁹ S.a. MULDER, Punishments and Rewards, 1436 f.

⁹⁰ LUHMANN, Rechtssoziologie, 40 ff.

⁹¹ Z.B. JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch, 4: „In dem Ausspruch der angemessenen Strafe wegen der begangenen Rechtsverletzung liegt die sichtbare Bestätigung der Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung. Das gerichtliche Urteil bringt für den Täter wie auch für die Allgemeinheit unmissverständlich zum Ausdruck, dass das Recht sich, wenn auch manchmal erst spät, durchsetzt und dass darum damit gerechnet werden kann, dass es dies auch in Zukunft tun wird.“

sächlich wenig einzuwenden. Nur –: Es ist eben gerade nicht identisch mit dem Schutz konkreter Angriffsobjekte. Der kriminalpolitisch diskutierte Schutz hat kaum etwas mit Normativität zu tun, sondern zielt auf konkrete, technische Sicherheit. Nicht um Rechtsgüter geht es, sondern um Angriffsobjekte (also Rechtsgutsträger). Nicht Geltung von Normen oder der Rechtsordnung als Ganzem sind thematisiert, nicht sie sollen Sicherheit verschaffen, sondern Massnahmen, die verhindern, auf dem Nachhauseweg spät Abends überfallen zu werden, auf der Strasse überfahren oder von gewieften Anlageberaterinnen in den Ruin getrieben zu werden.

Massgeblich ist also die Unterscheidung von Rechtsgut einerseits als ideellem Sozialwert (Leben, Eigentum etc.) und Handlungs- bzw. Angriffsobjekt, als dem Tatobjekt, an dem eine Tathandlung vollzogen wird.⁹² Soll Strafrecht Rechtsgüter als ideelle Sozialwerte schützen, so ist das Norm- und Erwartungsstabilisierung. Geht es aber um Abwehr einer Gefahr für ein konkretes Handlungsobjekt, kann und will das Strafrecht keine Sicherheit schaffen, denn es ist eben, wie ausgeführt, reaktiv ausgerichtet.

Das ist im Übrigen auch leicht einsichtig: Wenn ich verhindern will, dass jemand zur Tür herein kommt, dann verbiete ich das nicht, sondern schliesse sie ab. Natürlich kann ich Verhalten anderer auch durch Ge- und Verbote beeinflussen. Ein Schild über der Tür „Betreten verboten“ würde aber primär dann sinnvoll sein, wenn ich keine Möglichkeit habe, die Tür abzuschliessen. Andernfalls dient es in erster Linie der Erklärung, dass sie geschlossen ist.

Rechtlich nun lässt sich die strafrechtliche Reaktion durchaus von der zukunftsorientierten Prävention und Gefahrenabwehr unterscheiden. Mit dieser nämlich befasst sich das Polizeirecht.

5. Polizeirecht

5.1 Was ist Polizeirecht?

Nach h.L. ist das materielle Polizeirecht darauf ausgerichtet, drohende, regelmässig konkrete Gefahren abzuwehren, bzw. die öffentliche Sicher-

⁹² WESSELS/BEULKE, AT, § 1 N 7.

heit und Ordnung aufrechtzuerhalten oder wiederherzustellen.⁹³ Gefahr im polizeirechtlichen Sinne meint eine Sachlage, die bei ungehindertem Ablauf des zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für die öffentliche Ordnung und/oder Sicherheit führt.⁹⁴ Wenn sich eine Gefahr für ein polizeiliches Schutzgut aber verwirklicht hat und andauert (man könnte auch sagen, eine Störung sei eingetreten), so richtet sich das Vorgehen auf die Beseitigung der Störung bzw. Unterbindung ihrer Fortdauer. Solches stellt mithin Wiederherstellung des ordnungs- bzw. rechtmässigen Zustandes dar. Dabei handelt sich um einen Unterfall der Gefahrenabwehr.⁹⁵ Das Polizeirecht wirkt also seiner Bestimmung nach eindeutig auf Sicherheit hin. Interessant ist in diesem Zusammenhang ein Passus aus dem Lehrbuch von DONATSCH/TAG, wo es um die Funktion des Strafrechts in der Rechtsordnung geht: „*Steht jemand im Begriff, ein Verbot oder Gebot zu missachten, so kann er nur noch ausnahmsweise (z.B. wenn die Polizei zugegen ist) daran gehindert werden.*“⁹⁶ Die Polizei wird in diesem Fall nicht den angehenden Täter daran erinnern, dass bspw. die vorsätzliche Tötung eines anderen Menschen laut Art. 111 StGB mit einer Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft wird, um dann dessen Abwägung über Nutzen und Kosten der Tat abzuwarten. Vielmehr wird sie ganz konkret und physisch einschreiten, mithin nicht mit Strafrecht, sondern mit polizeirechtlichen Mitteln. Konsequenterweise kennt das Polizeirecht kein Schuldprinzip, vielmehr knüpft es i.d.R. an denjenigen an, der stört bzw. eine Gefahr darstellt.⁹⁷ Dessen Motive, Vorstellungen sowie Einsichts- und/oder Steuerungsfähigkeit spielen dabei keine Rolle. Der Fokus auf die Gefahrenabwehr verschliesst notwendigerweise den Blick auf individuelle Verantwortlichkeit im strafrechtlichen Sinn.

