

**Zeitschrift:** Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 114 (1995)

**Artikel:** Die Korrektur des strafrechtlichen Rechtsgüter- und Sanktionenkataloges im gesellschaftlichen Wandel : "Politisierung des Strafrechts und Kriminalisierung des Alltagslebens"

**Autor:** Forster, Marc

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-896198>

### **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:** 15.12.2025

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

# Die Korrektur des strafrechtlichen Rechtsgüter- und Sanktionenkataloges im gesellschaftlichen Wandel

«Politisierung des Strafrechts und Kriminalisierung des Alltagslebens»

von Dr. iur. MARC FORSTER

Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Adjunkt am Bundesgericht, Lausanne\*

\*Die in diesem Referat vertretenen Auffassungen geben ausschliesslich die private Meinung des Autors wieder





## Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis . . . . .	7
§ 1 Die Interdependenz von Strafrecht und Zeitgeist . . . . .	11
I. Die Politisierung des Strafrechts und die Kriminalisierung des Alltagslebens . . . . .	11
A) «Polarisierung» des Strafrechts . . . . .	13
B) «Kriminalisierung» des Alltags . . . . .	18
C) Themeneingrenzung . . . . .	21
II. Strafrecht als «Sozialprodukt» . . . . .	22
A) Strafrecht und Realität . . . . .	23
B) Kriminalitätsfurcht und strafrechtliche Sozialkontrolle . . . . .	26
C) Die historische und ideengeschichtliche Dimension des Strafrechts . . . . .	29
1. Germanische Frühgeschichte und Mittelalter . . . . .	29
2. Rezeption und Territorialstaatlichkeit . . . . .	31
3. Aufklärung und moderne Straftheorien als Wurzeln des heutigen Strafgesetzbuches . . . . .	31
III. Die Kriminalität der «Konsum- und Wohlstandsgesellschaft» . . . . .	33
A) Epochengeschichtliche Standortbestimmung . . . . .	33
B) Die postmoderne Epoche des materiellen relativen Wohlstands und ihre Kriminogenität . . . . .	35
1. Materialismus und Autoritätskrise – vom Elend unserer Zeit zum Elend der Strafrechtspflege . . . . .	36
2. «Suchtdelikte» im weiteren Sinne . . . . .	40
3. Verelendungskriminalität, Ausländerkriminalität, fremdenfeindliche Delinquenz . . . . .	42
§ 2 Strafrechtliche Rechtsgütertheorie als Reformbasis . . . . .	44
I. Überkriminalisierung und Entkriminalisierung . . . . .	44
II. Rechtsgüterschutz durch kriminalrechtliche Abwehr sozialschädlichen Verhaltens . . . . .	45
A) Die Grenzen eines «systemimmanenten» Rechtsgutsbegriffes . . . . .	45
1. Rechtsgüterdefinition als wertgebundener politischer Prozess . . . . .	45
2. Versachlichung der Diskussion um die Sozial-schädlichkeit eines Verhaltens . . . . .	47
B) Moral und Anstand als kriminalpolitische Kriterien? . . . . .	48
1. Die «zeremonielle» Suche nach dem Rechtsgut . . . . .	50
2. Kriminalpolitische Konsequenz . . . . .	51
III. Die «Beweislast» für die Sozialschädlichkeit eines Verhaltens . . . . .	52

§ 3	Die kriminalpolitische Entwicklung des Sanktionensystems . . .	54
I.	Sinn und Zweck strafrechtlicher Sanktionen . . . . .	54
A)	Klassische Straftheorien und moderne Strafrechtskritik . . .	54
1.	Strafe als Ausgleich von Unrecht . . . . .	54
2.	Kriminalrechtliche Sanktion statt Rache . . . . .	56
3.	Strafrechtliche Verantwortlichkeit als «fairer Preis» für Sicherheit und Freiheit . . . . .	58
4.	Kriminalrechtliche Sanktionen als (nur bedingt taugliche) Mittel zur Verhinderung künftiger Straftaten . . . . .	59
B)	Funktion, Zweck und Ausgestaltung der strafrechtlichen Sanktionen . . . . .	62
1.	Die fehlende Alternative trotz «konkreten Utopien» . . . . .	62
2.	Straftheorien im Knäuel von Missverständnissen . . .	63
3.	Ein zaghafter kriminalpolitischer Schritt zur «emanzipierenden Sozialtherapie» . . . . .	65
4.	Die Notwendigkeit wertabwägender präventiver Normsicherung . . . . .	67
II.	Die Ausgestaltung des kriminalrechtlichen Sanktionen- systems de lege lata et ferenda . . . . .	69
A)	Das «dualistisch-vikariierende System» . . . . .	69
B)	Haupt- und Nebenstrafen . . . . .	70
1.	Freiheitsstrafen . . . . .	70
2.	Geldstrafe und Fahrverbot . . . . .	76
3.	Nebenstrafen . . . . .	80
C)	Massnahmenrecht, Jugendstrafrecht . . . . .	82
1.	Sichernde Massnahmen . . . . .	82
2.	«Andere» Massnahmen . . . . .	84
3.	Jugendstrafrechtliche Sanktionen . . . . .	87
D)	Kriminalpolitische Wertung – Der unausweichliche Konflikt zwischen Rechtsgüterschutz und Durchset- zung von Sanktionsbedürfnissen . . . . .	90
§ 4	Die normative Wirkung des gesellschaftlichen Wandels . . . .	93
I.	Entpolitisierung der Strafgesetzgebung und Versachlichung der Kriminalpolitik . . . . .	94
A)	Formelle und «informelle» Strafgesetzgebung . . . . .	94
B)	Kriminalpolitik und Strafrechtsreform im Kraftfeld von Fakten, Kenntnissen und Wertvorstellungen . . . .	96
1.	Die «Realien» der Strafgesetzgebung . . . . .	96
2.	Funktionen der Wissenschaft im kriminal- politischen Prozess . . . . .	98
3.	Kriminalpolitische «normative Kraft» der Realia? . . . . .	102

C)	Die kriminalpolitische Problematik der Bagatell-	
	kriminalität . . . . .	106
1.	Die Kriminalisierung des Alltagslebens als	
	Bekämpfung einer hausgemachten «Landplage» . . . . .	106
2.	Kapazitätsgrenzen und «Dunkelziffern» als	
	kriminalpolitische Faktoren . . . . .	108
3.	Die Kriminalisierung des Alltagslebens und ihre	
	Grenzen als rechtspolitisches	
	«Optimierungsproblem» . . . . .	110
II.	Richterliche Rechtsfortbildung und gesellschaftlicher	
	Wandel . . . . .	114
A)	Der Strafrichter als «Gesetzgeber» . . . . .	114
B)	Die judizbildende Kraft des sozialen Wandels . . . . .	118
1.	Die Bedeutung von Legalitätsprinzip und	
	Rückwirkungsverbot für strafrechtliche	
	Praxisänderungen . . . . .	118
2.	Sozialer Wandel und Rechtssicherheit . . . . .	120
C)	Kriminalisierende und dekriminialisierende	
	Wirkungen des sozialen Wandels:	
	Zur Praxis höchstrichterlicher Kriminalpolitik . . . . .	122
1.	Rechtsfortbildung im Kontext technisch-	
	faktischer Entwicklungen . . . . .	122
2.	Der Richter als kriminalpolitischer	
	«Feuerwehrmann»? Fragezeichen im Lichte der	
	Rechtssicherheit und des Analogieverbots . . . . .	126
3.	Rechtsfortbildung im Kontext eines	
	spezifischeren «Wertewandels» . . . . .	128
4.	Die kantonale Strafjustiz als «eidgenössischer	
	Ersatzgesetzgeber» . . . . .	130
5.	Fazit: Lob des schlechten Gewissens . . . . .	133
III.	Gesetzliche Entwicklungen im Bereich des Rechts-	
	güterschutzes . . . . .	134
A)	Wirtschaftsstrafrecht . . . . .	134
1.	Die Insiderstrafnorm an der Schnittstelle	
	zwischen Wirtschafts- und Kriminalpolitik . . . . .	134
2.	Der Kampf gegen die Geldwäscherei als	
	kriminalpolitischer Instrumentalismus . . . . .	140
3.	Zwischenbefund: «Politisierung» des Strafrechts	
	auf Kosten des Rechtsstaates? . . . . .	148
4.	Computerstrafrecht: Aus der kriminalpolitischen	
	«Not» zur gesetzgeberischen «Tugend»? . . . . .	149
B)	Sexualstrafrecht . . . . .	152
1.	Das Bedürfnis nach kriminalpolitischer	
	«Auslüftung» . . . . .	152
2.	Das Bemühen um konsequenten	
	Rechtsgüterschutz . . . . .	153

3. Rechtsgüterschutz auf Kosten der Geschützten? .	154
C) Rassismustatbestand . . . . .	157
1. Das innenpolitische Konfliktfeld . . . . .	157
2. «Gesinnungsmaulkorb» oder Rechtsgüterschutz? .	159
§ 5 Zusammenfassende Thesen . . . . .	161
Literaturverzeichnis . . . . .	167

## Abkürzungsverzeichnis

a	alt (vor Erlassen)
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
al.	alinea
a.M.	anderer Meinung
Amtl. Bull.	
NR/StR	Amtliches Bulletin des Nationalrates/Ständerates
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
B	(EMRK-) Beschwerde
BB	Bundesbeschluss
BB1	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BGB1	(deutsches) Bundesgesetzblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid (amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BGHStr	Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BStP	Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 (SR 312.0)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (SR 101)
BVerfG(E)	(Entscheidungen des deutschen) Bundesverfassungsgericht(es)
BVers	Bundesversammlung
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (SR 273)
c. (vs.)	gegen
Cpp	Code de procédure pénale
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DR	Décisions et Rapports de la Commission européenne des droits de l'homme
DRiG	(deutsches) Richtergesetz (vom 19. April 1972, BGBI I 713)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
E.	Erwägung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
eidg.	eidgenössisch
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte

EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
ExpK	Expertenkommission
EZDG	Entwurf des Bundesrates für ein Bundesgesetz über den zivilen Ersatzdienst (BB1 1994 III 1734 ff.).
f.	und folgende (Seite)
ff.	und folgende (Seiten)
Fn.	Fussnote
GG	Grundgesetz (für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, BGBl 1)
gl.M.	gleicher Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Infoa	Informationen des Obergerichtes
i.S.	in Sachen
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
Krim.Bull.	Kriminologisches Bulletin
KrimJ	Kriminologisches Journal
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KV	Kantonsverfassung
lit.	Littera
m.E.	meines Erachtens
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MStP	Militärstraßprozess vom 23. März 1979 (SR 322.1)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N.	Note
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (SR 173.110)
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
rev.	revidiert (vor Erlassen)
RStrS	Rechtsprechung in Strafsachen
Rz.	Randziffer
s.	siehe
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft, Zeitschrift für Handels- und Wirtschaftsrecht
scil.	(scilicet) das heisst
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung

StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StP	Strafrechtspflegegesetz
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
u.a.	unter anderem
u.ö.	unveröffentlicht
u.U.	unter Umständen
v.a.	vor allem
VE	Vorentwurf
vgl.	vergleiche
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VStrR	Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (SR 313.0)
WuR	Wirtschaft und Recht, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsrecht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeinde- verwaltung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR (NF)	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Neue Folge)
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft





## § 1 Die Interdependenz von Strafrecht und Zeitgeist

### I. Die Politisierung des Strafrechts und die Kriminalisierung des Alltagslebens

Lebenswirklichkeit und Strafrechtssystem beeinflussen sich gegenseitig. Insbesondere bestimmt der öffentliche politische Prozess über Parteien, Verbände und andere gesellschaftliche Interessengruppen die Entwicklung der Strafgesetzgebung; die «öffentliche Meinung» nimmt Einfluss auf die Tätigkeit der Strafjustizbehörden. Umgekehrt wirkt sich die Auslegung und Anwendung des Straf- und Strafprozessrechts aber auch auf das öffentliche und private Leben aus. Der 1991 eingeführte Straftatbestand der Vergewaltigung in der Ehe (Art. 189 Abs. 1 und 2 StGB) war von Gegnern der Revision teilweise als «Eingriff in die Privatsphäre» thematisiert worden. In Leserbriefen und Zeitungsannoncen wurde vor dem Strafjustizbeamten gewarnt, der sozusagen im Ehebett Platz nehmen werde.<sup>1</sup> Selbst der Bundesrat hatte in seiner Botschaft noch mit drohenden Eingriffen in die eheliche «Intimsphäre» argumentiert.<sup>2</sup> Die konsequente Durchsetzung des sexuellen Rechtsgüterschutzes war im Falle der Strafbarkeit der ehelichen Vergewaltigung wiederum ein Resultat der gewandelten gesellschaftlichen Anschauungen zur Ehe als partnerschaftlicher Lebensgemeinschaft und zur Gleichberechtigung der Geschlechter. Diese haben zu zivilrechtlichen<sup>3</sup> und schliesslich auch zu strafrechtlichen Reformen geführt.<sup>4</sup> Gewandelte soziale Wertmassstäbe ermöglichen umgekehrt auch den Abbau von kriminalrechtlichem Ballast. Die Entkriminalisie-

---

<sup>1</sup> Gewisse Bereiche des Privatlebens waren und sind seit jeher gleichsam «strafrechtlich tabuisiert». Die patriarchalische Vorstellung vom Weib als «manicinium» oder sexuellem «Eigentum» des Ehemannes hat tiefe historische und soziale Wurzeln. Ihre juristische Überwindung hat bis in die heutige Zeit Mühe bereitet (s. dazu JEAN-LOUIS FLANDRIN, Das Geschlechtsleben der Eheleute in der alten Gesellschaft: Von der kirchlichen Lehre zum realen Verhalten, in: ARIËS/BÉJIN [Hrsg.], Die Masken des Begehrens und die Metamorphose der Sinnlichkeit, Frankfurt/M. 1986; MICHAEL MITTERAUER/REINHARD SIEDER, Vom Patriarchat zur Partnerschaft. Zum Strukturwandel der Familie, 3. Aufl., München 1983).

<sup>2</sup> Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes vom 26. Juni 1985 (BBJ 1985 II 1009 ff.), 1072.

<sup>3</sup> Änderung des ZGB vom 5. Oktober 1984 (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht), AS 1986 122, in Kraft seit 1. Januar 1988.

<sup>4</sup> Entgegen dem bundesrätlichen Entwurf, der die Vergewaltigung weiterhin auf den erzwungenen «ausserehelichen» Beischlaf beschränkt lassen wollte, folgte die Parlamentsmehrheit dem Expertenvorschlag, wonach die Vergewaltigung in der Ehe auf Antrag hin strafrechtlich verfolgt wird. Damit wurde nicht zuletzt auch eine *völkerrechtliche Verpflichtung* der Schweiz eingelöst (vgl. STEFAN TRECHSEL, Fragen zum neuen Sexualstrafrecht, ZBJV 129 [1993] 575 ff., 594 f.). In Deutschland fehlt es bisher noch an einer gesetzlichen Vorschrift gegen Vergewaltigung und sexuelle Nötigung in der Ehe (s. Informationen des Bundesministeriums für Justiz, 1993 Nr. 1, 13 f.).

nung der Jugendsexualität im Zuge der StGB-Revision von 1991 ist nicht zuletzt das Resultat einer gewandelten Sexualmoral.<sup>5</sup>

Aber nicht nur im Bereich des Rechtsgüterschutzes, sondern auch bei den strafrechtlichen Sanktionen macht sich der «Wandel des Zeitgeistes» bemerkbar. So wurde mit der Revision des Militärstrafgesetzes von 1990 für Dienstverweigerer aus Gewissensgründen die Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse (anstatt Gefängnis) eingeführt.<sup>6</sup> Allerdings handelt es sich dabei de lege lata immer noch um eine strafrechtliche Sanktion und nicht etwa um eine zivile Ersatzdienstleistung anstelle der Militärdienstpflicht: Selbst bei Anerkennung einer schweren Gewissensnot kommt es immer noch zu einem Schuldspruch durch ein Militärgericht. Es besteht keine freie Wahl des zivilen Ersatzdienstes, sondern die strafrechtliche Privilegierung erfolgt aufgrund einer richterlichen «Gewissensprüfung». Schliesslich ist sie auf religiöse und «ethische» Gewissensgründe beschränkt. Politisch-ideologisch motivierter oder gefärbter Pazifismus zum Beispiel wird nach ständiger Praxis des Eidgenössischen Militärkassationsgerichtes *nicht* als privilegierender Grund anerkannt.<sup>7</sup> Die militärische Bedrohungslage hat sich seit den Jahrzehnten des «Kalten Krieges» und den radikalen politischen Umwälzungen in Osteuropa Anfang der neunziger Jahre wesentlich geändert. Andere geopolitische Bedrohungsbilder (wie ökologische Gefahren oder Hunger, Armut und soziale Ungerechtigkeit in der Welt) haben im gesellschaftlichen Bewusstsein an Bedeutung gewonnen. Dieser sicherheitspolitische Paradigmawechsel hat neben der Armeereform 95 zu weiteren Revisionsbemühungen im Militärstrafrecht geführt. So steht nunmehr die gesetzliche Einführung eines eigentlichen *zivilen Ersatzdienstes*<sup>8</sup> bevor. Gemäss dem Entwurf des Bundesrates würde bei Militärdienstverweigerern aus Gewissensgründen

<sup>5</sup> Vgl. dazu MARTIN KILLIAS/MANFRED REHBINDER, «Sexualdelikte und Strafrechtsreform»: Sind die Reformer irrational?, ZBJV 119 (1983) 291 ff.

<sup>6</sup> S. Art. 81 Ziff. 2 MStG (SR 321.0), in Kraft seit 15. Juli 1991. Die Zahl der Verurteilungen wegen Dienstverweigerung hat in den letzten zehn Jahren kontinuierlich von knapp 800 auf ca. 400 pro Jahr abgenommen, gleichzeitig nahm der Anteil der «privilegierten» Verurteilungen von ca. 30% auf über 60% zu (Quelle: Obergericht, Infoa 94/1, S. 10).

<sup>7</sup> MKGE vom 20. März 1992 i.S. T. = Infoa 1992/3, Ziff. 5.1; zur früheren Praxis s. schon MKGE 11 (1991) Nr. 39; MKGE 9 Nrn. 17, 19, 20. Die formale Unterscheidung zwischen den «ethischen» Kriterien von «gut oder böse» und den «politischen» von «richtig oder falsch», von der das Militärkassationsgericht im Ergebnis immer noch ausgeht, ist problematisch, sie entspricht jedoch dem (wiederum politisch motivierten) Willen des Gesetzgebers (vgl. dazu BEAT ZWIMPFER, Motive und Gewissensnot in der Dienstverweigerung, rechtspolitische und strafprozessuale Überlegungen, ZStrR 103 [1986] 98 ff., 103). «Ethik und Politik gehen beim denkenden Staatsbürger und urteilsfähigen erwachsenen Menschen eine Verbindung ein. Ethische und politische Reflexion lassen sich in diesem Fall nicht trennen» (BBJ 1994 III 1637).