⁹³ Vgl. MOHLER, Polizeirecht, N 83 ff.; TSCHANNEN et al., Verwaltungsrecht, § 54 N 21 ff.

⁹⁴ REINHARD, Diss., 105 ff.; GUSY, Polizeirecht, N 108; TSCHANNEN et al., Verwaltungsrecht, § 54 N 23.

⁹⁵ TSCHANNEN et al., Verwaltungsrecht, § 54 N 21 ff.; SCHWEGLER, Polizeirecht, N 2; HÄFELIN et al., Verwaltungsrecht, N 2475 ff.; REINHARD, Diss., 105; GUSY, Polizeirecht, N 104 ff.

⁹⁶ DONATSCH/TAG, I, 4.

⁹⁷ Vgl. MOHLER, Polizeirecht, 711 ff.

5.2 Welcher Mittel bedient sich das Polizeirecht?

Das Polizeirecht bedient sich einerseits exekutorischer Massnahmen. Das sind Massnahmen, die den gesetzmäßig vorgesehenen Zustand entweder vor drohender Gefahr schützen oder, sollte sich die Gefahr bereits realisiert haben, diesen Zustand wieder herstellen. Sie dienen der direkten unmittelbaren Durchsetzung von verwaltungsrechtlichen Pflichten⁹⁸ und blicken somit ausschliesslich in die Zukunft. Darunter fallen etwa die (gegebenenfalls antizierte) Ersatzvornahme – eine widerrechtlich erstellte Baute wird wieder abgerissen – oder der Zwang gegen Sachen oder Personen. Beispielsweise wird eine Person in Untersuchungshaft gesetzt nicht zur Strafe, sondern um die Durchführung des Strafverfahrens zu gewährleisten. Man könnte auch sagen, um Gefahren für das Strafverfahren abzuwehren. Die exekutorische Massnahme wirkt unmittelbar und in die Zukunft, da ab dem Moment ihrer Ausführung und in die Zukunft hinein der Widerspruch zum Recht tatsächlich aufgehoben wird.

Andererseits kennt das Polizeirecht die sog. administrativen Rechtsnachteile. Damit ist der Entzug oder die Veränderung von Befugnissen oder Vorteilen gemeint, die Privaten eingeräumt worden sind. Sie stellen das Gegenstück zur eigentlichen Strafe dar, indem sie ein Übel nicht aktiv zufügen, sondern aufgrund eines Fehlverhaltens „nur“ einen Vorteil entziehen. Als Beispiele werden etwa die Rücknahme unrechtmässig erlangter Vorteile, die Verweigerung von Verwaltungsleistungen oder der Widerruf begünstigender Verfügungen genannt. Ihre Anordnung macht die Pflichtverletzung zwar nicht ungeschehen, stellt aber den rechtmässigen Zustand für die Zukunft tatsächlich wieder her.⁹⁹

Verwirrend erscheint, dass die verwaltungsrechtliche Lehre diese Wiederherstellung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit als „repressive Polizeitätigkeit“ bezeichnet,¹⁰⁰ obwohl damit nicht Repression im Sinne von Repression durch Strafe gemeint ist.