<sup>8</sup> S. Botschaft und Entwurf zum Bundesgesetz über den zivilen Ersatzdienst (Zivildienstgesetz, ZDG) vom 22. Juni 1994 (BBJ 1994 III 1609 ff.). Die Gesetzesvorlage stützt sich auf Art. 18 Abs. 1 BV, der am 17. Mai 1992 von vier Fünfteln der Stimmenden angenommen worden ist.

keine strafrechtliche Verurteilung durch ein Militärgericht mehr erfolgen. Es wird jedoch grundsätzlich an einer «Gewissensprüfung»<sup>9</sup> durch eine neu zu schaffende «Vollzugsstelle des Bundes»<sup>10</sup> festgehalten.

#### A) «Politisierung» des Strafrechts

Mit dem formellen Akt der Gesetzgebung<sup>11</sup> hat sich die politische Dimension des Kriminalrechts noch lange nicht erfüllt. Richterwahlen erfolgen in der Schweiz fast ausschliesslich durch politische Organe nach Massgabe des Parteiproporz. Jede richterliche Entscheidung wurzelt nach den Erkenntnissen der Hermeneutik in weltanschaulichen Wertvorstellungen.<sup>12</sup> Die «öffentliche Meinung» nimmt Einfluss auf die Justiztätigkeit. Deutlich wird dies vor allem an Prozessen mit eminent politischem Hintergrund oder bei Verfahren, welche aus anderen Gründen (gelegentlich auch aus purer Sensationslust) die besondere Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit wecken. Letztlich erweist sich aber jedes Abwägen von individuellen und gesellschaftlichen Interessen und damit auch jede Rechtsanwendung als politischer Akt.<sup>13</sup>

Zu einem stark politisch «aufgeladenen» Strafprozess kam es in jüngerer Zeit im Fall Hêche. Als Zeichen des Protestes gegenüber dem staatspolitisch ungelösten Südjura-Konflikt («Schwarze-Kassen-Affäre» etc.) hatte der Separatist Pascal Hêche im Herbst 1986 die Justitiastatue auf dem Berner Gerechtigkeitsbrunnen zerstört. Er wurde dafür vom Berner Obergericht zu *22 Monaten Zuchthaus* verurteilt. Die Höhe der Strafe lässt sich mit juristischen Argumenten allein nicht leicht begründen.<sup>14</sup> Viel offensichtlicher politisch motiviert erscheint allerdings die Obstruktion der jurassischen Behörden gegenüber einer rechtshilfweisen Auslieferung Hêches an den Kanton Bern bzw. einem stellvertretenden Strafvollzug.<sup>15</sup> Nachdem das Bundesgericht den Kanton Jura angewiesen hatte,

<sup>9</sup> S. Art. 1 EZDG. Allerdings sollen nicht mehr nur religiöse oder ethische, sondern insbesondere auch politisch motivierte Gewissensgründe Anerkennung finden können (vgl. BBl 1994 III 1637 f.).

<sup>10</sup> Diese entscheidet über die Zulassung zum Ersatzdienst auf Antrag einer zivilen Kommission (Art. 18 EZDG, vgl. BBl 1994 III 1669 ff.). Als *Dauer* des Zivildienstes ist (für Soldaten) das Anderthalbfache der nicht geleisteten militärischen Ausbildungsdienste vorgesehen (Art. 8 Abs. 1 EZDG, vgl. BBl 1994 III 1661 f.).

<sup>11</sup> Zu den Voraussetzungen einer «Entpolitisierung» der Strafgesetzgebung bzw. der Versachlichung der Kriminalpolitik s. unten, § 4 I., zur jüngeren kriminalpolitischen Entwicklung unten, § 4 III.

<sup>12</sup> Vgl. WINFRIED HASSEMER, Tatbestand und Typus, Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik, Köln 1968, 104 ff.; JOSEF ESSER, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt/M. 1970, 10, 137.

<sup>13</sup> Wie noch zu zeigen sein wird, betreiben die Strafgerichte gelegentlich auch Kriminalpolitik im *engeren* Sinne, indem sie den Gesetzgeber geradezu «ersetzen» (s. dazu unten, § 4 II. C.).

<sup>14</sup> Zur Subsumtion unter Art. 145 Abs. 2 StGB s. BGE 117 IV 437.

<sup>15</sup> Art. 352 StGB.

Pascal Hêche entweder an den Kanton Bern auszuliefern oder das rechtskräftige Urteil zu vollziehen, wurde dem Verurteilten von den jurassischen Behörden kurzerhand die Hälfte der Strafe «gnadenhalber» erlassen.<sup>16</sup> Stark mit politischen und ideologischen Wertvorstellungen verknüpft waren etwa auch die *Neuchlen-Anschwilen*-Prozesse. Gegner des dort geplanten Waffenplatzes hatten den Beginn der Bauarbeiten behindert und waren deswegen strafrechtlich verfolgt worden. Gegenüber dem Vorwurf von Sachbeschädigung, Hausfriedensbruch, Nötigung usw. machten sie (unter Berufung auf pazifistische und ökologische Motive) übergesetzliche «Widerstandsrechte» bzw. Rechtfertigungsgründe geltend. Das virtuelle Spannungsverhältnis zwischen der Ausübung demokratischer Rechte und dem strafrechtlichen Rechtsgüterschutz ist vor allem in Deutschland (seit dem Erstarken der Bürgerrechts-, Friedens- und Ökologiebewegung) Gegenstand heftiger Diskussionen.<sup>17</sup> Aber auch das Bundesgericht hatte schon die strafrechtliche Tragweite politisch motivierter «Sitzblockadeaktionen» zu beurteilen.<sup>18</sup> Eine regelrechte *Staatskrise* hat die Indiskretionsaffäre um die ehemalige Bundesrätin Elisabeth Kopp ausgelöst. Auch der juristische Teil der «Krisenbewältigung» (durch das Urteil des Bundesstrafgerichts vom 23. Februar 1990) war

<sup>16</sup> Die Anklagekammer des Bundesgerichtes hatte das Vorliegen eines «politischen» Vergehens i.S.v. Art. 352 Abs. 2 StGB im «weiteren» Sinne bejaht (BGE 118 IV 371, 385 E. 4h). Die materielle Rechtskraft des bernischen Urteils stehe jedoch einer erneuten Beurteilung durch die jurassischen Behörden entgegen («ne bis in idem»). Unter diesen Umständen müsse der Kanton Jura entweder das Berner Urteil vollziehen oder den Verurteilten an Bern ausliefern («aut punire aut dedere»). Die «Teilbegnadigung» erliess das jurassische Parlament auf Antrag der Regierung vom 30. März 1993; s. dazu auch GÉRARD PIQUEREZ, *Asile politique et extradition intercantonale, Quelques réflexions suggérées par l'arrêt Hêche*, *Revue jurassienne de jurisprudence* 3 (1993) 89 ff.

<sup>17</sup> Vgl. RALF DREIER, *Rechtsgehorsam und Widerstandsrecht*, in: Festschrift R. Wassermann, Darmstadt 1985, 299 ff.; NICO H. FLEISCH, *Ziviler Ungehorsam oder Gibt es ein Recht auf Widerstand im schweizerischen Rechtsstaat?*, Diss. BE 1989; GÜNTER FRANKENBERG, *Ziviler Ungehorsam und rechtsstaatliche Demokratie*, *Juristenzeitung* 1984, 266 ff.; WINFRIED HASSEMER, *Ziviler Ungehorsam – ein Rechtfertigungsgrund?*, in: Festschrift R. Wassermann, Darmstadt 1985, 325 ff.; RENÉ RHINOW, *Widerstandsrecht im Rechtsstaat?*, Bern 1984; HORST SCHÜLER-SPRINGORUM, *Strafrechtliche Aspekte zivilen Ungehorsams*, in: P. GLOTZ (Hrsg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, Frankfurt/M. 1983, 76 ff.; aus praktisch-philosophischer Sicht (und mit besonderen Hinweisen auf die Schweiz) s. auch die Habilitationsschrift von HEINZ KLEGER, *Der neue Ungehorsam: Widerstände und politische Verpflichtung in einer lernfähigen Demokratie*, Frankfurt/M. 1993.

<sup>18</sup> BGE 108 IV 165 kam zum Schluss, dass der aus Protest gegen die Winterthurer Kriegsmaterialausstellung «W 81» im Juli 1981 geformte «Menschenteppich» als strafbare Nötigung zu qualifizieren sei (dazu kritisch Plädoyer 1990 Nr. 6, 44 ff.; zur Zulässigkeit von Sitzblockaden bei politischen Manifestationen s. auch HARRO OTTO, *Strafbare Nötigung durch Sitzblockaden in der höchstrichterlichen Rechtsprechung und die Thesen der Gewaltkommission zu § 240 StGB*, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 12 [1992] 568 ff.).

dabei äusserst umstritten.<sup>19</sup> Dass *epochale politische Umwälzungen* regelmässig ihren juristischen «Niederschlag» finden, zeigte sich am Beispiel des Honecker-Prozesses. Dieser war mit der Frage der rechtlichen Bewertung des Schiessbefehls auf «Republikflüchtige» an den Grenzen der ehemaligen DDR bereits politisch geprägt und gelangte in der Folge auch mehr aus politischen denn rein juristischen Erwägungen zur Einstellung.<sup>20</sup> Ähnliche Mechanismen können freilich auch bei Prozessen gegen «rechtsextreme» Straftäter ablaufen. So dürften zum Teil politische Ängste und Nöte dabei mitgespielt haben, dass es bis zum erstinstanzlichen Urteil gegen Marcel Strebel und die «Patriotische Front», welche für die Stürmung eines Asylbewerberheims in Steinhausen (ZG) im November 1989 verantwortlich gemacht wurden, drei Jahre gedauert hat und das Urteil von den Schwyzer Gerichtsbehörden geheimgehalten worden ist.<sup>21</sup>

Stark gehäuft haben sich die Einflussnahmen der *öffentlichen Meinung* und der Medien auf hängige Prozesse.<sup>22</sup> Zu einem eigentlichen Medienspektakel ist der Fall Zwahlen («Kehrsatzer Mordprozess») ausgeartet. Nicht wenige Beobachter haben nach dem Freispruch im Revisionsprozess vor dem Berner Geschwornengericht im Frühling 1993 die Vermutung geäussert, dass der Fall Zwahlen ohne die intensive Inanspruchnahme der Medien einen anderen Ausgang genommen hätte. Diese Vermutung lässt sich nicht verifizieren. Es besteht Anlass zur Hoffnung, dass sie falsch ist. Jedenfalls konnten Bruno Zwahlen, seine Anwälte und Sympathisanten sämtliche Argumente, welche publizistisch ausgebreitet worden waren<sup>23</sup>, auch in den zur Verfügung stehenden Rechtsmittelverfahren zur

<sup>19</sup> BGE 116 IV 56; s. z.B. «Neue Zürcher Zeitung» vom 27.2. und 4.4.1990, 21 f.; Plädoyer 1990/3, 65 ff.; zum kriminalpolitischen Einfluss der Kopp-Affäre auf den Erlass der *Geldwäschereistrafnormen* s. unten, § 4 III. A 2.

<sup>20</sup> Urteil des Berliner Verfassungsgerichtshofes, NJW 1993, 515; s. dazu ARMIN SCHOREIT, Absolutes Strafverfahrenshindernis und absolutes U-Haftverbot bei begrenzter Lebenserwartung des Angeklagten?, NJW 46 (1993) 881 ff.; ferner GEORG KÜPPER, Die Verfolgung von Straftaten des SED-Regimes, Zeitschrift für Rechtspolitik 25 (1992) 91 ff.; HERBERT TRÖNDLE, Verjährungsprobleme bei der strafrechtlichen Verfolgung von SED-Unrechtstaten, in: 140 Jahre Goldtammer's Archiv für Strafrecht, Heidelberg 1993, 241 ff.; RUDOLF WASSERMANN, Verbrechen und totalitäre Herrschaft, zur Rolle des Rechts bei der Aufarbeitung der DDR-Vergangenheit, NJW 46 (1993) 895 ff.

<sup>21</sup> Die Kantonsregierung hat schliesslich in einem Communiqué über das Strafurteil informiert; s. auch HANSPETER USTER, Der Ruf der Öffentlichkeit nach mehr Strafrecht, in: *Geschlossene Gesellschaft? Macht und Ohnmacht der Justizkritik*, Zürich 1993, 177 ff., 182 f.

<sup>22</sup> S. dazu die verschiedenen Beiträge in: *Geschlossene Gesellschaft? Macht und Ohnmacht der Justizkritik* (Hrsg.: RENÉ SCHUHMACHER), Zürich 1993; REGULA KÄGI-DIENER, Persönlichkeitsschutz im Verhältnis von Medien und Justiz, AJP 3 (1994) 1102 ff.

<sup>23</sup> Zu denken ist – neben der Artikel-Serie in der «Weltwoche» – insbesondere an die beiden Bücher von HANSPETER BORN «Mord in Kehrsatz» und «Unfall in Kehrsatz» (von denen das zweite aus dem Buchhandel gezogen werden musste). Die Geschichte des ersten Prozesses ist vor dem zweiten Prozess sogar verfilmt worden («Tage des Zweifels» von Bernhard Giger sowie «Ein klarer Fall» von Rolf Lyssi). Unterdessen sind weitere Bücher mit zum Teil fragwürdiger Zielrichtung erschienen (PETER MAURER/GABRIELA NEUHAUS/



Geltung bringen, in Verfahren also, wo für deutlich mehr Rechtsstaatlichkeit gesorgt ist als im «trial by newspaper».<sup>24</sup>

In einem wesentlichen Punkt war die öffentliche Berichterstattung über den (zweiten) Zwahlen-Prozess für den Angeschuldigten geradezu atypisch. Nicht selten wird nämlich der elementare menschenrechtliche Grundsatz der *Unschuldsvermutung* im Vorfeld eines Strafprozesses grob verletzt.<sup>25</sup> Eine sorgfältige und kritische Presse, welche als «vierte Gewalt» ihr «Wächteramt» verantwortungsvoll wahrnimmt, erfüllt im demokratischen Rechtsstaat zweifellos eine unverzichtbare Aufgabe. Verunglimpfende Medienberichterstattung oder Einmischungen in schwebende Verfahren hingegen dürfen nicht toleriert werden.<sup>26</sup> Im Fall Baragiola hat das Bundesgericht darauf hingewiesen, dass eine überbordende Pressekampagne die richterliche Unabhängigkeit und einen fairen Prozess in Frage stellen kann. Dies lasse gegebenenfalls ein *angemessenes korrigierendes Tätigwerden* der Strafjustizbehörden (etwa in Form von ausdrücklichen richterlichen Ermahnungen an Prozessbeteiligte und Medien) nötig werden.<sup>27</sup> Im übrigen sind selbst unsachliche, polemische und sensationslüsterne Medienerzeugnisse – in gewissen Grenzen – von der Meinungs-

---

DOMINIQUE STREBEL/PATRIK WUELSE, «Der galoppierende Kehrichtsack. Dichtung und Wahrheiten im Fall Zwahlen», und – mit bezeichnend präventivem Titel – TRIX EBELING STANEK, «Das Ende der Tage des Zweifels»).

<sup>24</sup> Vgl. dazu DENIS BARELET, *La presse doit-elle dire la vérité?* SJZ 85 (1989) 369 ff.; ADELHEID BRANDT, *Richterliche Unabhängigkeit und Medienkritik*, Neue Justiz 1990, 73 ff.; BEAT BRÜHLMEIER, *Spannungsfeld Polizei – Medien – Justiz*, Aarau 1989; HANS JOACHIM FALLER, *Die richterliche Unabhängigkeit im Spannungsfeld von Politik, Weltanschauung und öffentlicher Meinung*, in: Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd. 1, Berlin 1987, 81 ff.; FRANZ RIKLIN, *Vorverurteilungen durch die Medien*, recht 1991, 65 ff.; KARL SPÜHLER, *Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit durch die Massenmedien*, SJZ 86 (1990) 349 ff.; DERS., *Gericht und Medien – Erfahrungen*, ZBJV 130 (1994) 550 ff.

<sup>25</sup> Ein krasses Beispiel: Am 10. Januar 1990 bildete die auflagenstärkste Schweizer Boulevardzeitung auf der Titelseite das Polizeiphotograph eines 22jährigen Verdächtigen (Untersuchungsgefangenen) ab mit der Schlagzeile «Dieser Mann tötete Doris (10)». Bekanntgegeben wurde neben dem Namen und Alter des Verdächtigen dessen Beruf, Arbeitgeber und Wohnort. – Ein Chefredaktor, der solches Unrecht und solche Verantwortungslosigkeit zulässt, schadet neben der Rechtsstaatlichkeit nicht zuletzt dem seriösen Journalismus und der Pressefreiheit. Das Verhalten ist im übrigen strafbar (BGE 116 IV 39 ff. E. 5).

<sup>26</sup> S. auch die Kritik des Bundesgerichtes z.B. an der Medienberichterstattung über den *Elisabeth Kopp*-Prozess in BGE 116 IV 39 f. E. 5a/aa; zur Problematik von «Zeugeneinvernahmen» durch die Medien s. auch SPÜHLER (Fn. 24 [1994]), 553.

<sup>27</sup> BGE 116 Ia 22 ff. E. 7b-d; vgl. auch SPÜHLER (Fn. 24 [1990], 352), der bemerkt, «dass die Selbstverantwortung und Selbstkontrolle der Presse im Vorfeld von schwierigen Strafprozessen» in anderen Ländern weit besser spiele als in der Schweiz; REGULA KÄGI-DIENER (Fn. 22, 1113) schlägt eine *Stärkung der prozessualen Stellung der Betroffenen* vor; insbesondere sollten die Rechte und Pflichten der Medienvertreter im Prozessgeschehen *gesetzlich geregelt* werden und Prozessbeteiligte das Recht erhalten, in Fragen der Medienöffentlichkeit *angehört* zu werden und *prozessleitende Verfügungen* zu beantragen; zur besonderen Schutzbedürftigkeit des *Opfers* s. auch CATERINA NÄGELI, *Persönlichkeitsschutz von Opfern*, AJP 3 (1994) 1121 ff.

äusserungs- und Pressefreiheit geschützt. Die richterliche Unabhängigkeit besteht nicht zuletzt auch darin, solche Erscheinungen zu ertragen.

Aber auch der Richterstuhl selber ist keine «ideologiefreie Insel», die von den Stürmen der öffentlichen Meinungsbildung und des politischen Machtkampfes umbrandet wird. Die *politische Dimension der Justiz* manifestiert sich in unserem Land vor allem bei Richterwahlen und in der Diskussion um die sogenannte «innere» Unabhängigkeit des Richters. In den meisten Kantonen gilt es als schwierig bis unmöglich, ohne Parteizugehörigkeit oder parteipolitische Unterstützung in ein Richteramt gewählt zu werden.<sup>28</sup> Auch die Wahlen ans Bundesgericht sind politisch gefärbt.<sup>29</sup> Im Dezember 1990 hat die Beinahe-Abwahl eines sozialdemokratischen Bundesrichters (und profilierten Strafrechtsprofessors) durch die Bundesversammlung Aufsehen erregt. Die richterliche Persönlichkeit, Weltanschauung und Meinungsbildung unterliegt sodann selber mannigfachen Impulsen sozialer, kultureller, religiöser und politischer Art. Der Einfluss solcher Faktoren auf die richterliche Entscheidungstätigkeit wird heute kaum mehr geleugnet. ARTHUR KAUFMANN hat als einer der ersten Strafrechtslehrer die Frage nach Gewissen, Weltanschauung und politischer Einstellung des Richters aufgegriffen. Er stellt den Richter provokativ unter «Ideologieverdacht» und bezeichnet denjenigen Richter als den abhängigsten, der glaubt, seine Urteilstätigkeit sei von weltanschaulichen und politischen Impulsen unbeeinflusst.<sup>30</sup> Das Bundesgericht hat darauf hingewiesen, dass es sogar notwendige Pflicht des Richters sein kann, sich (in gewissen Grenzen) eine politische Meinung zu bilden.<sup>31</sup> Diese Konzeption des «politischen Richters» ist teilweise missverstanden worden. Der Richter, der sich selber unter «Ideologieverdacht» stellt und der sich der politischen Auswirkungen und Implementierung seines Tuns bewusst ist, betreibt damit noch lange keine Parteipolitik.<sup>32</sup> Auch der

<sup>28</sup> S. dazu KONRAD BÄCHINGER, Die rechtliche Stellung des Richters im Kanton St. Gallen, Diss. ZH 1976, 160 ff.; FELIX MATTER, Der Richter und seine Auswahl, Diss. ZH 1978, 155 ff.; KARL SPÜHLER, Der Richter und die Politik. Die Wahlart der Richter und ihre Unabhängigkeit gegenüber politischen Gewalten, ZBJV 130 (1994) 28 ff.

<sup>29</sup> Vgl. z.B. ANDRÉ GRISEL, Le tribunal fédéral suisse, ZSR NF 90 (1971) I 385 f., 390; HÄFELIN/HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, N. 887.

<sup>30</sup> Vgl. ARTHUR KAUFMANN, Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit, in: Festschrift für Karl Peters, Tübingen 1974, 295 ff., 303.

<sup>31</sup> «D'altro canto non bisogna dimenticare che, in qualità di normali cittadini, i giudici hanno il compito di tenersi al corrente dei problemi che interessano la società e altresì – nella misura in cui la loro attività lo permette – quello di formarsi un'opinione politica: basta soltanto che la loro imparzialità non sia compromessa» (BGE 116 Ia 24 E. b).

<sup>32</sup> «The correct view, I believe, is that judges do and should rest their judgements on controversial cases on arguments of political principle, but not in arguments of political policy», RONALD DWORKIN, A Matter of Principle, Cambridge (MA) 1985, 11 (s. demgegenüber OTTO KIRCHHEIMER, Politische Justiz. Verwendung juristischer Verfahrensmöglichkeiten zu politischen Zwecken, Frankfurt/M. 1985).



politisch bewusste und auf Wertetransparenz<sup>33</sup> bedachte Richter stellt seine Bindung an das Gesetz nicht in Frage. Wenn die richterliche Tätigkeit auch nicht in blosser «wertfreier Subsumtion» besteht, so hindert dies nicht die Orientierung am Gesetz und an dessen elementaren Wertentscheidungen.<sup>34</sup>

## B) «Kriminalisierung» des Alltags

Diesen unterschiedlichen Phänomenen fortschreitender «Politisierung» des Strafrechts steht spiegelbildlich die Kriminalisierung des Alltagslebens gegenüber. Lebenswirklichkeit und kriminalrechtliches System beeinflussen sich auf dem «Marktplatz» der politischen Interessen und Wertungen<sup>35</sup> gegenseitig. Wie noch zu zeigen sein wird, ist die Bagatell- und Kleinkriminalität eine «hausgemachte Landplage», deren differenzierende und massvolle Bekämpfung zu den heikelsten Aufgaben der modernen Kriminalpolitik gehört.<sup>36</sup> Beim strafbaren «Alltagsverhalten»<sup>37</sup> kommt den Strassenverkehrsdelikten mit ca. 50% aller strafrechtlicher Verurteilungen der quantitativ bedeutendste Anteil zu.<sup>38</sup> Die Kriminalpra-

<sup>33</sup> S. dazu MARC FORSTER, Die Bedeutung der Kritik an der bundesgerichtlichen Praxis. Elemente einer allgemeinen Rezeptionstheorie unter besonderer Berücksichtigung der Bundesgerichtspraxis zur Verbrechenslehre, St. Galler Beiträge zum öffentlichen Recht Bd. 29, Diss. SG 1992, 57 f., 273 ff.

<sup>34</sup> «Auch ein politischer Einschlag, eine politische Färbung und sogar ein politischer Charakter einer Streitigkeit oder eines angefochtenen Staatsaktes machen eine Rechtskenntnis darüber nicht unmöglich. Solange sich der Richter an gefestigte Werte der vorgegebenen Wertordnung halten kann, (...) bleibt er in seinem Garten» (HANS HUBER, Der Standort des Richters in der modernen Gesellschaft, in: HANS HUBER, Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Bern 1971, 435 ff., 443). Besonders auf die Probe gestellt wird die innere und «politische» Unabhängigkeit der Justizbehörden bei Straftaten, die mit einer politischen «Gesinnung» direkt oder indirekt verknüpft sind. Dies kann beim neuen *Rassismusartikel* zutreffen (Art. 261<sup>bis</sup> StGB, s. dazu unten, § 4 III. C). Der StGB-Revision von 1993 ist allerdings wenig *parteilichter* Widerstand erwachsen. Das Referendum wurde am 25. September 1994 vom Volk relativ knapp verworfen.

<sup>35</sup> Zu den Einflussfaktoren des *kriminalpolitischen Prozesses* und zur «normbildenden Kraft» der gesellschaftlichen Fakten, Kenntnisse und Wertungen s. ausführlich unten, § 4 I.

<sup>36</sup> Vgl. dazu unten, § 4 I. C; zur neueren kriminalpolitischen Entwicklung des *Sanktionenrechts* im Bereich der Kleinkriminalität s. auch unten, § 3 II. B.

<sup>37</sup> Der Anteil der Bagatelldelikte an der Gesamtkriminalität ist in der Schweiz auffallend hoch (zu denken ist im Bereich des StGB insbesondere an Ehrverletzungen, Ladendiebstahl, Tötlichkeiten und geringfügige einfache Körperverletzungen); vgl. WOLFGANG BECKMANN, Das Bagatelldelikt und seine Behandlung im Strafgesetzbuch der Schweiz, Rechtsvergleichende Untersuchungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Bd. 13, Baden-Baden 1982, 90 ff.; ROBERT HAUSER, Die Behandlung der Bagatellkriminalität in der Schweiz, ZStW 92 (1980) 295 ff.; s. auch KARL-LUDWIG KUNZ, Das strafrechtliche Bagatellprinzip. Eine strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Untersuchung, Schriften zum Strafrecht, Bd. 57, Berlin 1984.

<sup>38</sup> Vgl. dazu insbesondere STEFAN BAUHOFFER, Strassenverkehrsdelinquenz in der Schweiz, Versuch einer statistischen Analyse, in: JÖRG SCHUH (Hrsg.), Verkehrsdelinquenz/délinquance routière, Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie, Grösch 1989, 41 ff.,

xis pendelt hier zwischen den Extremen allzu hoher Permissivität und übertriebener Anforderungen. Geradezu öffentliche Empörung haben Anfang der neunziger Jahre einige sogenannte «Raser-Urteile» hervorgerufen, bei denen die Strafzumessung (aber auch die administrative Führerausweis-Entzugspraxis) angesichts von getöteten und verletzten Verkehrsopferten als zu milde angesehen wurde. Im allgemeinen als eher zu streng werden demgegenüber die Anforderungen der Praxis an die Sorgfaltspflichten der Fahrzeuglenker bei Fahrlässigkeitsdelikten kritisiert.<sup>39</sup> Bekanntlich muss ein Verkehrsteilnehmer (laut Bundesgericht) auf der Autobahn mit verlorenen Stühlen, entlaufenen Hunden, Fussgängern und Autostoppern rechnen.<sup>40</sup> Ein Autobahnbenützer, der wegen entgegenkommenden Fahrzeugen das Abblendlicht einschaltet, darf laut BGE 93 IV 117 f. E. 2 nur 60-70 km/h fahren. Auf Widerstand treffen naturgemäss Straftatbestände<sup>41</sup>, deren *Sozialschädlichkeit*<sup>42</sup> fraglich oder zumindest bestritten ist. Als Beispiel wird oft der Konsum und Handel sogenannt «weicher» Drogen wie Cannabis/Haschisch genannt. Zu konstatieren ist hier zumindest eine offene kriminalpolitische Diskrepanz bzw. Inkonsistenz angesichts der Permissivität gegenüber anderem, nachweislich mindestens ebenso schädlichem alltäglichem Suchtverhalten.<sup>43</sup>

Zu besonderen Auseinandersetzungen über Sinn und Grenzen hoheitlicher Eingriffe hat regelmässig das *Sexualstrafrecht* Anlass gegeben. Dies liegt einerseits darin begründet, dass die Sexualität einen oft tabuisierten aber um so vitaleren Lebensbereich des Menschen beschlägt, und

---

42, 58. Aber auch das *Umweltstrafrecht* konzentriert sich in der Praxis primär auf «ökologisch eher bedeutungslose Kleinverstösse des privaten oder beruflichen Alltags» (s. für Deutschland VOLKER MEIENBERG, Empirische Erkenntnisse zum Vollzug des Umweltstrafrechts, ZStW 100 [1988] 112 ff., 150). Auch in der Schweiz werden Bagatell-Umweltdelikte weitaus häufiger – und oft auch effizienter – strafrechtlich geahndet als schwere Fälle; s. dazu am Beispiel des Grossbrandes von 1986 in Schweizerhalle mit katastrophalen Folgen («Fall Sandoz») GÜNTER STRATENWERTH, Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft, Basel 1993, 3 ff.

<sup>39</sup> Die Bundesgerichtspraxis zum fahrlässigen Erfolgsdelikt gehört in diesem Zusammenhang (m.E. zu Recht) zu den in der schweizerischen Lehre *meistkritisierten* Themen, s. dazu FORSTER (Fn. 33), 222 f., 238 ff.

<sup>40</sup> BGE 100 IV 283 f. E. 3.

<sup>41</sup> Nicht zu vergessen ist, dass auch *strafprozessuale* Vorgänge und Zwangsmassnahmen zu empfindlichen Eingriffen in die Privat- und Geheimsphäre der Betroffenen führen können. So ist an die *Untersuchungshaft* oder an die polizeiliche *Überwachung des Telefonverkehrs* zu denken. Auch die öffentliche *Berichterstattung über hängige Prozesse* kann sensible Rechte der Beteiligten tangieren. Artikel 5 des seit 1. Januar 1993 anwendbaren Opferhilfegesetzes (SR 312.5) stärkt diesbezüglich die Stellung von Kriminalitätsopfern.

<sup>42</sup> S. zum Rechtsgüterschutz als Basis kriminalrechtlicher Reformen unten, § 2.

<sup>43</sup> Es ist zu denken an Alkohol- und Tabakmissbrauch, Spielsucht, teilweise aber auch an anderes Suchtverhalten wie Konsumsucht (Essen, Kaufen, Fernsehen, Verdienen, Karriere, Sexualverhalten usw.). Nach Ansicht des Bundesgerichtes bleiben die gesundheitlichen Gefahren des Cannabiskonsums «in verschiedener Beziehung sogar hinter jenen des Alkohols zurück» (BGE 117 IV 323 E. g/aa).

andererseits darin, dass sich das Kriminalrecht mit der Abgrenzung zwischen (notwendigem) Rechtsgüterschutz und (fragwürdigem) Moralisieren oft schwer getan hat. Begrüssenswert ist die bereits angesprochene Entkriminalisierung der Jugendsexualität.<sup>44</sup> Vielleicht nicht zum Alltagsleben des Durchschnittsbürgers<sup>45</sup> aber zumindest zur alltäglichen Normalität gehören Prostitution und Sexgewerbe. Es wundert daher kaum, dass die verschärfte Zürcher Strafpraxis gegenüber Freiern auf dem Drogenstrich grosses publizistisches Echo hervorgerufen hat. Anfang 1993 wurden zwei «Kunden» des Zürcher Drogenstriches zu Bussen bzw. Gefängnis verurteilt.<sup>46</sup> Dem einen wurde die Finanzierung von illegalem Drogenkonsum,<sup>47</sup> dem anderen das Ausbeuten einer Notlage vorgeworfen. Letzterer habe die Abhängigkeit drogensüchtiger Prostituiierter ausgenützt, um für Sex weniger bezahlen zu müssen. Der in der Strafrechtsrevision von 1991 eingeführte neue Art. 193 StGB verbietet die sexuelle Ausnutzung von Notlagen. Es fragt sich allerdings, wem mit der genannten Praxis geholfen werden soll. Am wenigsten nützt sie wohl ausgerechnet der Trägerin des verletzten Rechtsgutes, nämlich der drogensüchtigen Prostituierten, deren Freier kriminalisiert und vertrieben werden. Dem Opfer wird im Ergebnis «vorgeschrieben, dass es in seiner Notlage bleiben muss, statt sich durch sexuelle Handlungen aus seiner Not zu befreien».<sup>48</sup> Verschärft hat sich auch die Kriminalpraxis gegenüber Trägern des HI-Virus und Aids-Kranken. Seit Ende der achtziger Jahre haben die Verurteilungen wegen schwerer Körperverletzung und Verbreitens menschlicher Krankheiten (Art. 231 StGB) stark zugenommen.<sup>49</sup> Ein Zeichen zunehmender individuel-

<sup>44</sup> S. dazu unten, § 4 III. B.

<sup>45</sup> Immerhin legen empirische Untersuchungen den Schluss nahe, dass statistisch gesehen mehr als die Hälfte der männlichen Erwachsenen gelegentlich oder regelmässig die Dienste von Prostituierten in Anspruch nimmt.

<sup>46</sup> S. «Tages-Anzeiger» vom 19. Februar 1993, S. 19.

<sup>47</sup> Art. 19 Ziff. 1 Abs. 7 BetmG (SR 812.121).

<sup>48</sup> GUNTHER ARZT, Das neue Sexualstrafrecht der Schweiz, Kriminalistik 47 (1993) 347 ff., 349; eher zweifelnd auch GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 4. Aufl., Bern 1993, 152. Gemäss der Praxis des Zürcher Obergerichtes liegt grundsätzlich *keine* «Ausnützung» einer drogenabhängigen Prostituierten i.S.v. Art. 193 StGB vor, falls der Freier den «marktüblichen» Preis bezahlt (SJZ 89 [1993] 324 ff. Nr. 37, S. 325); bejaht wurde indessen (im konkreten Fall) der Tatbestand der Finanzierung von unerlaubtem Verkehr mit Betäubungsmitteln (Art. 19 Ziff. 1 Abs. 7 BetmG). Das Bundesgericht hat diese Praxis mit Urteil vom 1. Juni 1994 *bestätigt* (6S.458/1993).

<sup>49</sup> S. z.B. BGE 116 IV 125; ObGer ZH in: SJZ 1988, S. 400; BezGer Unterrheintal SG in: Plädoyer 1990, S. 67 f.; vgl. CHRISTIAN HUBER, HIV-Infektion und Aids-Erkrankung im Lichte des Art. 231 StGB sowie der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte, SJZ 85 (1989) 149 ff.; KARL-LUDWIG KUNZ, Aids und Strafrecht, Strafbarkeit der HIV-Infektion nach schweizerischem Recht, ZStrR 107 (1990) 45 ff.; JEAN LOB, Sida et droit pénal, SJZ 83 (1987) 163 ff.; MARKUS MÜLLER, Strafrecht und Epidemienrecht in der Aids-Bekämpfung, AJP 2 (1993) 915 ff.; s. ferner PAUL BAUMANN et al. (Hrsg.), Recht gegen Aids, Bern 1987; PAUL BURKEL (Hrsg.), Der Aids-Komplex, Frankfurt/M. u.a. 1988; MAX BUSCH/WOLFGANG HECKMANN/ERICH MARKS (Hrsg.), HIV/Aids und Straffälligkeit, Bonn 1991; BERTIL COTTIER, L'isolement des personnes atteintes du virus VIH: une

ler Angst und Betroffenheit sowie allgemeiner Hilflosigkeit gegenüber der Krankheit Aids? Die Zeiten, als sich die Aids- und HIV-Bedrohung noch als Problem spezifischer «Risikogruppen» (Hämophiler, Fixer oder Homosexueller) marginalisieren liess, sind jedenfalls endgültig vorbei.<sup>50</sup>

### C) Themeneingrenzung

«Politisierungen» des Strafrechts und «Kriminalisierungen» des Alltagslebens manifestieren sich in verschiedensten Ausprägungen, auf die nachfolgend systematisch und vertiefend zurückzukommen sein wird. Wenn die vorliegende Abhandlung dieses Thema des Schweizerischen Juristentages 1995 lediglich als Untertitel trägt, dann deshalb, weil das Augenmerk auf einen besonders wichtigen Aspekt der gegenseitigen Beeinflussung konzentriert werden soll, nämlich auf den Einfluss des öffentlichen politischen Prozesses und des «sozialen Wandels» auf die Korrektur des strafrechtlichen *Rechtsgüter- und Sanktionenkataloges*. Es werden sich dabei folgende *Fragen* stellen:

– Inwiefern besteht eine Interdependenz zwischen «sozialem Wandel» und Strafrecht?<sup>51</sup> Welches sind die bestimmenden kriminogenen Faktoren im sozio-kulturellen Kontext unserer Epoche?<sup>52</sup> Auf welchen Fundamenten hat der Strafreformer bei der «Modernisierung» des Rechtsgüter- und Sanktionenkataloges aufzubauen? Wie sind die Grenzen des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes zu ermitteln und wonach hat sich ein zeitgemässes Sanktionensystem auszurichten?<sup>53</sup> Welche Rolle spielt die «Wissenschaft» im kriminalpolitischen Prozess? Kommt dem Wandel von Fakten, Kenntnissen und Wertanschauungen eine «normative Wirkung» zu? Inwieweit sind Gesetzgeber und Richter gehalten, dem «sozialen Wandel» Rechnung zu tragen, Gesetz und Rechtsprechung zu «modernisieren»? In welchen Grenzen darf die Justiz «Kriminalpolitik» betreiben?<sup>54</sup> Welches sind die kriminalpolitischen Tendenzen in der jüngeren Entwicklung der Strafgesetzgebung?<sup>55</sup>

---

measure d'un autre âge?, in: Mélanges Jan Stepan, Zürich 1994, 123 ff.; MAX KELLER, Rechtliche Bedeutung des Status «HIV-positiv», Basel 1993; BERND SCHÜNEMANN/GERD SEIFFER (Hrsg.), Die Rechtsprobleme von Aids, Baden-Baden 1988; KATARINA TOMASEVSKI, The Aids Pandemic and Human Rights, Collected Courses of the Academy of European Law, vol. 2 (1988), book 2, 99 ff.