Interessant ist in diesem Zusammenhang auch die vor Kurzem publizierte Stellungnahme des Bundesrates zur eingangs erwähnten Motion von Hans-Jürg Fehr: „(...) untersuchte die FINMA nach dem Konkurs der US-Investmentbank Lehman Brothers Holding Inc. bzw. der Lehman-Gruppe

⁹⁸ TSCHANNEN et al., Verwaltungsrecht, § 32 N 7.

⁹⁹ BSK KG-NIGGLI/RIEDO, Vor Art. 49 ff. N 29; HÄFELIN et al., Verwaltungsrecht, N 1138.

¹⁰⁰ TSCHANNEN et al., Verwaltungsrecht, § 54 N 38; REINHARD, Diss., 115.

*den Vertrieb kapitalgeschützter strukturierter Lehman-Produkte durch Schweizer Institute. Diese Untersuchung förderte zwar bei keinem der untersuchten Institute ein aufsichtsrechtlich relevantes Fehlverhalten zutage, die FINMA kam jedoch zum Schluss, dass das Risikoprofil der Finanzprodukte teilweise nicht auf das Risikoprofil der Kunden abgestimmt war und ein regulatorischer Handlungsbedarf bestehe. (...) Die FINMA stellt deshalb einen stärkeren Kundenschutz zur Diskussion mit Massnahmen wie einer verständlichere Beschreibung der Risiken von Finanzprodukten sowie verbesserte Verhaltensregeln und Dokumentationspflichten bei deren Verkauf. (...) Der Bundesrat begrüßt die mit der Motion angestrebte Verbesserung des Anlegerschutzes für Kleinkunden. Er wird noch im Frühjahr 2012 gestützt auf die Auswertungsergebnisse der Anhörung der FINMA zu ihrem Vertriebsbericht die Prüfung konkreter Massnahmen an die Hand nehmen, wobei **aufsichtsrechtliche Massnahmen im Vordergrund** stehen. (...)“¹⁰¹*

Interessant erscheint insbesondere, dass selbst der Bundesrat und die FINMA der Ansicht sind, dem Schutzbedürfnis am ehesten mit aufsichtsrechtlichen Mitteln gerecht zu werden. Strafrecht steht hierbei – und dies völlig zu Recht – gerade nicht im Vordergrund.

6. Die Vermischung von Straf- und Polizeirecht

Damit sind wir nun dem Problem auf der Spur, dass die Bevölkerung vom Strafrecht dauernd enttäuscht ist, werden doch andauernd Versprechungen gemacht, die das Strafrecht so gar nicht halten kann noch will: Gar zu häufig nämlich werden Straf- und Polizeirecht vermischt und das wiederum dürfte einerseits institutionell, andererseits dogmatisch begründet sein. Als Institution nimmt nämlich Polizei nicht nur die materiell-polizeirechtlichen Aufgaben der Gefahrenabwehr wahr (und schafft so tatsächlich Sicherheit). Darüber hinaus nimmt sie auch gerichtspolizeiliche Aufgaben wahr, ist also direkt in die Strafverfolgung eingebunden und damit in ständiger Berührung mit dem Strafrecht mit dem sie auch häufig identifiziert wird.

Dogmatisch dürfte die Verwirrung andererseits insbesondere auf die sog. moderne Strafrechtsschule FRANZ VON LISZTS zurückzuführen sein,

¹⁰¹ Fn. 26, unsere Hervorhebung.

der die bekannte Forderungskaskade ins Zentrum seines Marburger Programms stellte:

1. Besserung der besserungsfähigen und besserungsbedürftigen Verbrecher;
2. Abschreckung der nicht besserungsbedürftigen Verbrecher;
3. Unschädlichmachung der nicht besserungsfähigen Verbrecher.¹⁰²