<sup>50</sup> Nach den vom Bundesamt für Gesundheitswesen publizierten Zahlen waren bis Juni 1993 in der Schweiz 18 000 HIV-Infizierungen gemeldet. Seit 1987 hat sich die Zahl der gemeldeten Aids-Erkrankungen verachtfacht; s. auch Eidgenössische Kommission für Aidsfragen/Bundesamt für Gesundheitswesen, Aids in der Schweiz (Eidgenössischer Aids-Bericht), Bern 1989.

<sup>51</sup> Nachfolgend, § 1 II. (S. 22 ff.).

<sup>52</sup> § 1 III. (S. 33 ff.).

<sup>53</sup> §§ 2-3. (S. 44-92).

<sup>54</sup> § 4 I.-II. (S. 93-133).

<sup>55</sup> § 4 III. (S. 134-161).

Von «Kriminalpolitik» wird im folgenden in einem engeren und einem weiteren Sinn die Rede sein. Im *engeren* Sinn ist damit der eigentliche legislative Prozess gemeint, im *weiteren* Sinne der dynamische normbildende Einfluss von Fakten und Wertanschauungen auf das gesamte kriminalrechtliche System.

Auf der anderen «Spiegelbildseite» wird sich die Frage nach den Ursachen und Wirkungen einer zunehmenden «Verrechtlichung» des Alltagslebens stellen. Bei den Überlegungen, auf welchen Grundlagen die Modernisierung des Rechtsgüter- und Sanktionenkataloges aufzubauen hat,<sup>56</sup> soll daher besonderes Augenmerk auf die Bagatell- und Kleinkriminalität gelegt werden. Schliesslich soll auch noch die spezifische kriminalpolitische Problematik der «Alltagsdelikte» verdeutlicht werden.<sup>57</sup>

## II. Strafrecht als «Sozialprodukt»

Das Kriminalrecht ist gleichzeitig Produkt und Spiegelbild seiner Epoche. Die Wertanschauungen in einer pluralistischen Gesellschaft unterliegen einem ständigen Wandel, sie sind Gegenstand fortlaufender politischer Auseinandersetzung. Gesetzgebung und Rechtsprechung werden von zahllosen sozialen, ökonomischen, technischen, politischen, ethischen, ökologischen und kulturellen Faktoren beeinflusst.<sup>58</sup> Ein Strafrechtssystem, das sich diesem dynamischen Prozess verschliesst und an leblosen

<sup>56</sup> §§ 2-3.

<sup>57</sup> § 4 I. C. Die Behandlung der Bagatellkriminalität war bereits Diskussionsgegenstand des Juristentages 1989 in Flims (s. JÜRGEN SOLLBERGER, Das Opportunitätsprinzip im Strafrecht. Ein tauglicher Versuch zur Bewältigung des Bagatelldelikts?, ZSR NF 108 [1989] II 1 ff.; ROBERT ROTH, Le principe de l'opportunité de la poursuite, ZSR NF 108 [1989] II 169 ff.). Die *Konstituenten* des Alltags und seiner «Kriminalisierung» ergeben sich aus der Rückbesinnung auf die soziale, kulturelle, wirtschaftliche, historische und ideengeschichtliche Bedingtheit des Strafrechts und auf die kriminogenen Faktoren der modernen Konsum- und Wohlstandsgesellschaft (vgl. dazu nachfolgend § 1 II.-III.). Die normative (rechtsbildende) Wirkung eines kriminalpolitisch bedeutsamen Wandels des Alltagslebens wird in § 4 (getrennt nach Gesetzgebung und Strafjustiz) untersucht werden.

<sup>58</sup> EUGEN HUBER, der übrigens einige Jahre als *Verhörer* im Kanton Appenzell-Ausserrhoden gearbeitet hat, sprach in diesem Zusammenhang von den «Realien», nämlich den «tatsächlichen Verhältnissen (...), mit denen unter jeder menschlichen Vergesellschaftung gerechnet werden muss» (Die Realien der Gesetzgebung, in: Recht und Rechtsverwirklichung, Basel 1921, 2. Aufl. 1925, 281 ff.; s. auch schon CARL STOOSS, Die ethischen und sozialen Grundlagen des Strafrechts, ZStrR 7 [1894] 269 ff.). In der Rechtssoziologie ist hier vom «Grundtatbestand der sozialen Interdependenz» die Rede, s. THEODOR GEIGER, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 4. Aufl., Berlin 1987, 8 ff.; RICHARD OLSEN, Interaction between Law and Society, Diss. ZH 1983, 32 ff.; MARC SPESCHA, Rechtsbruch und sozialer Wandel, Diss. ZH, Berlin 1988, 22; ferner K. IMHOF/G. ROMANO, Theorie des sozialen Wandels. Zur Diskontinuität der Moderne, Diss. ZH 1988.



ideologischen und moralischen Vorstellungen festhält, gerät in Konflikt mit der gesellschaftlichen Realität und setzt sich selber als Mechanismus sozialer Kontrolle ausser Funktion.<sup>59</sup> Dies bedeutet freilich nicht, dass Gesetzgeber und Richter dem «Zeitgeist» (oder was sie dafür halten) undifferenziert zum Durchbruch verhelfen sollten.<sup>60</sup> Die «Realia» sind nicht «normbestimmend», aber zweifellos «normrelevant».<sup>61</sup> Dem sozialen Wandel bzw. dem Einfluss des «Zeitgeistes» wird sogar die *kriminalpolitisch entscheidende Funktion* beigemessen.<sup>62</sup> Oft bestehen gesetzgeberische Schritte und Änderungen der Strafjustizpraxis in einem Nachvollziehen von gesellschaftlichen Fakten, und nicht selten nimmt die Praxis bereits rechtspolitische Schritte vorweg.<sup>63</sup>

## A) Strafrecht und Realität

Die materialistische Rechts- und Sozialphilosophie hat den Blick dafür geschärft, dass rechtspolitische Entwicklungen stark von *wirtschaftlichen* Faktoren geprägt werden. RUDOLF STAMMLER schrieb 1902: «Die bestimmende Grundlage alles gesellschaftlichen Daseins von Menschen ist die gemeinsame Produktion ihres Lebens; die letzten Ursachen aller gesell-

<sup>59</sup> Ein Beispiel aus der Rechtsprechung: Der deutsche Bundesgerichtshof hatte bis in die sechziger Jahre entschieden, dass sich Eltern, wegen «schwerer Kuppelei» strafbar machen, wenn sie ihren Töchtern und Söhnen den Geschlechtsverkehr mit deren Verlobten gestatten. Das Gericht berief sich für diese Gesetzesauslegung auf ein «vorgegebenes Sittengesetz», welches vom Wandel der Wertanschauungen nicht tangiert werden könne (BGHStr 6, 46 ff.; 17, 230 ff.). Ein Beispiel von gesetzgeberischem «Realitätsverlust» bildet der Wortlaut des erst im Jahre 1985 abgeschafften Konkubinatsverbotes im Kanton Glarus: «Personen, welche miteinander im Konkubinat leben *und dadurch* öffentliches Ärgernis erregen, werden mit Haft oder Busse bestraft» (Hervorhebung von mir).

<sup>60</sup> «Wer sich mit dem Zeitgeist vermählt, wird bald Witwer sein» (JÖRN KIERKEGAARD). Die geschichtliche Erfahrung zeigt auch, dass gesellschaftlicher Wandel nicht zwingend einen Wandel zum Besseren implizieren muss (vgl. ERNST BLOCH, Differenzierungen im Begriff Fortschritt, in: Bd. 13 Gesamtausgabe, Frankfurt/M. 1977, 120 ff.). Wie noch nachzuweisen sein wird, stellt sich die Frage, inwiefern dem Wandel der «Realia» Rechnung zu tragen ist, für *Gesetzgeber* und *Richter* in *unterschiedlicher* Weise (s. dazu ausführlich unten, § 4). Zu den Unterschieden zwischen «Modeströmungen» und sozialem Wandel s. SPESCHA (Fn. 58), 79 ff.; JOACHIM WEGE, Positives Recht und sozialer Wandel im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, Berlin 1977, 57 ff. Der Begriff des «Zeitgeistes» geht auf GEORG W.F. HEGEL (1770-1831) zurück, der vom «sich in den einzelnen Geschichtsepochen entfaltenden objektiven Geist» sprach (s. Der Grosse Brockhaus, Wiesbaden 1981, Bd. 12).

<sup>61</sup> Vgl. dazu WALTER R. SCHLUEP, Die Beziehungen zwischen der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung der Gesellschaft und der Entwicklung des Rechts, in: Recueil de travaux suisses présentés au VIIIe Congrès international de droit comparé, Basel 1970, 41 ff., ebenso in: Schweizerische Beiträge zur Rechtssoziologie, Berlin 1984, 23 ff., 29; zur begrenzten «normbildenden» Kraft des sozialen Wandels s. unten, § 4 I. B 3.

<sup>62</sup> Vgl. GÜNTHER KAISER, Kriminologie, 9. Aufl., Heidelberg 1993, 645.

<sup>63</sup> S. etwa die Beispiele des EDV- und des Pornographiestrafrechts oder des «Haschisch-Entscheides», dazu unten, § 4 II. C.

schaftlichen Veränderungen sind in der Ökonomie der betreffenden Epoche zu suchen». <sup>64</sup> Kriminalität, Kriminalpraxis und Kriminalpolitik werden nicht zuletzt von den wirtschaftlichen Rahmenbedingungen geprägt. <sup>65</sup> Auch neue *technische* Entwicklungen können zu richterlichem und gesetzgeberischem Handlungsbedarf führen. <sup>66</sup> Wohl mehr aus kriminalpolitischer Not denn aus rechtsdogmatischer Überzeugung hat das Bundesgericht elektronische Datenträger als «Schrifturkunden» im Sinne von Art. 251 i.V.m. Art. 110 Ziff. 5 StGB qualifiziert. Missbrauchsgefahren und Missbrauchsrealität liessen es als notwendig erscheinen, dem Tätigwerden des Gesetzgebers vorzugreifen. <sup>67</sup> Der rechtspolitisch verständliche «antizipierte» Rechtsgüterschutz erfolgte allerdings auf Kosten des Legalitätsprinzips (Art. 1 StGB, «nulla poena sine lege»). <sup>68</sup> Neue Möglichkeiten und Risiken in der Fertilisationsmedizin und Gentechnologie haben zu Eingriffsnormen auf der Stufe Bundesverfassung und kantonale Gesetzgebung geführt, <sup>69</sup> aber auch modernste kriminaltechnische Untersuchungsmöglichkeiten eröffnet. <sup>70</sup> Neue Erkenntnisse zur Sozialschäd-

<sup>64</sup> Die Gesetzmässigkeit in Rechtsordnung und Volkswirtschaft, Dresden 1902, 7. – «Die Nomaden haben andere Vorstellungen über gut und recht als der ansässige Bauer mit Privateigentum an Grund und Boden; andere der Grosskaufmann als der kleinbürgerliche Handwerker; oder die jagenden und kriegenden Germanen gegenüber den Unternehmern und Arbeitern der kapitalistischen Produktionsweise» (ebenda, 8).

<sup>65</sup> Besonders deutlich lässt sich dies am Beispiel der neuen Strafnormen gegen *Insidergeschäfte* und *Geldwäscherei* darstellen (s. dazu unten, § 4 III. A 1.-3.). JÖRG M. FREY hat untersucht, wie sich die ökonomische Entwicklung in der Schweiz vom Kriegsende bis in die Zeiten der Hochkonjunktur auf die Entstehung einer (unmittelbaren und mittelbaren) «Wohlstandskriminalität» in den Bereichen Erwerbstätigkeit, Lebensunterhalt, Freizeit ausgewirkt hat (Die Kriminalität in Zeiten des Wohlstandes, Diss. ZH 1968); zur Korrelation zwischen Kriminalpraxis und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen s. auch die rechtshistorischen und soziologischen Hinweise bei MARTIN KILLIAS, Précis de criminologie, Bern 1991, 373 ff.; NICOLE CASTAN, in: La recherche historique sur la criminalité et la justice pénale, Strassburg 1985, 38 ff.; zur volkswirtschaftlichen Deutung gewisser Delikte (insbesondere Abtreibung und Wucher) s. HERMANN GOTTLIEB BIERI, Nationalökonomie und Strafrecht, in: Festgabe Schultz, ZStrR 94 (1977) 191 ff.

<sup>66</sup> Zum Spannungsverhältnis zwischen Recht und technischem Fortschritt s. etwa GÜNTER STRATENWERTH, Technisches und kritisches Rechtsdenken, SJZ 76 (1980) 373 ff.

<sup>67</sup> S. dazu ausführlich unten, § 4 II. C 1.

<sup>68</sup> Ein solches Tätigwerden des Richters als «Ersatzgesetzgeber» erscheint mir nur zulässig, wenn das Schädigungspotential sehr gross ist und die Legislative nicht rechtzeitig einschreiten kann (s. eingehender unten, § 4 II. C 2.); zur Abgrenzung zwischen gesetzgeberischer und richterlicher Zuständigkeit s. unten, § 4 II. A.

<sup>69</sup> Art. 24<sup>novies</sup> BV (Volksabstimmung vom 17. Mai 1992), s. zur rasanten technischen und rechtlichen Entwicklung ausführlich BGE 119 Ia 460 (baselstädtisches Gesetz betreffend Reproduktionsmedizin beim Menschen), BGE 115 Ia 234 (st.gallische Fertilisationstechnologie-Gesetzgebung).

<sup>70</sup> Z.B. die DNS-Analyse («genetischer Fingerabdruck»), vgl. WALTER BÄR, Die Identifizierung mit gentechnologischen Methoden in der Gerichtsmedizin, in: Aktuelle Probleme der Kriminalitätsbekämpfung, Festschrift SKG, ZStrR 110 (1992) 426 ff.; s. auch ebenda, PIERRE MARGOT, La place des sciences forensiques dans la lutte contre la criminalité, 417 ff.

lichkeit eines Verhaltens (etwa Haschischkonsum und -handel<sup>71</sup>) haben höchstrichterliche Praxisänderungen bewirkt.<sup>72</sup>

Das Strafrecht ist sodann in hohem Masse *kulturabhängig*. HANS SCHULTZ hat darauf hingewiesen, dass das Strafrecht zweier Länder markant verschieden sein kann, obschon die anwendbaren Normen gleichlautend oder sehr ähnlich sind.<sup>73</sup> Um so vielfältiger erweist sich die kriminalrechtliche Realität in rechtsvergleichender Perspektive. Die Strafrechtsreform stützt sich nicht zuletzt auf die Strafrechtsvergleichung und die komparative Kriminologie.<sup>74</sup> Binnenstrafrechtliche «Kulturkonflikte» können sich namentlich im Zuge der Migration von Menschen aus aussereuropäischen Ländern ergeben.<sup>75</sup> Aber nicht nur der ökonomische, technische oder kulturelle Wandel beeinflusst die Entwicklung des Kriminalrechts, sogar topographische Besonderheiten eines Landes können dessen Strafrechtssystem beeinflussen.<sup>76</sup> So ist der föderale Aufbau der Schweiz mit ihren 26 kantonalen Strafprozessordnungen nicht zuletzt auf ihre geo- und ethnographische Struktur zurückzuführen. Schliesslich sind auch die politischen Verhältnisse und das Kriminalrechtssystem eng miteinander verknüpft.<sup>77</sup> Der politische «Zeitgeist» kann sich bis in die Zitierpraxis der Höchstgerichte einnisten.<sup>78</sup> Dass der neue Rassismus-Artikel (Art. 261<sup>bis</sup> StGB) im Parlament und bei den Stimmberechtigten eine

<sup>71</sup> BGE 117 IV 314, s. dazu unten, § 4 II. C 1.

<sup>72</sup> S. dazu auch FORSTER (Fn. 33), 68 ff.; THOMAS PROBST, Die Änderung der Rechtsprechung, Eine rechtsvergleichende, methodologische Untersuchung zum Phänomen der höchstrichterlichen Rechtsprechungsänderung in der Schweiz (civil law) und den Vereinigten Staaten (common law), Diss. SG 1992, Basel 1993.

<sup>73</sup> Strafrechtsvergleichung als Grundlagenforschung, in: JESCHECK/KAISER (Hrsg.), Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie, Berlin 1980, 13; zum Begriff der «Rechtskultur» und seiner Bedeutung insbesondere für die Gesetzgebung s. INGO VON MÜNCH, Rechtskultur, NJW 46 (1993) 1673 ff.

<sup>74</sup> S. dazu ausführlich HANS-HEINRICH JESCHECK, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Strafrechtsreform, in: Festschrift Bockelmann, München 1979, 133 ff.

<sup>75</sup> S. dazu VERENA TOBLER-MÜLLER, Wirkungen der Migration, Kulturkontakt, Kulturkonflikt, Konfliktkultur, in: KÄLIN/MOSER (Hrsg.), Migrationen aus der Dritten Welt, Bern 1993, 175 ff.; ebenda, WALTER SCHMID, Migrationen und Rechtsordnung, 221 ff.

<sup>76</sup> S. dazu schon DIETRICH SCHINDLER, Recht und Ambiance, in: Verfassungsrecht und soziale Struktur, Zürich 1932, 92 ff., der insbesondere die geographischen Besonderheiten der Schweiz denjenigen Englands gegenüberstellt.

<sup>77</sup> Zum Recht als Reflex von Machtverhältnissen s. SPESCHA (Fn. 58), 30 ff., ferner PETER FARAGO, Verbände als Träger öffentlicher Politik. Aufbau und Bedeutung privater Regierungen in der Schweiz, Diss. ZH 1987.

<sup>78</sup> S. etwa zum Zitierverhalten des Bundesgerichtes gegenüber jüdischen und deutschen Autoren vor und nach dem 2. Weltkrieg: FRITZ DOLDER, Rezeption und Ablehnung wissenschaftlicher Lehrmeinungen in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zum Obligationenrecht 1881-1980, Diss. BS 1986, 124 Ziff. 8; zum kulturell bedingten unterschiedlichen Zitierstil der Höchstgerichte s. rechtsvergleichend auch MARC FORSTER, Bedeutung und Funktion des juristischen Zitats, in: Rapports suisses présentés au XIVème Congrès international de droit comparé (Athènes 1994), Zürich 1994, 35 ff., 41 ff.



Mehrheit gefunden hat,<sup>79</sup> steht in direktem Zusammenhang mit historischen und aktuellen Erfahrungen der Unmenschlichkeit und Schädlichkeit rassistischer und fremdenfeindlicher Ideologien.<sup>80</sup> Die Staatsschutzdelikte (Art. 265 ff. StGB) und ihre Interpretation sind nicht nur als Reaktion auf militärische Bedrohungen und gewalttätige politische Auseinandersetzungen auf Schweizer Territorium zu interpretieren, sondern auch als Produkt des «Kalten Krieges».<sup>81</sup>

## B) Kriminalitätsfurcht und strafrechtliche Sozialkontrolle

Die Bedeutung *sozialpsychologischer* und *demographischer* Faktoren für die Strafrechtspolitik und Kriminalpraxis lässt sich besonders deutlich am Beispiel der «Kriminalitätsfurcht» veranschaulichen. Beim Bemühen um die Bewältigung ungelöster sozialer Konflikte wird schnell der Ruf nach dem Strafrecht und dem Strafrichter laut.<sup>82</sup> Politisch legitimiert werden angestrebte Verschärfungen oft mit dem Hinweis auf (angebliche) Kriminalitätsfurcht und «Sanktionsbedürfnisse» in einer breiten Öffentlichkeit.<sup>83</sup> Wie steht es damit aus wissenschaftlich-empirischer Sicht?

Nachdem die für die Bundesrepublik Deutschland und die USA statistisch nachgewiesene allgemeine Kriminalitätsfurcht in den sechziger und siebziger Jahren sprunghaft zugenommen hatte, ist sie seit Anfang der achtziger Jahre deutlich zurückgegangen.<sup>84</sup> Am deutlichsten war der Rückgang bei jüngeren Frauen, was zum Teil mit einem veränderten sozialen Rollenverhalten und gestärktem «Kompetenzbewusstsein» erklärt wird.<sup>85</sup> Kriminalitätsfurcht ist in erster Linie ein Phänomen der

<sup>79</sup> S. dazu auch unten, § 4 III. C.

<sup>80</sup> Der Zuger Regierungsrat HANSPETER USTER vermutet allerdings, der neue Rassismustatbestand richte sich gegen ein Verhalten, welches gesellschaftlich «noch nicht oder zu schwach» geächtet sei. Diese Ächtung solle durch den neuen Straftatbestand «substituiert und (...) langsam entwickelt» werden (Fn. 21, 180). Diese Sicht *unterschätzt* meines Erachtens den Grad der Ablehnung rassistischer Verhaltensweisen bei der überwiegenden Mehrheit der Bürger, welche sich vielleicht mit weniger Lärm artikuliert als populistische Stammtischreden und rassistisches Gegröle.

<sup>81</sup> STEFAN TRECHSEL (Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkomentar, Zürich 1989) bezeichnet z.B. die Ausdehnung des Staatsschutzes in Art. 275<sup>ter</sup> StGB als «nahezu uferlos» (N. 1 zu Art. 275<sup>ter</sup>); kritisch auch schon MAGDALENA RUTZ, Einige Überlegungen zum Verhältnis zwischen Strafrecht und Politik, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1973, Basel 1973, 189 ff., 198 f.

<sup>82</sup> S. z.B. HANSPETER USTER, Der Ruf der Öffentlichkeit nach mehr Strafrecht, in: Geschlossene Gesellschaft? Macht und Ohnmacht der Justizkritik, Zürich 1993, 177 ff.

<sup>83</sup> S. z.B. «Sonntags-Zeitung» vom 19. September 1993, 3 («Umfrage: Die Schweizerinnen und Schweizer wollen Gewalttäter und Drogenhändler härter bestrafen»).

<sup>84</sup> In Deutschland von 51% der Befragten, die sich 1975 in ihrem Wohngebiet abends unsicher fühlten auf 31% im Jahre 1990; vgl. KLAUS BOERS, Kriminalitätsfurcht, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 76 (1993) 65 ff., 68.

<sup>85</sup> Vgl. BOERS (Fn. 84), 72; L. HEATH/L. DAVIDSON, Dealing with the Threat of Rape: Reactance or Learned Helplessness?, Journal of Applied Social Psychology 18 (1988) 1334 ff.; KARL-HEINZ REUBAND, Die Kriminalitätsfurcht der Bundesbürger 1965-1987,

Grossstädte, betroffen davon sind vor allem Frauen und ältere Menschen.<sup>86</sup> Im wesentlichen gilt dieser Befund auch für die Schweiz.<sup>87</sup> Auffällig ist, dass auch in den westdeutschen Grossstädten die statistisch nachweisbare Kriminalitätsfurcht in den letzten zehn Jahren nicht angestiegen ist, während in den Grossstädten der «neuen Bundesländer» seit 1990 eine dramatische Zunahme eingetreten ist.<sup>88</sup> Auch in der Schweiz wird die Gewaltkriminalität (und insbesondere ihre vermutete Zunahme) im allgemeinen stark überschätzt.<sup>89</sup> Die demographische Entwicklung in den westlichen Industrienationen («Überalterung» der einheimischen Bevölkerung, Zustrom von jüngeren Arbeitssuchenden ausländischer Herkunft vor allem in die Städte, Zunahme der sozialen Konfliktpotentiale)

---

Veränderungen unter dem Einfluss sich wandelnder Geschlechterrollen, Zeitschrift für Soziologie 18 (1989) 470 ff.

<sup>86</sup> RANDY L. LAGRANGE/KENNETH F. FERRARO, Assessing Age and Gender Differences in Perceived Risk and Fear of Crime, *Criminology* 27 (1989) 697 ff.; S.T. ORTEGA/J.L. MYLES, Race and Gender Effects on Fear of Crime, An Interactive Model with Age, *Criminology* 25 (1987) 133 ff.; KARL-HEINZ REUBAND, Objektive und subjektive Bedrohung durch Kriminalität, Ein Vergleich der Kriminalitätsfurcht in der BRD und den USA 1965-1990, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 32 (1992) 341 ff., 348 f.; MARK WARR, Fear of Victimization, Why are Women and Elderly More Afraid?, *Social Science Quarterly* 65 (1984) 681 ff.

<sup>87</sup> Für die Schweiz hat die Untersuchung von MARTIN KILLIAS (*Les suisses face au crime*, Grisch 1989, 153 f.) teilweise abweichende Resultate gebracht: Danach seien vor allem die jungen Schweizerinnen und die sehr jungen und alten Schweizer besonders beunruhigt. Dies könnte einerseits mit der Art der Fragestellung zusammenhängen, welche insbesondere die Gefahr einer sexuellen Aggression suggeriert («Spaziergang allein in der Nacht»), wovon eher jüngere Frauen betroffen sind; ausserdem wäre es aufschlussreich zu erfahren, wie sich die neuere Entwicklung der Drogenbeschaffungskriminalität (Zunahme der Überfälle und Entreisssdiebstähle vor allem in Städten mit oft älteren Opfern) auf die Verteilung der Kriminalitätsfurcht in der Schweiz ausgewirkt hat. Die Resultate der *Zürcher Befragung von 1992* bestätigen im wesentlichen die Ergebnisse der deutschen und amerikanischen Untersuchungen (CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, Die Einstellungen der Bevölkerung zur Kriminalität und Verbrechenskontrolle, Diss. ZH 1992, 101 ff.). Die Untersuchung differenziert u.a. nach individuellen Viktimisierungserfahrungen sowie nach Verbrechensfurcht und Opferprognose. Während ein deutlich höherer Anteil Frauen als Männer sich fürchtet (bzw. die Verbrechensfurcht *eingesteht*), schätzen die Männer das «objektive» Risiko, selber Verbrechensopfer zu werden, höher ein als Frauen (vgl. ebenda, 105 f.). Wenig geklärt erscheint indessen die Frage, inwiefern dieses Aussageverhalten auf *geschlechtsspezifischen Rollenmustern* basiert.

<sup>88</sup> Diese lässt sich laut BOERS (Fn. 84, 70) anhand der sektoriell gestiegenen Kriminalitätsraten (insbesondere Autodiebstähle) allein nicht schlüssig erklären.

<sup>89</sup> S. die detaillierten empirischen Nachweise bei SCHWARZENEGGER (Fn. 87), 167 ff., 216. Während die Gewaltkriminalität in der Schweiz zwischen 1982 und 1992 leicht zugenommen hat, ist die durchschnittliche Zahl der Einbruchdiebstähle gemäss Kriminalstatistiken praktisch konstant geblieben, in der Stadt Zürich hat sie sogar abgenommen (s. ebenda, 170, 173, sowie Bundesamt für Statistik, Kriminalstatistik Nr. 11/1992). Die Gewaltkriminalität machte 1990 in der Schweiz lediglich 1,4% der angezeigten Verbrechen und Vergehen aus, in Deutschland waren es 6,8%, in Österreich gar 20% (s. KAISER [Fn. 62], 234; RENATE STORZ, Gewaltkriminalität in der Schweiz, in: *Bewährungshilfe, Fachzeitschrift für Bewährungs-, Gerichts- und Straffälligenhilfe* 1991/1, 22 ff.).

dürfte die Problematik der Kriminalitätsfurcht in den nächsten Jahrzehnten eher noch akzentuieren.<sup>90</sup> Auch die fortschreitende Kommerzialisierung und Banalisierung der elektronischen Medien (insbesondere des sogenannten Privatfernsehens) lässt kaum Hoffnungen auf einen verantwortungsvolleren und sachlicheren Umgang mit Kriminalität und den damit verbundenen Ängsten zu.

Die Einstellung zur Kriminalität wird von personalen und externen Impulsen beeinflusst.<sup>91</sup> Dazu gehören (neben dem sozialen Status und der weltanschaulichen<sup>92</sup> Orientierung des Einzelnen) Viktimisierungserfahrungen im persönlichen Umfeld, die Einschätzung der eigenen Risikosituation und dabei insbesondere die Darstellung der Kriminalität durch Massenmedien, behördliche Verlautbarungen und andere meinungsbildende Faktoren.<sup>93</sup> Wenn aber die Kriminalitätsfurcht wiederum eine Reflektion von vielfältigen rationalen und irrationalen Einflüssen darstellt, eignet sie sich als Wegweiser für ein verantwortungsvolles Tätigwerden des Kriminalrechtsapparates nur wenig. Kriminalitätsfurcht und Sanktio-

<sup>90</sup> Gemäss Modellrechnungen des Bundesamtes für Statistik wird der Anteil der über 64-Jährigen an der schweizerischen Wohnbevölkerung im Jahre 2040 auf *zwischen 21 und 28%* geschätzt (Verdoppelung des Anteils gegenüber 1980; vgl. Bundesamt für Statistik, Szenarien zur Bevölkerungsentwicklung der Schweiz 1991-2040, Bern 1992; MAX SCHEIDEGGER, Die Lebenssituation der Betagtenbevölkerung, Diss. SG, Bern 1987, 25). Bei einem «Kontinuitätsszenario» der wirtschaftlichen und sozialen Parameter ergäbe sich bis zum Jahr 2040 ein Ausländeranteil von 30-40% (vgl. WERNER HAUG, Einflüsse der Migrationen auf die Bevölkerungsentwicklung der Schweiz, in: WALTER KÄLIN/RUPERT MOSER [Hrsg.], Migrationen aus der Dritten Welt, 3. Aufl., Bern 1993, 123 ff., 131).

<sup>91</sup> S. dazu HARALD ARNOLD, Verbrechensangst und/oder Furcht vor Viktimisierung – Folgen von Viktimisierung?, in: ALBRECHT/SIEBER (Hrsg.), Zwanzig Jahre Südwestdeutsche Kriminologische Kolloquien, Freiburg/Br. 1984, 185 ff.; W. BILSKY/C. PFEIFFER/P. WETZELS, Persönliches Sicherheitsgefühl, Angst vor Kriminalität und Gewalt, Opfererfahrungen älterer Menschen, Hannover 1992; KILLIAS (Fn. 87), 71 ff., 175 ff.; DERS. (Fn. 65), 403 ff.; DERS., Vulnerability, Towards a Better Understanding of a Key-variable in the Genesis of Fear of Crime, Violence and Victims 5 (1990) 97 ff.; KARL-LUDWIG KUNZ, Die Verbrechensfurcht als Gegenstand der Kriminologie und als Faktor der Kriminalpolitik, Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 66 (1983) 162 ff.; SCHWARZENEGGER (Fn. 87), 62 ff.; DERS., Public Attitudes to Crime, Findings of the Zurich Victim Survey, in: KAISER u.a. (Hrsg.), Victims and Criminal Justice, Freiburg/Br. 1991, 681 ff.

<sup>92</sup> S. z.B. KILLIAS (Fn. 87), 173 f.

<sup>93</sup> Vgl. HANS-JÜRGEN KERNER/T. FELTES, Medien, Kriminalitätsbild und Öffentlichkeit, in: H. KURY (Hrsg.), Strafvollzug und Öffentlichkeit, Freiburg/Br. 1980, 73 ff.; KILLIAS (Fn. 65), 405 ff.; SIEGFRIED LAMNEK, Kriminalberichterstattung in den Massenmedien als Problem, Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 73 (1990) 163 ff.; SCHWARZENEGGER (Fn. 87), 114 f.; TOM R. TYLER/F.L. COOK, The Mass Media and Judgements of Risk, Journal of Personality and Social Psychology 47 (1984) 693 ff.; F.W. WINKEL/A. FRIJ, Fear of Crime and Mass Media Crime Reports, International Review of Victimology, 1 (1990) 251 ff.; EVA WYSS, Kriminalitätsberichterstattung und ihre Wirkung auf öffentliche Meinung und Kriminalpolitik, in: BAUHOFFER/BOLLE (Hrsg.), Reform der strafrechtlichen Sanktionen, Reihe Kriminologie Bd. 12, Zürich 1994, 291 ff.

nierungsbedürfnisse können herbeigeredet, angeheizt und zu politischen Zwecken missbraucht werden. Mit dem Ruf nach mehr Strafrecht kann insbesondere versucht werden, von Schwierigkeiten bei der politischen Lösung sozialer Konflikte abzulenken (etwa Ausländerpolitik, Drogenpolitik, Wirtschafts- und Arbeitsmarktpolitik, Jugendpolitik, Kulturpolitik usw.).<sup>94</sup> Vor einer Ausdehnung des Kriminalrechts müsste das öffentliche Bedürfnis nach strafrechtlicher Prävention und Repression jedenfalls empirisch ausreichend nachgewiesen sein. Sodann wäre immer zu überprüfen, inwiefern die festgestellten «Kriminalisierungsbedürfnisse» auf einem sachlichen Hintergrund beruhen<sup>95</sup> und ob strafrechtliche Mittel zur Entschärfung des dahinter stehenden sozialen Konflikts überhaupt tauglich sind.<sup>96</sup> Falls diese Voraussetzungen nicht zutreffen, ist es im Gegenteil die Aufgabe der Behörden und der Fachöffentlichkeit, auf die Unsachlichkeit und Untauglichkeit des Rufes nach mehr Strafrecht hinzuweisen.

### C) Die historische und ideengeschichtliche Dimension des Strafrechts

Das Kriminalrecht ist eine geschichtlich gewachsene gesellschaftliche Institution. Im folgenden wird kurz aufgezeigt, wie sich die kriminalpolitische Konzeption des heutigen Strafgesetzbuches (insbesondere des Sanktionensystems) aus der historischen und ideengeschichtlichen Entwicklung des Strafrechts herleitet.

#### 1. Germanische Frühgeschichte und Mittelalter

Im archaischen frühgermanischen Recht war die Sanktionierung von Unrecht weniger Aufgabe der sozialen Gemeinschaft, als Vorrecht und Pflicht des Verletzten selber (bzw. stellvertretend für ihn seiner Sippe), dessen «Mannheiligkeit» angetastet worden war, wogegen *Rache und Fehde* ausgeübt werden durfte. Um die Eskalation und Willkür privater «Sozialkontrolle» einzudämmen, begannen insbesondere die fränkischen und karolingischen Herrscher, Rache und Fehde durch das Erzwingen von *Sühneleistungen und Sühneverträgen* abzulösen. Daraus entwickelte sich später (nicht zuletzt unter kirchlichem Einfluss) das «Kompositionensy-

<sup>94</sup> S. dazu HERIBERT OSTENDORF, Mit Strafrecht lassen sich soziale Probleme nicht lösen, Neue Kriminalpolitik 2 (1993) 26 ff.

<sup>95</sup> Die empirische Basis, auf die z.B. der Bundesrat seine Vorschläge zu *Zwangsmassnahmen gegenüber straffälligen Asylbewerbern* gestützt hat, muss als eher mager bezeichnet werden und beschränkt sich auf die (nicht sehr repräsentativen) Verhältnisse in der Stadt Zürich (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, BBl 1994 I 305 ff., 308 f.).

<sup>96</sup> Zur sogenannten «Racheersatztheorie» und ihren Grenzen für die Legitimation des Strafrechts s. MARC FORSTER, Positionen der schweizerischen Lehre in der Diskussion um die Straftheorien (Versuch einer Integration), ZStrR 101 (1984) 242 ff., 253 ff.; zum Strafrecht als «ultima ratio» des Rechtsgüterschutzes s. unten, § 2.

stem» mit ausgefeilten *Bussen- und Wergeldkatalogen* für die verschiedensten Deliktskategorien.<sup>97</sup> Allerdings beschreibt TACITUS schon für die frühgermanische Zeit bei Kriegsvergehen wie Verrat oder Fahnenflucht *Hinrichtungen* (aus Priesterhand) auf Grund von Landsgemeinden und Thing-Entscheidungen.<sup>98</sup> Auch gab es in den internen Verhältnissen der Sippe und der Hausgewalt bereits «peinliche» Strafen wie Auspeitschung und Stockstrafe sowie Fesselung und Tötung vornehmlich von Unfreien und Knechten, denen die «Mannheiligkeit» abging.