Damit wurde dogmatisch die polizeirechtliche Aufgabe der Gefahrenabwehr unmittelbar in das Strafrecht eingebracht, was mit der klassischen Schule von FEUERBACH nichts mehr gemein hatte: Ziel und Zweck der „Strafe“ ist nunmehr die Abwehr von Gefahren, die von einem straffällig gewordenen Individuum in Zukunft ausgehen *könnten*. Dass dies nichts mehr mit der klassischen Vorstellung gemein hat, wird insbesondere bei der dritten Forderung VON LISZTS deutlich, der Unschädlichmachung der nicht besserungsfähigen Verbrecher. Hier sind wir fraglos in einem Bereich, den wir heute dem Massnahmenrecht zuordnen würden: Der Blick geht ausschliesslich in die Zukunft und die Tat ist blosses Indiz oder Symptom für die *künftige* Gefährlichkeit des Täters. Und wegen dieser möglicherweise drohenden Gefahr wird er – zur Gefahrenabwehr – mit der Massnahme belegt. Das ist reines Polizeirecht. Erkennbar deutlich daran, dass die meisten Massnahmen des StGB kein schuldhaftes Verhalten voraussetzen (vgl. Art. 19 Abs. 3 StGB). Ob man eine Strasse wegen drohendem Lawinenniedergang sperrt, oder ob man einen Menschen wegen drohenden Delikten einsperrt, ist gleichermaßen zukunftsgerichtet. Umgemünzt auf die klassische Unterscheidung von absoluten und relativen Straftheorien lässt sich das klassische Strafrecht den absoluten, das Polizeirecht dagegen den auf Prävention orientierten relativen Theorien zuschreiben.

Die sogenannten Vereinigungstheorien versuchen, aus diesen beiden ein Ganzes zu formen. So ist auch unser Strafgesetz ausgestaltet, insbesondere angesichts des dualistisch-vikariierenden Systems (vgl. Art. 57 StGB), und sogar bei den Strafzumessungsfaktoren von Art. 47 StGB: „*Es [das Gericht] berücksichtigt (...) die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters.*“

Zu was das dann in der Rechtsprechung führt, zeigt folgender Passus aus BGE 120 IV 1: „*Zum einen dient das Strafrecht in erster Linie nicht der Vergeltung, sondern der Verbrechensverhütung. Dies bringt der Gesetzgeber nicht nur mit der Bezeichnung der Resozialisierung als Ziel des*

¹⁰² VON LISZT, Zweckgedanke, 42.

Strafvollzuges (Art. 37 Ziff. 1 Abs. 1 [a]StGB) zum Ausdruck, sondern vor allem auch mit der bei der StGB-Teilrevision von 1971 erfolgten Ausweitung der Möglichkeit der Anordnung von Massnahmen. Deshalb sind Sanktionen, die die Besserung oder Heilung des Täters gewährleisten, zu verhängen und solche, die dem Anliegen der Verbrechensverhütung zuwiderlaufen, möglichst zu vermeiden (BGE 118 IV 337 E. 2c). Zum andern ist zu berücksichtigen, dass im Konfliktsfall ein Vorrang der Generalprävention das spezialpräventive Ziel zu vereiteln droht, die Bevorzugung der Spezialprävention hingegen die generalpräventiven Wirkungen einer Sanktion nicht ausschliesst, sondern höchstens in einer schwer messbaren Weise abschwächt; denn auch eine mildere Sanktion wirkt generalpräventiv. Andererseits gebührt den spezialpräventiven Bedürfnissen nur insoweit der Vorrang, wie generalpräventive Mindestfordernisse noch gewahrt sind (...).¹⁰³ Ein eindrückliches Beispiel für die Verquickung von Straf- und Polizeirecht, das ausserdem voller Spekulationen über allerlei Wirksamkeiten steckt.

7. Entflechtung?

Einsichtig geworden sein sollte, dass Verschärfungen des Strafrechts keine gesteigerte Sicherheit bewirken können. Wenn das Strafrecht Sicherheit weder produzieren kann noch will, dann führt eine Verschärfung genau zu dem, was einst in den USA geschehen ist: steigende Gefängnispopulationen und steigende Kosten, ohne dass die Kriminalitätsentwicklung davon beeinflusst wäre.

Zudem erscheint zentral, dass innerhalb des „Strafrechtes“, also auch innerhalb des Strafgesetzbuches zwischen straf- und polizeirechtlichen Zielsetzungen unterschieden wird. Für die Sicherheit ist ausschliesslich der polizeirechtliche Teil relevant, namentlich die Massnahmen, ein besonders heikler Bereich aus mehreren Gründen:

Jeder Massnahme eignet ein gewisser Strafcharakter.¹⁰⁴ Das zeigt sich deutlich bei Massnahmen, die mit einem Freiheitsentzug verbunden sind. Nun werden Massnahmen zwar *anlässlich* einer Straftat verhängt, sie stellen aber keine eigentliche Reaktion *auf* diese Straftat dar, sondern

¹⁰³ BGE 120 IV 1, E. 2.b.

¹⁰⁴ Vgl. etwa jüngst der EGMR mit seiner Entscheidung zur nachträglichen Verwahrung (*M vs. Deutschland*, Urteil vom 17.12.2009, Appl. No. 19359/04, v.a. N 127 ff.)

bezuwecken vielmehr, zukünftige Taten, die der Täter vielleicht begehen könnte, zu verhindern. Mit einer Massnahme ist immer erhebliche Unsicherheit für alle Beteiligten verbunden, insbesondere aber für denjenigen, der mit einer stationären Massnahme belegt wird. Sie kann viel belastender wirken als eine Strafe, deren Ausgestaltung und Dauer im Urteilszeitpunkt zumindest feststehen, während Massnahmen ihrem Charakter entsprechend grundsätzlich offen ausgesprochen werden, d.h. bis zur Erreichung des Vollzugszieles. Anders ausgedrückt: Der Terminus „Massnahme“ klingt zwar netter als „Strafe“, muss das aber keineswegs sein. Zudem begründen Massnahmen die nicht unerhebliche Gefahr – von der sog. Verwahrungsinitiative deutlich vor Augen geführt –, dass der *repressive* Charakter von Massnahmen (also ihr der Strafe verwandtes Element) bewusst eingesetzt und sogar angestrebt wird, obwohl strafrechtlich eigentlich unzulässig (da ja schuldunabhängig reagiert wird) und klar systemwidrig.

Weil es sich bei den präventionsorientierten Eingriffen wesentlich um prognoseabhängige Grundrechtseingriffe handelt, wäre eigentlich von zentraler Bedeutung, dem Gebot der Verhältnismässigkeit in der Rechtssetzung *und* der Rechtsanwendung strengste Beachtung zu schenken.¹⁰⁵ Das aber ist beispielsweise bei einer Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1^{bis} StGB aufgrund der restriktiven Ausgestaltung von Art. 64c StGB überhaupt nicht möglich. Im Polizeirecht, soweit es Teil des Strafrechts ist (also insbesondere im Massnahmenrecht), wird deutlich, dass hier Eingriffe möglich sind, die schlicht ausgeschlossen wären, würde die Massnahme als das qualifiziert, was sie tatsächlich ist, nämlich nicht Strafe für eine Tat, sondern polizeirechtliche Gefahrenabwehr, also ein essentiell verwaltungsrechtlicher Grundrechtseingriff. Zu überlegen wäre deshalb, ob nicht Straf- und Polizeirecht entflochten werden und Massnahmen grundsätzlich aus dem StGB ausgegliedert und in ein besonderes Präventionsgesetz eingebbracht werden müssten. Dem Strafrecht nämlich schadet deren Einschluss dahingehend, dass der dauernde Vorwurf besteht, das Strafrecht versage, weil es nur ungenügend Sicherheit schaffe. Dieser Vorwurf führt zur Erosion von Bestimmtheitsgrundsatz und Schuldprinzip, den beiden primären Hindernissen einer vorbehaltlosen Präventionsorientierung. Aber auch dem Massnahmenrecht (bzw. allgemeiner dem Präventionsrecht) schadet die Aufnahme ins Strafrecht, weil dies an sich als sinnvoll erkannte Präventionsmassnahmen den strafrechtlichen Prinzipien getreu an eine

¹⁰⁵ Vgl. eingehend MOHLER, Polizeirecht, N 654 ff.

Straftat knüpft und damit an bereits Geschehenes. Strafrechtliche Massnahmen können also – wenn sie überhaupt etwas verhindern – per definitionem nur Rückfälle verhindern, da sie allesamt eine bereits begangene Anlasstat voraussetzen.

Eine Entflechtung von retro- und prospektiven Zielsetzungen, von repressiven und präventiven würde u.E. deshalb sowohl dem Straf- als auch dem Polizeirecht zugute kommen. Und den da und dort geäusserten Zweifeln, ob denn ein Präventionsgesetz als Verwaltungsrechtserlass nicht allen strafrechtlichen d.h. vor allem strafprozessualen Schutz fahren lassen müsse, könnte man ja mit spezifischen und strikten prozessualen Garantien begegnen.