Die frühmittelalterliche christliche Kirche lehnte die Todesstrafe genauso wie Rache und Fehde ab und begünstigte die *Sühne durch Busse*. Mit dem Aufstreben der Kirche zu weltlichen Machtpositionen bröckelte allerdings ihr Widerstand gegenüber obrigkeitlich verhängten Körper- und Todesstrafen immer mehr ab.<sup>99</sup> Erscheinungen von Fehde und Rache setzten sich bis ins 16. Jahrhundert fort (sie sind bekanntlich bis in die heutige Zeit noch nicht völlig überwunden) und riefen als Gegenreaktion die *Landfriedensbewegungen* hervor. «Pax» und «Treuga» institutionalisierten verschiedene Sperren für Fehdehandlungen, aber auch Kataloge von Straftaten, die mit dem Tode, Verstümmelung oder schweren Körperstrafen sowie Acht und Verbannung geahndet wurden.<sup>100</sup> Im Spätmittelalter hat sich die Interdependenz zwischen wirtschaftlichen Verhältnissen und Kriminalrecht augenfällig manifestiert. Es ist nachgewiesen worden, dass in Zeiten bedrückender Überpopulation und Hungersnot in den Städten die *Todesstrafe* geradezu exzessiv verhängt wurde, während im Zuge der Kolonialisationsbewegungen (und der damit verbundenen Nachfrage nach billigen Arbeitskräften) Verurteilungen zu *Zwangsarbeit* auffällig zunahmen.<sup>101</sup> Als strafrechtliche Sanktion eher geringe Bedeutung hatten im Mittelalter die Freiheitsstrafen; die Kerker dienten damals vornehmlich inquisitorischen Zwecken (Folterung, Sicherung).<sup>102</sup>

<sup>97</sup> Vgl. LOUIS CARLEN, *Rechtsgeschichte der Schweiz*, 3. Aufl., Bern 1988, 36 ff.; EBERHARD SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl., Göttingen 1983, §§ 3 ff.

<sup>98</sup> TACITUS, *Germania*, Kap. 11 f.; s. SCHMIDT (Fn. 97), § 8; die Todesstrafe stand auch auf Delikte gegen die Gottheit, vgl. CARLEN (Fn. 97), 36 f.

<sup>99</sup> Vgl. SCHMIDT (Fn. 97), §§ 9-121.

<sup>100</sup> Beginnend mit dem Mainzer Reichslandfrieden 1103 und endend mit dem «Ewigen Landfrieden» Maximilians I. von 1495; die ersten schweizerischen Landfrieden, nämlich der *Genfer* und der *Walliser*, stammen aus dem 12. Jh. (zu den Öffnungen und Weistümern der mittelalterlichen Schweizer Städte und Talschaften s. CARLEN [Fn. 97], 11 ff., 36 ff.). Auch der *Bundesbrief von 1291* ist in die Landfriedensbewegung einzuordnen, vgl. HANS SCHULTZ, *Rechtsübernahme, Rechtsvergleichung und Rechtsreform in der Entwicklung des schweizerischen Strafrechts*, ZStW 100 (1988) 189 ff., 190; s. ferner WOLFGANG SELLERT/HEINRICH RÜPING, *Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Bd. 1, Aalen 1989, 91 ff.

<sup>101</sup> S. dazu KILLIAS (Fn. 65), 373 f.

<sup>102</sup> Vgl. SCHMIDT (Fn. 97), § 51.



## 2. Rezeption und Territorialstaatlichkeit

Ein weiterer Entwicklungsschritt in Richtung einer staatlich organisierten strafrechtlichen Sozialkontrolle ergab sich in Mitteleuropa durch die Rezeption des gelehrten *römischen Rechts* (insbesondere des «mos italicus» der oberitalienischen Rechtsschulen) und die Anfänge des *Territorialstaatsdenkens* im 15. und 16. Jahrhundert.<sup>103</sup> Erstes Resultat dieser Strömung waren Strafrechtskodizes wie die Bambergische Halsgerichtsordnung (1507) und die *Constitutio Criminalis Carolina* (1532) Karls V.<sup>104</sup> Die rezipierte Verwissenschaftlichung des Strafrechts sowie Schulung und Förderung des Juristenstandes führten zur Verfeinerung der *Tatbestands-typologie* und zur Renaissance strafrechtsdogmatischer Bemühungen. Das Sanktionensystem blieb indessen mit seiner ganzen Härte und Grausamkeit praktisch unverändert.<sup>105</sup>

Die Religionskriege des 16. und 17. Jahrhunderts sowie der Aufstieg des Bürgertums leiteten eine weitere Säkularisierung des Strafrechts ein<sup>106</sup> und öffneten den Weg für die *vernunftorientierten Straftheorien* der frühen Aufklärung. Dabei rückte erstmals seit der Antike<sup>107</sup> der diesseitige *Sinn und Zweck des Strafrechts* und der kriminalrechtlichen Sanktionen in den Mittelpunkt des Interesses.<sup>108</sup>

## 3. Aufklärung und moderne Straftheorien als Wurzeln des heutigen Strafgesetzbuches

Die philosophischen Lehren IMMANUEL KANTS (1804) und GEORG HEGELS (1831) waren beeinflusst von den liberalen Maximen der bürgerlichen Revolution und gingen aus vom Bild des Menschen als *autonomes vernunftbegabtes Wesen*.<sup>109</sup> Sie stellten sich in Gegensatz sowohl zum Staatsdenken des Absolutismus, dem jede Verfügung über das Individuum im Interesse des Herrschers zulässig erschien, als auch zu den Rechtsauffas-

<sup>103</sup> Vgl. SCHMIDT (Fn. 97), §§ 122 ff.; s. auch CARLEN (Fn. 97), 14 ff.

<sup>104</sup> Die «CCC» erlangte als Reichsgesetz in der Schweiz allerdings keine bzw. nur subsidiäre Gesetzesgeltung, vgl. CARLEN (Fn. 97), 41; SCHULTZ (Fn. 100), 190.

<sup>105</sup> Vgl. SCHMIDT (Fn. 97), § 174. Den Gerichtsprotokollen der Landvogtei Greifensee lässt sich entnehmen, dass noch im 15. und 16. Jahrhundert die Väter und Ehemänner als zuständig angesehen wurden, Körperstrafen an ihren Frauen und Kindern zu vollziehen, vgl. dazu KATJA HÜRLIMANN, «Er hat vil klener Kind», in: Zürcher Taschenbuch 1995, Zürich 1994, 67 ff., 83 f.

<sup>106</sup> Insbesondere im Zuge des *Naturrechtsdenkens* HUGO GROTIUS\* (†1645) und THOMAS HOBBS\* (†1679).

<sup>107</sup> Insbesondere PROTAGORAS, überliefert durch SENECA, vgl. dazu HANS SCHULTZ, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, Bd. 1, 4. Aufl., Bern 1982, 43.

<sup>108</sup> Vgl. dazu SCHMIDT (Fn. 97), §§ 143 ff.; GÜNTHER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat, Bern 1982, § 1.

<sup>109</sup> Zum Einfluss der verschiedenen Strömungen der Rechtsphilosophie auf das materielle Recht s. z.B. ARTHUR KAUFMANN in: KAUFMANN/HASSEMER, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 5. Aufl., Heidelberg 1985, 25 ff.; JEAN DARBELLAY, La réflexion des philosophes et des juristes sur le droit et le politique, Fribourg 1987.

sungen des Mittelalters und der Reformation, welche von Theokratie und Mystizismus<sup>110</sup> geprägt waren. Am 12. Mai 1798 verfügten die helvetischen Gesetzgebenden Räte, «dass von jetzt an die Tortur in ganz Helvetien abgeschafft seye».<sup>111</sup>

Auf der Einsicht aufbauend, dass Strafe vernünftigerweise nicht (nur) Sühne und Vergeltung von begangenen Unrecht («absolute Straftheorien») beinhalten könne, sondern auch der *Vermeidung von künftigem Unrecht* dienen müsse, entwickelte ANSELM RITTER VON FEUERBACH (†1833) seine «Theorie des psychischen Zwangs».<sup>112</sup> Nachdem das schweizerische und deutsche Strafrecht in der Folge von der Vorstellung der «*generalpräventiven*», abschreckenden Wirkung der Strafe als «gerechte Vergeltung» durchdrungen war, setzte Ende des 19. Jahrhunderts eine Gegenbewegung ein: FRANZ VON LISZT stellte in seiner Programmschrift «Der Zweckgedanke im Strafrecht» (1882) die *Spezialprävention* (Sicherung, individuelle Abschreckung, Resozialisierung des Täters) als Zweck des Strafrechtes in den Mittelpunkt.<sup>113</sup> Damit war die Basis gelegt für eine bis in die heutige Zeit andauernde Auseinandersetzung zwischen Befürwortern der «absoluten» Strafkonzptionen (samt ihren moderneren Adaptionen wie etwa STEFAN TRECHSELS «Racheersatztheorie»<sup>114</sup>), den «relativen» Straftheorien (General- und Spezialprävention, insbesondere «*Défense sociale*» von FILIPPO GRAMATICA und MARC ANCEL) und verschiedenen «Vereinigungstheorien»,<sup>115</sup> die eine Verknüpfung der Denkansätze anstreben.

Beim Theorienstreit<sup>116</sup> sind oft die *unterschiedlichen Perspektiven und Ausrichtungen* der einzelnen Schulen verkannt worden. Die grundsätzliche Unterscheidung in die Gesichtspunkte «Was ist Strafe faktisch?» (Funktion), «Was soll Strafe bewirken?» (Zweck) und «Wie sind diese Zwecke zu erreichen?» (Ausgestaltung der Strafe) ermöglicht Differenzierungen und entschärft grossteils die Meinungsgegensätze.<sup>117</sup> Aufbauend auf der kriminalpolitischen Konzeption von CARL STOOSS (†1934)<sup>118</sup> folgt das Schweizerische Strafgesetzbuch einem *dualistischen Sanktio-*

<sup>110</sup> Vgl. SCHMIDT (Fn. 97), § 202.

<sup>111</sup> Zitiert nach CARLEN (Fn. 97), 41.

<sup>112</sup> Vgl. dazu ausführlich SCHMIDT (Fn. 97), §§ 223 ff.; ferner STRATENWERTH (Fn. 108), 20 f.

<sup>113</sup> Vgl. SCHMIDT (Fn. 97), §§ 316 ff.

<sup>114</sup> Vgl. STEFAN TRECHSEL, Die Entwicklung der Mittel und Methoden des Strafrechts, ZStrR 90 (1974) 271 ff.

<sup>115</sup> In der Schweiz insbesondere CARL STOOSS oder ERNST HAFTER (s. dazu SCHULTZ [Fn. 107], 44) in Deutschland etwa CLAUS ROXIN und WOLFGANG NAUCKE.

<sup>116</sup> S. dazu FORSTER (Fn. 96), 242 ff.

<sup>117</sup> Vgl. ebenda, 244, 261 ff.

<sup>118</sup> S. dazu JEAN GAUTHIER, Les nouvelles peines et la politique criminelle de Carl Stooss, ZStrR 112 (1994) 380 ff.; PETER KAENEL, Die kriminalpolitische Konzeption von Carl Stooss im Rahmen der geschichtlichen Entwicklung von Kriminalpolitik und Straftheorien, Diss. Bern 1981; MICHELE RUSCA, La destinée de la politique criminelle de Carl Stooss, Diss. Fribourg 1981.

nensystem<sup>119</sup> mit Strafen und Massnahmen. Bei der Strafzumessung (Art. 63 StGB) orientiert sich das System an Tatschuld und «ausgleichender Vergeltung», bei den Strafdrohungen an der Präsumtion einer generalpräventiven Wirkung und beim Zweck des Strafvollzuges (Art. 37 Ziff. 1 Abs. 1 StGB), den sichernden Massnahmen und teilweise auch bei der Möglichkeit des «bedingten» Strafvollzuges (Art. 41 StGB)<sup>120</sup> an spezialpräventiven Überlegungen.<sup>121</sup>

### III. Die Kriminalität der «Konsum- und Wohlstandsgesellschaft»

Im vorliegenden ersten Paragraphen haben wir uns die Frage nach der «Interdependenz von Strafrecht und Zeitgeist» gestellt. Bevor wir den Blick wieder auf die Gegenwart richten und die Kriminogenität unserer Epoche näher beleuchten, drängt sich eine knappe «epochengeschichtliche Standortbestimmung» auf: In welcher Zeit leben wir? Welches waren und sind die prägenden sozialgeschichtlichen Charakteristika der jüngeren Vergangenheit, der Gegenwart und der absehbaren Zukunft?

#### A) Epochengeschichtliche Standortbestimmung

Das Ende des 19. und der Beginn des 20. Jahrhunderts waren vom technisch-naturwissenschaftlichen «Boom» geprägt, der (aufbauend auf den Errungenschaften der Aufklärung und liberaler Staatsmodelle) den Umbau der kleinräumigen Agrar- und Handels- in nationalstaatlich orientierte Industriegesellschaften beschleunigte. Paradigma des Bemühens um Rationalität und Überprüfbarkeit des technischen und wirtschaftlichen Handelns stellt KARL R. POPPERS (1902-1994) «kritischer Rationalismus» mit seinen Falsifikationsmodellen dar.<sup>122</sup> Der Schock der beiden Weltkriege und der Weltwirtschaftskrisen der zwanziger und dreissiger Jahre führte kultur- und ideengeschichtlich zur Stärkung des internationalen Solidaritätsgedankens auf Kosten der Nationalstaatlichkeit. Die UNO wurde gegründet, die Konferenz von Bretton Woods führte zu einer neuen Weltwirtschaftsordnung, die Europäische Montanunion und die Römer Verträge legten den Grundstein zur europäischen Integration. Andererseits lastete als Erbe des Zweiten Weltkrieges und der unbewältigten industriell-

<sup>119</sup> S. dazu ausführlicher nachfolgend, § 3 II.

<sup>120</sup> Vgl. SCHULTZ (Fn. 107), 50.

<sup>121</sup> Zur jüngeren Strafrechtsentwicklung in der Schweiz und in Europa s. GÜNTER HEINE/ BARBARA HUBER, in: ESER/HUBER (Hrsg.), Strafrechtsentwicklung in Europa, Freiburg/ Br. 1985, 697 ff., 853 ff.; SCHULTZ (Fn. 100), 189 ff.; zur neueren *Entwicklung des Rechtsgüter- und Sanktionenkataloges* in der Schweiz s. im übrigen nachfolgend, § 3 II., § 4 III.

<sup>122</sup> Vgl. KARL R. POPPER, Logik der Forschung, 9. Aufl., Tübingen 1989.



len Revolution der Ost-West-Konflikt mit seinen Merkmalen des «Kalten Krieges» und der drohenden thermonuklearen Katastrophe auf der Welt.<sup>123</sup>

Gleichzeitig mit dem Wiederaufbau Westeuropas kam es zu einer weiteren einschneidenden technischen Revolution, nämlich der Entwicklung der Mikrochip- und EDV-Technologie. Das auf kommerzielle Effizienz und soziale Stabilität ausgerichtete Rechtsstaatsdenken in Westeuropa und den USA<sup>124</sup> findet sein sozialphilosophisches Abbild im «Vertragsmodell» von JOHN RAWLS (\*1921), welches auf die Konzepte des «contrat social» (JEAN-JACQUES ROUSSEAU, THOMAS HOBBS) zurückgeht.<sup>125</sup> Auch JÜRGEN HABERMAS' (\*1929) Gesellschaftstheorie baut auf Chancengleichheit und die Garantie von Grundfreiheiten. HABERMAS beleuchtet die Voraussetzungen des «rationalen Diskurses» in der vernetzten, hochorganisierten und technologisierten Dienstleistungs- und Industriegesellschaft.<sup>126</sup>

Die aktuelle Epoche ist nach dem «Fall» der Berliner Mauer im Jahre 1989 und den politisch-wirtschaftlichen Umwälzungen in den ehemaligen Ostblockstaaten geprägt vom Ende des «Kalten Krieges» sowie (trotz dem «Nein» der Schweiz zu einem EWR-Beitritt in der Volksabstimmung vom 6. Dezember 1992) von der Stärkung des supranationalen Denkens.<sup>127</sup> Der Zerfall politischer Zwangsstrukturen im Einflussgebiet der ehemaligen UdSSR hat den kriegszerstörerischen Ausbruch schwelender Nationalitätenkonflikte begünstigt, welche grossteils ethnisch-religiös gefärbt sind.<sup>128</sup> Das postindustrielle wirtschaftliche «Wachstumsdenken» wird allmählich abgelöst durch einen gesellschaftlichen Prozess der Bewusstwerdung riesiger globaler Probleme und Gefahren ökologischer und sozialer Art (Umweltzerstörung<sup>129</sup>, Überbevölkerung, «Nord-Süd-Konflikt» mit Mas-

<sup>123</sup> S. dazu z.B. CARL F. VON WEIZSÄCKER, *Wege in der Gefahr, Eine Studie über Wirtschaft, Gesellschaft und Kriegsverhütung*, München 1976.

<sup>124</sup> Ende der sechziger Jahre lautete die soziologische «Gesellschaftsdiagnose» etwa wie folgt: «Kennzeichnend ist eine rationalistische und utilitaristische Grundhaltung mit Diesseitsneigung, blindem Glauben an den wissenschaftlichen und namentlich technischen Fortschritt, aber auch mit Entfremdung des Einzelnen, Funktionalisierung des Daseins, Abwertung kultureller und religiöser Bedürfnisse und mit einer über alle Stränge schlagenden Betriebsamkeit und Genussfreude» (SCHLUEP [Fn. 61], 32).

<sup>125</sup> JOHN RAWLS, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt/M. 1975.

<sup>126</sup> JÜRGEN HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, zwei Bde., Frankfurt 1981.

<sup>127</sup> Erhöhte politische Bedeutung der UNO, Ausbau der Europäischen Integration, Entwicklung der völkerrechtlichen Konventionen und Verträge.

<sup>128</sup> Ehemaliges Jugoslawien, Armenien/Aserbeidschan, Georgien/Abchasien, Konflikte in der Kaukasusregion (insbesondere Russland/Tschetschenien) usw.

<sup>129</sup> Es sei hier nur erinnert an die riesigen technisch kaum kontrollierbaren und strafrechtlich schwer erfassbaren Gefahrenpotentiale im Bereich der Entsorgung radioaktiver Substanzen, die chemische Kontamination von Erdreich, Luft und Gewässer (insbesondere Meeresverschmutzung), den Raubbau an den natürlichen Ressourcen (z.B. Rodung der Regenwälder, Leerfischen der Meere, Ausbeuten der Bodenschätze, Vernichtung archaischer menschlicher Kulturen sowie der Tier- und Pflanzenwelt), die Erwärmung der Atmosphäre (v.a. durch Verbrennen fossiler Energieträger) mit den daraus resultierenden

senmigration von Arbeitssuchenden, Kultur- und Religionskonflikten, Nationalismus, Rassismus etc.). In diesem Zusammenhang wurden die Begriffe der «Krise der Industriegesellschaft» bzw. der kollektiven «organisierten Unverantwortlichkeit» geprägt.<sup>130</sup> Die Überbetonung von Technik und instrumenteller Vernunft im tradierten westlichen Gesellschaftssystem scheint überdies zu einem ideellen Vakuum, zu psychosozialen Symptomen eines «Werteverlustes» geführt zu haben, welche sich im individualpsychologisch-mikrosozialen Bereich beispielsweise an der Zuwendung zu verschiedensten Formen der Esoterik und «neuer Religiosität» zeigen.