8. Back to the Future Part III

Wenn wir uns nun fragen, wie denn Sicherheit als Aufgabe des Polizeirechts produziert wird, so ist die Antwort eine relativ einfache, wenn nicht allen angenehme: durch mehr Polizisten.

Wenden wir den Blick nochmals in die USA: In den 1990er-Jahren sah die Stadt New York von allen grösseren Städten in den USA den deutlichsten Rückgang von Kriminalität. Im gleichen Jahrzehnt wuchs die Gefangenenzpopulation des Staates New York unterdurchschnittlich, und sank danach sogar. Was war geschehen? Im Jahr 1990 kamen in New York City auf 100'000 Einwohner 367 Polizisten. Diese Quote wurde bis 1997 auf 508 erhöht; die grösste Aufstockung aller grösseren Städte.¹⁰⁶ Staaten, welche die Anzahl Polizisten überdurchschnittlich erhöhten und deren Gefängnispopulation unterdurchschnittlich wuchs, sahen einen durchschnittlichen Rückgang von Gewaltkriminalität um 31%. Der Rückgang in anderen Staaten betrug demgegenüber nur 2%. Mehr Polizisten auf der Strasse scheinen deutlich mit dem Rückgang von Kriminalität und Gefängnispopulation zu korrelieren.¹⁰⁷ Es stellen sich zwar die üblichen Schwierigkeiten mit Kriminalstatistiken, doch dürften die Unterschiede zwischen den einzelnen US-Staaten ein doch starkes Indiz bilden.

Wichtig scheint auch die Art und Weise, wie die Polizeiarbeit betrieben wird bzw. deren Änderung. Vor 1990 ging es in erster Linie darum,

¹⁰⁶ STUNTZ, Collapse, 288 u. 387 Ziff. 6

¹⁰⁷ STUNTZ, Collapse, 288; vgl. auch KLEIMAN/KILMER, Deterrence, 14230; ROBINSON/DARLEY, Deterrence, 202 ff.

Täter einer strafrechtlichen Verurteilung zuzuführen. Die Anzahl Verhaftungen pro Polizist stiegen in den Siebziger- und Achtzigerjahren denn auch stetig. Doch diese Taktik schuf auf den Strassen Wut und Ablehnung gegen die Polizei und Sympathie für die jungen Männer, die in erster Linie Ziel der Polizeiaktionen waren. Nach dieser Zeit kamen Stimmen auf, die einen Polizeistil propagierten, der auf Problemlösung statt auf Verhaftungen basierte. Mehr Polizei auf der Strasse gibt der Bevölkerung ein Sicherheitsgefühl und erlaubt ihr, sich im öffentlichen Raum freier zu bewegen. Das ist ein Zeichen, dass es sich nicht um einen rechtsfreien Raum handelt, was interessanterweise konsistent mit der *broken windows*-Theorie ist¹⁰⁸ (ohne allerdings zwingend auch zu einer allgemeinen *zero tolerance*-Doktrin führen zu müssen¹⁰⁹): Danach soll die Polizei soll zur Wiederherstellung der „guten Ordnung“ beitragen, indem sie sich gemeindenah und bürgerorientiert gibt.¹¹⁰ „Sie berät das Publikum in Sicherheitsfragen, verteilt Gütesiegel für getestete und als gut befundene Schlosser und Alarmanlagen, tritt in Bürgerversammlungen sachverständig auf und steht in den Wohnquartieren und für die einheimische Geschäftswelt als persönlicher Ansprechpartner und Ratgeber zur Verfügung.“¹¹¹ Wichtig scheint insbesondere diese Beziehung zur Bevölkerung.¹¹² Polizei schafft also Sicherheit durch Präsenz und durch Förderung des Sicherheitsgefühls, weil Normbrecher in derartigen Umgebungen ebenfalls weniger wagemutig sind.

9. Conclusio

Die meisten der jüngeren Diskussionen über Strafe und ihren Zweck und Wirkung, lassen sich aus dem Missverständnis von Strafrecht als „Sicherheits- oder Präventionsrecht“ erklären. Dieses Fehlverständnis begründet Versprechungen und Erwartungen, die Strafrecht gar nie einzulösen oder zu erfüllen imstande ist. Ändern wir das nicht, ist absehbar, was geschehen wird: Wir überfüllen unsere Vollzugsanstalten, ohne dass die Sicherheit zunähme.

¹⁰⁸ STUNTZ, Collapse, 291 f.

¹⁰⁹ Vgl. auch KLEIMAN/KILMER, Deterrence, 14235.

¹¹⁰ Zu *broken windows* insgesamt und auch kritisch KUNZ, Kriminologie, § 31 N 18 ff.

¹¹¹ KUNZ, Kriminologie, § 31 N 19.

¹¹² So auch STUNTZ, Collapse, 293.

Literaturverzeichnis

BSK KG-BEARBEITER MARC AMSTUTZ/MANI REINERT (Hrsg.),
Kartellgesetz, Basler Kommentar, Basel 2010.

CARTER, Legacy DAN T. CARTER, Legacy of Rage: George
Wallace and the Transformation of American
Politics, in: The Journal of Southern History,
Vol. 62, 3-26.

CROMWELL/OLSON/
AVERY, Breaking PAUL F. CROMWELL/JAMES N. OLSON/D'AUNN
WESTER AVARY, Breaking and Entering. An
Ethnographic Analysis of Burglary, Newbury
Park u.a. 1991.

DONATSCH/TAG, I ANDREAS DONATSCH/BRIGITTE TAG, Strafrecht
I. Verbrechenslehre, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf
2006.

FRADY, Death MARSHALL FRADY, Death in Arkansas, in: The
New Yorker vom 22.2.1993, 105-133.

GUSY, Polizeirecht CHRISTOPH GUSY, Polizeirecht, 4. Aufl.,
Tübingen 2000.

HÄFELIN et al.,
Verwaltungsrecht ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX
UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht,
6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010.

HOERSTER, Strafe NORBERT HOERSTER, Muss Strafe sein?
Positionen der Philosophie, München 2012.

HÖRNLE, Straftheorien TATJANA HÖRNLE, Straftheorien, Tübingen 2011.

JESCHECK/WEIGEND,
Lehrbuch HANS-HEINRICH JESCHECK/THOMAS WEIGEND,
Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5.
Aufl., Berlin 1996.

KAISER, Einführung GÜNTHER KAISER, Kriminologie. Eine Ein-
führung in die Grundlagen, 10. Aufl., Heidelberg
1997.

KLEIMAN/KILMER,
Deterrence MARK KLEIMAN/BEAU KILMER, The dynamics of
deterrence, in: Proceedings of the National
Academy of Sciences in the United States of
America, Vol. 106, No. 34 (Aug. 25, 2009),
14230-14235.

KUNZ, Kriminologie	KARL-LUDWIG KUNZ, Kriminologie, 6. Aufl., Bern u.a. 2011.
LUHMANN, Rechtssoziologie	NIKLAS LUHMANN, Rechtssoziologie, 3. Aufl., Opladen 1987.
MOHLER, Polizeirecht	MARKUS H. F. MOHLER, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012.
MULDER, Punishments and Rewards	LAETITIA B. MULDER, The difference between punishments and rewards in fostering moral concerns in social decision making, in: <i>Journal of Experimantal Social Psychology</i> 44 (2008), 1436-1443.
NAGIN, Deterrence	DANIEL S. NAGIN, Criminal Deterrence Research at the Outset of the Twenty-First Century, in: <i>Crime and Justice</i> , Vol. 23 (1998), 1-42.
NIGGLI, Ordnung	M. A. NIGGLI, Menschliche Ordnung – Zu den metaphysischen Grundlagen der modernen Gesellschafts-, Norm- und Straftheorie Basel 2000.
NIGGLI/MAEDER, FS-Wiprächtiger	M. A. NIGGLI/STEFAN MAEDER, Strafjustiz in der Mediengesellschaft – die sogenannte „Harmonisierungs-Novelle“, Richterbild, Strafmasse und das richterliche Ermessen, in: Marianne Heer et al. (Hrsg.), „Toujours agité – jamais abattu“, Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, 411- 426.
NIGGLI/MAEDER, Philosophie	M. A. NIGGLI/STEFAN MAEDER, Philosophie des Schweizerischen Strafvollzugs – Eine Success-Story unter politischem Druck, in: Nicolas Queloz et al. (Hrsg.), Druck der Öffentlichkeit auf die Gefängnisse: Sicherheit um jeden Preis? Pressions publiques sur les prisons: la sécurité à tout prix?, Bern 2011, 179-208.
NIGGLI/MAEDER, Schutz	M. A. NIGGLI/STEFAN MAEDER, Was schützt eigentlich Strafrecht (und schützt es überhaupt etwas)?, in: F. Matscher/P. Pernthaler/A. Raffiner (Hrsg.), Ein Leben für Recht und Gerechtigkeit, Festschrift für Hans R. Klecatsky zum 90. Geburtstag, Wien 2010, 479-500. Ebenfalls erschienen in: AJP 2011, 443-455.