#### B) Die postmoderne Epoche des materiellen relativen Wohlstands und ihre Kriminogenität

Wir leben in einer Zeit des «relativen Wohlstands». Die Probleme der gegenwärtigen Wirtschaftskrise mit ihren Phänomenen der Massenarbeitslosigkeit oder der «neuen Armut» von sozial Benachteiligten sind durchaus nicht leicht zu nehmen oder zu verharmlosen. Im Verhältnis zu früheren Generationen und verglichen mit der überwältigenden Mehrheit der heutigen Weltbevölkerung, welche unter bitterer Armut oder beschämenden wirtschaftlichen und sozialen Bedrängnissen leidet,<sup>131</sup> muss jedoch festgestellt werden, dass die meisten Bürger der westlichen Industrienationen in zufriedenstellenden, oft sogar in sehr guten Verhältnissen leben. Unser Zeitalter ist jedoch geprägt von Materialismus und sozial-ethischer Orientierungslosigkeit.<sup>132</sup> Das «Sinn- und Wertevakuum» kontrastiert mit hoher gesellschaftlicher Mobilität und Komplexität<sup>133</sup> und

---

Klimaveränderungen und ihren weiteren Konsequenzen, usw. Das Problem der (straf-) rechtlichen Regulierung und Zurechnung ökologischer Grossrisiken ist praktisch und theoretisch *ungelöst* (vgl. GÜNTER STRATENWERTH, Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?, ZStW 105 [1993] 679 ff.). WINFRIED HASSEMER befürwortet gar eine Selbstbeschränkung des Strafrechts auf den «Kernbereich» des (Individual-)Rechtsgüterschutzes (Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, Zeitschrift für Rechtspolitik 25 [1992] 378 ff.).

<sup>130</sup> Vgl. GÜNTER STRATENWERTH, Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft, Basel 1993, 8.

<sup>131</sup> Vgl. z.B. die systematische Darstellung der Ernährungs-, Beschäftigungs-, Urbanisierungs- und Umweltprobleme von JÜRGEN A. HAUSER, Bevölkerungs- und Umweltprobleme der Dritten Welt, 2 Bde., Bern 1993.

<sup>132</sup> S. dazu besonders JOHN KENNETH GALBRAITH, Gesellschaft im Überfluss, Zürich 1963; DERS., Die moderne Industriegesellschaft, Zürich 1968; HERBERT MARCUSE, Der eindimensionale Mensch, Studien zur Ideologie der fortgeschrittenen Industriegesellschaft, 6. Aufl., Neuwig 1967; PIER PAOLO PASOLINI, Freibeuterschriften, Die Zerstörung der Kultur des Einzelnen durch die Konsumgesellschaft, Berlin 1978. Erhöhte Orientierungslosigkeit und soziale Krisen äussern sich selbstverständlich auch in *nichtkriminellen* Formen abweichenden Verhaltens (Depressionen, Alkoholismus, Ehezerüttung, Suizide usw., vgl. KAISER [Fn. 62], 247).

<sup>133</sup> Zur Entwicklung der Kriminalität im Zuge der Massenmotorisierung in der Schweiz s. FREY (Fn. 65), 224 ff., ferner ARMAND MERGEN, Kriminogene Potenzen des Automot-

dem schwindenden Einfluss von traditionellen<sup>134</sup> konfliktregulierenden Mechanismen (Grossfamilie, Dorfgemeinschaft, Kirche). Dass auch im «offiziellen» Europa ein kurzsichtiger und gefährlicher Wohlstandsegoismus regiert, hat sich nicht zuletzt an der von Macht- und Partikulärinteressen geprägten europäischen «Politik» im Jugoslawien-Konflikt gezeigt.<sup>135</sup>

# 1. Materialismus und Autoritätskrise – vom Elend unserer Zeit zum Elend der Strafrechtspflege

Auf den modernen Menschen scheint sich nicht ein Mangel an Lebensnotwendigem, sondern der Überfluss an Gütern und die damit verbundene Konsumorientierung und «Wegwerfmentalität» kriminogen auszuwirken. Der Wunsch nach immer neuen und besseren Gütern und Leistungen führt zu Konsum- und Kaufzwängen und (bei steigenden Unterhaltungs- und Freizeitangeboten) oft zur Verschuldungsproblematik. Der relativ leichte Zugang zu Kreditmitteln und die zunehmende Kommerzialisierung des Alltagslebens<sup>136</sup> (welche den Respekt vor immateriellen Werten nicht gerade fördert) verstärken diesen Trend. Aber auch der technologische Fortschritt und die steigende Kompliziertheit ökonomischer Abläufe und Strukturen schaffen kriminogene Potentiale.<sup>137</sup> Gerade in wirtschaftlichen Krisenzeiten erhöht sich zudem die Versuchung der Anwendung betrügerischer und anderer deliktischer Methoden.<sup>138</sup> Die praktischen Probleme einer grenzenüberschreitenden Strafverfolgung werden oft von der «orga-

---

bils, in: JÖRG SCHUH (Hrsg.), Verkehrsdelinquenz/délinquance routière, Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie, Grusch 1989, 195 ff.; zu den soziologischen Theorien der Kriminalitätserscheinungen s. KAISER (Fn. 62), 241 ff.

<sup>134</sup> Zum sozialen Kontext von Kriminalität in historischer Sicht s. PIETER SPIERENBURG, in: La recherche historique sur la criminalité et la justice pénale, Strassburg 1985, 81 ff.

<sup>135</sup> Nach fast zwei Jahren des Taktierens und Zauderns und 10 000 Toten allein in der bosnischen Hauptstadt fand Mitte Februar 1994 die systematische Beschiessung von Kindern, Frauen und Männern, von Spitälern, Moscheen und Kirchen – wenigstens in Sarajevo – ein vorläufiges Ende. Dies, nachdem sich Nato, UNO und die tonangebenden westlichen Staaten endlich zur Androhung militärischer Sanktionen gegen die Angreifer und Belagerer Sarajevos durchgerungen hatten. Der menschenverachtende Zynismus des machstrategischen Politikalküls kam zwei Monate später bei der Zerstörung der ostbosnischen Stadt *Gorazde* wiederum deutlich zum Vorschein. Das wochenlange tatenlose Abschlagenlassen von Zivilisten in dieser sogenannten «internationalen Schutzzone» dürfte als kollektive Schandtat und als monstruöses Exempel *unterlassener völkerrechtlicher Notwehrhilfe* in die Geschichtsbücher eingehen.

<sup>136</sup> Eine Tendenz zur Vermassung und Kommerzialisierung zeigt sich auch in Bereichen der Kultur, nicht zuletzt in der Musik- und Filmindustrie.

<sup>137</sup> Z.B. Umweltdelikte, Wirtschafts- und Finanzdelikte insbesondere Computerkriminalität (oft mit internationaler Verflechtung, hoher juristisch-ökonomischer Komplexität und enormen Schadenssummen), s. dazu auch unten, § 4 III. A. Die *Leidtragenden* der Wirtschaftskriminalität sind (über höhere Preise und Prämien) letztlich die Konsumenten und Versicherungsnehmer.

<sup>138</sup> Konkurs- und Betreibungsdelikte, Wirtschaftskriminalität, Missachten von arbeitsrechtlichen und sozialrechtlichen Vorschriften, Schwarzarbeit, Veruntreuung von sozialpflichtigen Geldern usw.

nisierten Kriminalität» ausgenutzt.<sup>139</sup> Der Trend zur Internationalität bei der Mafia und mafiaähnlichen Organisationen ist steigend.<sup>140</sup> Sogenannte Bestechungsskandale wurden der Öffentlichkeit in den letzten Jahrzehnten vor allem aus dem Ausland bekannt.<sup>141</sup> Auch die Schweiz ist indessen vor behördlicher Korruption nicht gefeit. Seit 1991 läuft ein umfangreiches Strafverfahren gegen den ehemaligen Chef der Abteilung Wirtschaftswesen der Zürcher Finanzdirektion.<sup>142</sup> Die Aufdeckung von Korruptionsfällen gestaltet sich oft besonders schwierig, da sich hier nicht im üblichen Sinne «Täter» und «Opfer» gegenüberstehen, sondern sowohl der Bestochene als auch der aktiv Bestechende ein gemeinsames Interesse daran haben, dass keine Informationen und Beweismittel nach aussen gelangen. Es profitieren in der Regel beide Seiten vom Korruptionsgeschäft, und es machen sich auch beide Seiten strafbar.

Die Zwänge und Gesetzmässigkeiten unserer Konsum- und Leistungsgesellschaft führen sodann zu Symptomen der sozialen, kulturellen und individualpsychologischen «Entwurzelung».<sup>143</sup> Es wird nach Sinn- und Werteersatz gesucht (etwa bei Sekten,<sup>144</sup> «esoterischen» Erlebnisangebo-

<sup>139</sup> Insbesondere Geldwäscherei (s. dazu auch unten, § 4 III. A 2.), Schieberei von Drogen, Waffen und Diebesgut (in neuerer Zeit sogar von nuklear spaltbarem Material). So wurden 1992 allein in Deutschland 61 000 Motorfahrzeuge als gestohlen gemeldet. Viele davon verschwinden über die Grenzen, besonders nach Osteuropa und in arabische Länder, s. Kriminalistik 47 (1993) 377. Der «Jahresumsatz» der italienischen Mafia wird auf mindestens 20 Milliarden Franken geschätzt (s. KAISER [Fn. 62], 237; ferner die soziologische Analyse von HENNER HESS, Mafia, 3. Aufl., Tübingen 1988, sowie GIOVANNI FALCONE, Die italienische Mafia als «Vorbild» für das internationale organisierte Verbrechen, in: Organisierte Kriminalität in einem Europa durchlässiger Grenzen, BKA Wiesbaden 1991, 25 ff.).

<sup>140</sup> Vgl. KAISER (Fn. 62), 237; zum aktuellen *Bedrohungsbild in der Schweiz* s. auch BBl 1993 III 279 ff. (mit Hinweisen auf die neueste kriminologische Literatur bezüglich italienischer und amerikanischer Mafia, der südamerikanischen Drogenkartelle, der japanischen Yakuza oder des «expandierenden» organisierten Verbrechens Osteuropas, insbesondere Russlands).

<sup>141</sup> Allein in Italien werden die an Minister und hohe Beamte bezahlten Bestechungsgelder auf jährlich mehrere hundert Millionen Schweizerfranken geschätzt (vgl. dazu PAOLO BERNASCONI, Internationale Anti-Korruptions-Konvention – Entwurf und Kommentar, in: Aspekte des Wirtschaftsrechts, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, Zürich 1994, 423 ff.).

<sup>142</sup> Die Zürcher Bezirksanwaltschaft hat die Öffentlichkeit in einer Medienkonferenz vom 10. November 1992 über den Stand der Strafuntersuchung informiert. Der Deliktobetrag soll mehrere Millionen betragen. Im Juli 1994 ist Anklage erhoben worden.

<sup>143</sup> Zu den verschiedenen kriminalsoziologischen «Anomietheorien» s. KAISER (Fn. 62), 242 ff., 252; KARL-LUDWIG KUNZ, Kriminologie, Eine Grundlegung, Bern 1994, 148 ff.; zu neuesten Ansätzen, die sogenannte «Chaostheorie» (welche die Naturwissenschaften revolutioniert hat, z.B. PAUL DAVIS) für die Kriminologie nutzbar zu machen s. F.J. ECKERT, Chaostheorie und Kriminologie, Kriminalistik 47 (1993), 403 ff.

<sup>144</sup> S. z.B. zur «Scientology-Church»: Kriminalistik 47 (1993) 339 ff. Das im Extremfall geradezu massenmörderische Potential totalitärer Sektenideologien hat sich in aller Schrecklichkeit bei den Massentötungen im Umfeld des «Sonnentempler-Ordens» im Oktober 1994 manifestiert.

ten<sup>145</sup> oder Extremsportarten). Kompensationsmechanismen zeigen sich auch in destruktivem Konsum-, Sucht- und Aggressionsverhalten.<sup>146</sup> Mit diesen Erscheinungen direkt oder indirekt verbunden sind wirtschaftlicher Egoismus und Begehrensneurotik,<sup>147</sup> aber auch Drogenproblematik, Gewaltbereitschaft und Gruppenkriminalität<sup>148</sup> insbesondere bei Jugendlichen und jungen Erwachsenen.<sup>149</sup> Bei diesen ist allerdings auch eine erhöhte Bereitschaft zu einem aktiven konstruktiven Werteengagement festzustellen. Der Einsatz für die Erhaltung einer lebenswerten Umwelt für heutige und spätere Generationen<sup>150</sup> sowie für mehr Frieden und soziale Gerechtigkeit<sup>151</sup> wird erheblich von der jungen Generation getragen. Die Bedeutung der Jugendkriminalität in Mitteleuropa wird demgegenüber eher überschätzt. Die Jugenddelinquenz gilt (hinsichtlich Ausführungsarten und Schadensfolgen) als weniger schwerwiegend als die Erwachsenenkriminalität.<sup>152</sup> Die offiziellen schweizerischen Kriminalstatistiken weisen zudem auf eine Abnahme der Gewaltkriminalität bei Jugendlichen und jungen Erwachsenen hin.<sup>153</sup>

<sup>145</sup> Zu gesellschaftlichen Tendenzen der «Aufwertung des Mystischen» s. schon TRECHSEL (Fn. 114), 272 f.

<sup>146</sup> S. z.B. zur wachsenden «Verwilderung» im *Strassenverkehr* JÖRG REHBERG, Droht im Strassenverkehr ein Kampf alle gegen alle?, Informationsblatt der Uni Zürich 1992/ Nr. 4, 15 ff.; die statistische Entwicklung der Gewaltkriminalität insbesondere in den Grossstädten Frankreichs und der USA ist besorgniserregend, vgl. DENIS SZABO, Crime et justice en l'an 2000, *Revue internationale de criminologie* 44 (1991) 279 ff., 284 ff.

<sup>147</sup> In den USA schätzt man, dass zwischen 5 und 15 Prozent aller Leistungen der Krankenversicherungen durch betrügerisches Vorgehen erschlichen werden (s. FBI Law Enforcement Bulletin, Washington D.C., No. 10, October 1992); s. für die Schweiz auch THOMAS HOMBERGER, Die Strafbestimmungen im Sozialversicherungsrecht, Diss. BS 1992.

<sup>148</sup> Nicht selten verknüpft mit Problemen der Arbeitslosigkeit, zerrütteten Familienverhältnissen und Alkohol (s. dazu ausführlich ARTHUR KREUZER, Jugend, Drogen, Kriminalität, 3. Aufl., Neuwied 1987); zur Kriminogenität von *Gruppenprozessen* s. KAISER (Fn. 62), 296 ff.

<sup>149</sup> Vgl. dazu KAISER (Fn. 62), 339 ff.; s. auch WERNER GLOGAUER, Die neuen Medien verändern die Kindheit, Nutzung und Auswirkungen des Fernsehens, der Videospiele, Videofilme u.a. bei 6- bis 10jährigen Kindern und Jugendlichen, 2. Aufl., Weinheim 1993.

<sup>150</sup> Ökologiebewegung, namentlich «Greenpeace»; gemäss einer «ökologischen Schadensbilanz» des deutschen Umweltbundesamtes werden die jährlichen Umweltschäden in der BRD auf mehr als einhundert Milliarden DM geschätzt (s. KAISER [Fn. 62], 522).

<sup>151</sup> Karitative Organisationen, Hilfe für politisch Verfolgte (insbesondere «Amnesty International»), Einsatz für Behinderte und sozial Benachteiligte, gemeinnützige Arbeit auf kulturellem Gebiet usw.; s. auch RUEDI BRASSEL/JAKOB TANNER, Zur Geschichte der Friedensbewegung in der Schweiz, in: Handbuch Frieden Schweiz, Hrsg. Forum für praxisbezogene Friedensforschung, Basel 1986; WILHELM RÜDIG, Bürgerinitiativen im Umweltschutz. Eine Bestandesaufnahme der empirischen Befunde, in: V. HAUFF (Hrsg.), Bürgerinitiativen in der Gesellschaft, Villingen 1980.

<sup>152</sup> Vgl. KAISER (Fn. 62), 340.

<sup>153</sup> Vgl. ROLF REBER, Kriminalstatistische Evidenz für eine Abnahme der Jugendkriminalität in der Schweiz, *Kriminologisches Bulletin* 19 (1993) 85 ff.; s. aber auch BARBARA



Die allmähliche Überwindung von Patriarchismus und Untertanenstaatlichkeit hat veränderte Einstellungen sowohl gegenüber demokratisch legitimierten Behörden als auch anderen traditionellen Trägern von Autorität (Elternhaus, Schule) mit sich gebracht. Davon ist (neben Polizei und Verwaltung) auch die Strafjustiz nicht ausgenommen. Kritisieren – und damit auch Kritik an den Behörden – ist heute geradezu «in».<sup>154</sup> Daran ist nichts Schlechtes, solange die Kritik verantwortungsvoll ausgeübt wird und Rezensenten Gegenkritik nicht scheuen. Wer aber aus zunehmender Kritik etwa an der Rechtsprechung des Bundesgerichtes ein Indiz für eine Verschlechterung der Qualität der höchstrichterlichen Rechtsprechung ableiten zu können glaubt, verkennt die politische, soziale und kulturelle Funktion von Kritik.<sup>155</sup> Diese kann im Gegenteil einen Indikator für die Lebendigkeit der Auseinandersetzung und die Wirksamkeit der Kontrollmechanismen darstellen. Anders gesagt, beweist der blosse Umstand, dass die Behörden früher weniger (bzw. weniger polemisch) kritisiert worden sind, noch lange nicht, dass sie auch besser gearbeitet haben müssen. Die historischen Erfahrungen mit Kritiklosigkeit und Autoritätsgläubigkeit sprächen eher für das Gegenteil.

Und dennoch: Trotz «Autoritätskrise» und erhöhtem Legitimationsdruck werden dem Strafrecht immer mehr gesellschaftliche Steuerungs- und Kontrollaufgaben zugewiesen.<sup>156</sup> Immer noch meinen weite Kreise der Öffentlichkeit, ungelöste gesellschaftliche Krisen und soziale Konflikte liessen sich allein mit den Mitteln des Strafrechts<sup>157</sup> regulieren, und falls dies nicht gelingt, sei damit die Unzulänglichkeit der Strafgesetze bzw. der Strafrechtspflege bewiesen. Politisch Verantwortliche schüren leider oft noch diesen Aberglauben. Dies führt zu «flächendeckender Kriminalisierung» wie beispielsweise im Betäubungsmittelstrafrecht.<sup>158</sup>

---

SCHELLENBERG, Erziehung versus Strafen: Sind die Prioritäten des Jugendstrafrechts angesichts zunehmender Jugendgewalt anders zu setzen?, in: BAUHOFFER/BOLLE (Hrsg.), Reform der strafrechtlichen Sanktionen, Reihe Kriminologie Bd. 12, Zürich 1994, 371 ff.

<sup>154</sup> S. z.B. MARC FORSTER, Rechtsfortbildung am Bundesgericht im Spannungsfeld von Kritik und Rezeption, in: Geschlossene Gesellschaft? Macht und Ohnmacht der Justizkritik, Zürich 1993, 137 ff., 137.