PIQUERO et al.,
Individual Difference

RADBRUCH, CCC

REINHARD, Diss.

RIKLIN, AT

ROBINSON/DARLEY,
Deterrence

ROXIN, AT

SCHILLER, Infamie

SCHULTZ, AT

SCHWEGLER,
Polizeirecht

ALEX R. PIQUERO/RAYMOND PATERNOSTER/
GREG POGARSKY/THOMAS LOUGHREN,
Elaborating the Individual Difference Component
in Deterrence Theory, in: *Annual Review of Law
and Social Science*, Vol. 7 (2011), 335-360.

GUSTAV RADBRUCH, Die Peinliche Halsgerichts-
ordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina),
herausgegeben und erläutert von Dr. Gustav
Radbruch, Professor an der Universität Kiel, in:
Gustav Radbruch Gesamtausgabe, Bd. 11,
Strafrechtsgeschichte, Heidelberg 2001, 255-336.

HANS REINHARD, Allgemeines Polizeirecht,
Aufgabe, Grundsätze und Handlungen, Diss. BE,
Bern u.a. 1993.

FRANZ RIKLIN, Schweizerisches Strafrecht,
Allgemeiner Teil I, Verbrechenslehre, 3. Aufl.,
Zürich u.a. 2007.

PAUL H. ROBINSON/JOHN M. DARLEY, Does
Criminal Law Deter? A Behavioural Science
Investigation, in: *Oxford Journal of Legal
Studies*, Vol. 24, No. 2 (2004), 173-205.

CLAUS ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I,
4. Aufl., München 2006.

FRIEDRICH SCHILLER, Verbrecher aus Infamie,
in: Oliver Telkof (Hrsg.), Schillers Pitaval.
Merkwürdige Rechtsfälle als ein Beitrag zur
Geschichte der Menschheit, verfasst, bearbeitet
und herausgegeben von Friedrich Schiller,
Frankfurt a.M. 2005, 7-32.

HANS SCHULTZ, Einführung in den allgemeinen
Teil des Strafrechts. Erster Band. Die
allgemeinen Voraussetzungen der
kriminalrechtlichen Sanktion, 4. Aufl., Bern
1982.

IVO SCHWEGLER, Polizeirecht, in: Markus
Müller/Reto Feller (Hrsg.), Bernisches
Verwaltungsrecht, Bern 2008, 251-305.

SEELMANN, AT KURT SEELMANN, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Basel 2009.

STEWART, Governors JOHN CRAIG STEWART, The Governors of Alabama, Louisiana 1975.

STRATENWERTH, AT I GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011.

STUNTZ, Collapse WILLIAM J. STUNTZ, The Collapse of American Criminal Justice, Cambridge, MA/London 2011.

SUHLING/GREVE, Consequences STEFAN SUHLING/WERNER GREVE, The consequences of punishment, in: Margit E. Oswald/Steffen Bieneck/Jörg Hupfeld-Heinemann (Eds.), Social Psychology of Punishment of Crime, Chichester 2009, 405-426.

TRECHSEL, ZStrR 1974 STEFAN TRECHSEL, Die Entwicklung der Mittel und Methoden des Strafrechts, in: ZStrR 90 (1974), 271-289.

TSCHANNEN et al., Verwaltungsrecht PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/ MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009.

VON HIRSCH et al., Deterrence ANDREW VON HIRSCH/ANTHONY E. BOTTOMS/ ELIZABETH BURNEY/PER-OLOF WIKSTRÖM, Criminal Deterrence and Sentence Severity, Oxford 1999.

VON LISZT, Zweckgedanke FRANZ VON LISZT, Der Zweckgedanke im Strafrecht, Baden-Baden 2002 [1882/1883].

WESSELS/BEULKE, AT JOHANNES WESSELS/WERNER BEULKE, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 30. Aufl., Heidelberg 2000.