<sup>155</sup> S. dazu FORSTER (Fn. 33), 50, 136 ff.; DERS. (Fn. 154), 141 ff.

<sup>156</sup> Vgl. PETER ALBRECHT, Auf dem Weg zu einer Strafjustiz ohne öffentliche Kontrolle?, in: Geschlossene Gesellschaft? Macht und Ohnmacht der Justizkritik, Zürich 1993, 127 ff., 128; HASSEMER (Fn. 129), 381 f.

<sup>157</sup> Das strafrechtlich «gelöste» Problem der Abtreibung zum Beispiel liesse sich jedenfalls entschärfen, wenn endlich die überfälligen gesetzgeberischen Massnahmen getroffen würden, um die rechtliche und soziale Situation der Mütter zu verbessern.

<sup>158</sup> Eine Drogenkriminalpolitik, welche Süchtige zur Beschaffungskriminalität geradezu zwingt und den Gewinnanreiz für Drogenhändler durch Verknappung des Angebotes gleichzeitig erhöht, ist, wie MARTIN SCHUBARTH dargelegt hat, in sich selbst «kriminogener» («Kriminalitätsbekämpfung» durch Vermeidung kriminogener Gesetze und kriminogener Rechtsprechung, in: Festschrift SKG, ZStrR 110 [1992] 68 ff., 70). Dies trifft jedenfalls so lange zu, als strafrechtliche Repression und Abschreckung weiterhin Hauptstrategie der offiziellen Drogenpolitik bleiben. Die durchschnittliche Gewinn-



In diesem Spannungsfeld von gesellschaftlichen Realitäten, zunehmender Kritikfreudigkeit und unrealistischen Erwartungshaltungen erweist sich Strafrechtspflege – bei aller Fehlerhaftigkeit und Verbesserbarkeit menschlichen Tuns – als äusserst delikates Unterfangen.

## 2. «Suchtdelikte» im weiteren Sinne

Das Drogenproblem mitsamt seinen Begleiterscheinungen (soziale Verelendung, Kriminalität, Aids-Problematik, Drogentote<sup>159</sup>) stellt eine der grössten gesamtgesellschaftlichen Herausforderungen der Gegenwart dar. Mit den Mitteln des Kriminalrechts allein ist ihm nicht beizukommen. Neue drogenpolitische Wege müssen nur schon aus Gründen der Menschlichkeit und der sozialen Schadensbegrenzung eingeschlagen werden. Die dafür notwendige kriminalpolitische Akzeptanz wird aber nur zu erringen sein, wenn es gelingt, tiefverwurzelte Vorurteile und Mythen sowie Irrationalität und Ignoranz gegenüber Süchten und Süchtigen abzubauen. Eine «drogenfreie» Gesellschaft kann vernünftigerweise nicht Ziel der Bemühungen sein. Eine solche hat es nie gegeben<sup>160</sup> und wird es wohl in einem auf Toleranz und Selbstverantwortung aufgebauten Gesellschaftssystem auch nie geben. Die Volksinitiative «Für eine Jugend ohne Drogen» verriet schon mit ihrer Namensgebung ein grundlegendes Verkennen der Suchtproblematik. Die unbefriedigenden Resultate der bisherigen Drogenpolitik haben zu internationalen Bemühungen um einen kriminalpolitischen «Strategiewechsel» geführt.<sup>161</sup>

---

marge zwischen Produktion und Verkauf von Kokain beträgt 20 000% (s. SZABO [Fn. 146], 287).

<sup>159</sup> Die Schweiz nimmt bei den Drogentoten im europäischen statistischen Vergleich seit Jahren einen fragwürdigen «Spitzenplatz» ein (s. KAISER [Fn. 62], 377 f.).

<sup>160</sup> S. z.B. BRUNO ILLIUS, Aspekte des Drogenkonsums in traditionellen Gesellschaften und aussereuropäischen Hochkulturen, in: WOLFGANG BÖKER/JOACHIM NELLES (Hrsg.), Drogenpolitik wohin? Sachverhalte, Entwicklungen, Lösungsvorschläge, Bern 1991.

<sup>161</sup> In Fachkreisen entwickelt sich die Tendenz deutlich weg von der strafrechtlichen Repression und Prohibition als Hauptstrategie hin zu verstärkter Prävention auf breiter Basis, differenzierender Entkriminalisierung, wirksamer Therapie statt Strafe und «Hilfe zur Selbsthilfe» bei den Süchtigen. In zunehmendem Masse wird vor allem die ärztlich kontrollierte Abgabe harter Drogen an Schwerstsüchtige und ein Ausbau der Therapieplätze gefordert; vgl. PETER ALBRECHT, Strafgesetze als Hindernis einer vernünftigen Drogenpolitik?, AJP 3 (1994) 565 ff.; WOLFGANG BÖKER/JOACHIM NELLES (Hrsg.), Drogenpolitik wohin? Sachverhalte, Entwicklungen, Lösungsvorschläge, Bern 1991; HORST HUND, Von der Repression zur Legalisierung, Strategiewechsel im Betäubungsmittelstrafrecht?, Zeitschrift für Rechtspolitik 26 (1993) 213 ff.; MICHAEL KNIESEL, Drogenpolitik und Strafrecht, Anmerkungen zur Diskussion um neue Wege bei der Bekämpfung der Drogenkriminalität, Kriminalistik 47 (1993) 287 ff.; ARTHUR KREUZER, Jugend, Drogen, Kriminalität, 3. Aufl., Neuwied 1987; RALF LUDWIG/JÜRGEN NEUMEYER (Hrsg.), Die narkotisierte Gesellschaft? Neue Wege in der Drogenpolitik und akzeptierende Drogenarbeit, Marburg 1991; JÜRGEN MEYER (Hrsg.), Betäubungsmittelstrafrecht in Westeuropa, Freiburg/Br. 1987; DIETER THOMMEN, Die Behandlung Drogenabhängiger, Diss. BS 1984, 187 ff. Zu den Gefahren einer völligen «Freigabe» harter Drogen s. z.B. KAISER (Fn. 62), 379 f.

Die allgemeine menschliche Suchtproblematik und damit auch die Suchtdelinquenz ist allerdings bei weitem nicht auf «Drogen» im Sinne des Betäubungsmittelgesetzes beschränkt. Zu den «Suchtdelikten» im weiteren Sinne gehören aus sozialmedizinischer und psychologischer Sicht<sup>162</sup> (neben der Drogen- und Drogenbeschaffungskriminalität) auch ein grosser Teil der Vermögensdelinquenz,<sup>163</sup> oft auch Gewalt- und Sexualdelikte, bis hin zum «FiaZ» des Alkoholikers oder des Gelegenheits-trinkers. Etwa zehn Prozent aller (registrierten) Verkehrsunfälle in der Schweiz sind auf Alkoholmissbrauch zurückzuführen. Mindestens jedes fünfte Todesopfer im Strassenverkehr stirbt wegen Alkohol am Steuer.<sup>164</sup> Nach epidemiologischen Erkenntnissen nimmt ca. ein Drittel aller Fahrzeuglenker jährlich mindestens einmal unter Alkoholeinfluss am Strassenverkehr teil.<sup>165</sup> Allgemein hat sich heute die Erkenntnis durchgesetzt, dass «legale» Drogen wie Alkohol, Medikamente und Tabak nach Verbreitung und volkswirtschaftlichen und sozialen Folgen das schwerwiegendere Problem darstellen als die illegalen Suchtgifte.<sup>166</sup> Verharmlost werden dürfen letztere freilich nicht. Inwieweit sich die verheerenden sozialen und gesundheitlichen Wirkungen harter Betäubungsmittel erst in Verbindung mit den Konsequenzen einer repressiven Kriminalpolitik zeigen (Beschaffungsproblematik, negative Milieueinflüsse, Aids-Gefahr, Kriminalisierung und soziale Verelendung), ist allerdings umstritten.<sup>167</sup>

<sup>162</sup> S. z.B. AMBROS UCHTENHAGEN, Suchtrisiko und Suchtbehandlung in der Schweiz, Veränderungen und regionale Unterschiede, in: WOLFGANG BÖKER/JOACHIM NELLES (Hrsg.), Drogenpolitik wohin? Sachverhalte, Entwicklungen, Lösungsvorschläge, Bern 1991, 221 ff.

<sup>163</sup> S. dazu beispielsweise die Täteranalysen von SUSANNE OSBURG, Psychisch kranke Ladendiebe, Wiesbaden 1992.

<sup>164</sup> S. Schweizerische Beratungsstelle für Unfallverhütung, bfu (Hrsg.), Unfallgeschehen in Zahlen 1991, Bern 1992, 8. Die offiziell registrierten Fälle lassen auf eine noch höhere Dunkelziffer schliessen; die Zahlen für Deutschland sind ähnlich (1990 mindestens 8,9% der Verkehrsunfälle und 15,2% der Verkehrstoten, s. KAISER [Fn. 62], 365); andere Untersuchungen sprechen sogar von 40% der tödlichen Unfälle, welche durch Alkohol «verursacht oder zumindest wesentlich mitbedingt» werden (s. EGON STEPHAN, Trunkenheitsdelikte im Verkehr: Welche Massnahmen sind erforderlich?, AJP 1994, 445 ff., 447; vgl. auch WOLF MIDDENDORF, Die Kriminologie der Verkehrsdelikte, in: JÖRG SCHUH [Hrsg.], Verkehrsdelinquenz/délinquance routière, Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie, Grösch 1989, 9 ff., 11 f.; PETER HENTSCHEL, Trunkenheit im Strassenverkehr, mit Haftungs- und Versicherungsrecht, 6. Aufl., Düsseldorf 1992).

<sup>165</sup> Vgl. ARTHUR KREUZER, Drogen und Sicherheit des Strassenverkehrs, Neue Zeitschrift für Strafrecht 13 (1993) 209 ff., 211; s. auch die Zahlen bei STEPHAN (Fn. 164), 447.

<sup>166</sup> Vgl. ARTHUR KREUZER, Jugend, Drogen, Kriminalität, 3. Aufl., Neuwied 1987, 142; s. auch BGE 117 IV 323 E. g/aa). In Deutschland geht man von ca. 40 000 Alkoholtoten und 140 000 Nikotintoten pro Jahr aus (vgl. Kriminalistik 1993, 292, sowie HUND [Fn. 161], 215).

<sup>167</sup> Das «Drogenproblem» erweist sich zu einem erheblichen Teil als Drogenpolitikproblem. Die bisherigen Strategien haben Drogenelend und Drogenkriminalität zumindest teilweise in sich selber produziert (durch Verknappung und Verteuerung des Angebots bei hohen

### 3. Verelendungskriminalität, Ausländerkriminalität, fremdenfeindliche Delinquenz

Wie schon angesprochen, sind die gegenwärtigen gesellschaftlichen Verhältnisse aber auch geprägt durch «neue Armut» und Massenarbeitslosigkeit. Diese steigern das ohnehin vorhandene soziale Konfliktpotential erheblich. Symptome einer wirtschaftlich-sozialen Verelendung zeigen sich vor allem in den städtischen Agglomerationen.<sup>168</sup> Die Masseneinwanderung von ausländischen Arbeitssuchenden und Flüchtlingen führt zu Ängsten, Kulturkonflikten und teilweise auch zu Kriminalität.<sup>169</sup> Da die Flüchtlinge und Arbeitssuchenden regelmässig der aktiven, mobilen Generation angehören, entspricht (aktive und passive) «Ausländerkriminalität» zuerst einmal der normalen sozialen Realität.<sup>170</sup> Ein besonderes Konfliktpotential ergibt sich allerdings aus kulturell und sprachlich bedingten Integrationsschwierigkeiten.<sup>171</sup> Dafür, dass die überwiegende Mehrheit der Gewaltflüchtlinge und Arbeitssuchenden unverschuldet unter einem «schlechten Image» zu leiden hat, sind vor allem gewalttätige politische und soziale Auseinandersetzungen unter Ausländern, Erscheinungen des «Kriminaltourismus», sektorielle Häufungen der Ausländerkriminalität<sup>172</sup> sowie vereinzelte krasse Missbräuche des Asylrechts verantwortlich.<sup>173</sup> Lei-

---

Gewinnmargen sowie der damit verknüpften Beschaffungskriminalität und -Prostitution mit sattsam bekannten gesundheitlichen und sozialen Nebenfolgen).

<sup>168</sup> S. dazu MANUEL EISNER, Gewaltkriminalität und Urbanisierung, Plädoyer 1993/6, 35 ff.

<sup>169</sup> Zur kriminologischen Bedeutung der *Jugendarbeitslosigkeit* s. z.B. KAISER (Fn. 62), 355 ff.

<sup>170</sup> «L'explication de la délinquance des jeunes immigrés correspond à celle de la délinquance juvénile en général» (KILLIAS [Fn. 65], 198, N. 466).

<sup>171</sup> S. dazu VERENA TOBLER MÜLLER, Wirkungen der Migration: Kulturkontakt, Kulturkonflikt, Konfliktkultur, in: WALTER KÄLIN/RUPERT MOSER (Hrsg.), Migrationen aus der Dritten Welt, 3. Aufl., Bern 1993, 175 ff.; NICOLAS QUELOZ, Etrangers et criminalité; entre craintes, préjugés et réalités, in: BAUHOFFER/QUELOZ (Hrsg.), Ausländer, Kriminalität und Strafrechtspflege, Reihe Kriminologie 11, Zürich 1993, 13 ff. Vor Rückfällen ins «kriminalpolitische Mittelalter» als Reaktion auf Ausländerkriminalität warnt HANS SCHULTZ, Krise der Kriminalpolitik?, in: Festschrift Jescheck, Bd. 2, Berlin 1985, 791 ff., 811.

<sup>172</sup> Besonders Drogenhandel sowie Verstösse gegen das Fremdenpolizeirecht (inklusive Schlepperkriminalität); s. auch KARL-LUDWIG KUNZ, Ausländerkriminalität in der Schweiz – Umfang, Struktur und Erklärungsversuch, ZStrR 106 (1989) 373 ff.; KILLIAS (Fn. 65), 151 ff., 175. Bei den in der Schweiz verurteilten *Gewaltstraftätern* nehmen die Schweizer nach wie vor die deutliche Mehrheit ein, vgl. STEFAN BAUHOFFER, Kriminalität von Ausländern in der Schweiz, in: BAUHOFFER/QUELOZ (Hrsg.), Ausländer, Kriminalität und Strafrechtspflege, Reihe Kriminologie 11, Zürich 1993, 75 ff., 102 f.

<sup>173</sup> Zur grundrechtlichen Problematik fremdenpolizeilicher Internierungen bzw. der Zulässigkeit gewisser Freiheitsbeschränkungen gegenüber straffälligen (bzw. verdächtigen) Asylbewerbern s. STEFAN TRECHSEL, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, AJP 3 (1994) 43 ff. Am 18. März 1994 hat das Parlament (im Eilverfahren) das *Bundesgesetz über Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht* erlassen (BB1 1994 II 279 ff.; s. auch Botschaft, BB1 1994 I 305 ff.); sehr kritisch hat sich ANDREAS AUER dazu geäussert, der das Gesetz als teilweise verfassungs- und völkerrechtswidrig und gegenüber Asylsuchenden diskriminierend ablehnt (La Constitution fédérale, les droits de l'homme et les

der wird aber auch das Problem der «Ausländerkriminalität» zu politischen Zwecken missbraucht, dramatisiert und in gefährlicher Weise emotionalisiert.<sup>174</sup>

Mit der Ausländerproblematik (und mit der politischen Stimmungsmache) verknüpft sind fremdenfeindliche Gewaltkriminalität, Rassismus und Neonazismus insbesondere bei Jugendlichen.<sup>175</sup> Im Jahre 1991 wurden in der Schweiz (neben anderen Straftaten mit rassistischem Hintergrund, darunter Tötungen und Körperverletzungen) 38 Brand-, acht Schusswaffen- und drei Sprengstoffanschläge auf Asylbewerberunterkünfte ausgeführt.<sup>176</sup> Wer geglaubt hat, Faschismus und Nationalismus seien gegen Ende des 20. Jahrhunderts überwunden, sieht sich getäuscht: In Europa werden wieder Konzentrationslager errichtet. Es finden «ethnische Säuberungen» und Massenvertreibungen gegen die Zivilbevölkerung statt. Der kollektive Egoismus unserer Wohlstands- und Konsumgesellschaft ist eine Hauptursache für die beschämend schwachen und zaudernden Reaktionen auf solche Verbrechen gegen die Menschlichkeit.

---

mesures de contrainte à l'égard des étrangers, AJP 3 [1994] 749 ff.). Das Gesetz wurde in der Volksabstimmung vom 4. Dezember 1994 (Referendum) deutlich angenommen.

<sup>174</sup> Die Kriminalität von Asylbewerbern in Deutschland ist vorwiegend geringfügiger Art. Im Jahre 1991 betrafen nur 5,2% der in Deutschland begangenen Straftaten von Asylbewerbern die Gewaltkriminalität, gar nur 2,2% waren Rauschgiftdelikte, bei ca. 40% der Delikte handelte es sich um Ladendiebstähle; vgl. MONIKA TRAULSEN, Die Kriminalität der Asylbewerber, Kriminalistik 47 (1993) 443 ff., 444; zur jedenfalls in der Stadt Zürich schwerwiegenderen (Drogen-)Kriminalität unter «Kriminaltouristen» und Asylbewerbern s. TRECHSEL (Fn. 173), 43, sowie Botschaft zum Bundesgesetz über Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, BBl 1994 I 305 ff., 309. Im Kanton Genf dagegen beträgt der Anteil von Asylbewerbern an der Drogenkriminalität nur wenige Prozent. Auch der Bundesrat und das Parlament unterliegen anscheinend der in der Schweiz geläufigen Tendenz, den Blick auf Zürich zu fixieren.

<sup>175</sup> Vgl. dazu RUPERT MOSER, Migration und Fremdenfeindlichkeit, in: WALTER KÄLIN/RUPERT MOSER (Hrsg.), Migrationen aus der Dritten Welt, 3. Aufl., Bern 1993, 189 ff.; PETER ALTER, Nationalismus, Frankfurt/M. 1985; s. auch die kriminologische Untersuchung zur amerikanischen Skinhead-Bewegung von MARK S. HAMM, American Skinheads, The Criminology and Control of Hate Crime (Criminology and Crime Control Policy), New York 1993.

<sup>176</sup> S. Bericht des Bundesrates zum Extremismus in der Schweiz («Extremismusbericht») vom 16. März 1992, BBl 1992 III 201 ff., 224 ff. «Sorge bereiten dem Bundesrat eine offenbar zunehmende offene und latente Fremdenfeindlichkeit in einzelnen Kreisen der Bevölkerung und eine wachsende Tendenz bei Teilen von Jugendlichen zu rassistischem Verhalten und Gebaren, ja eine steigende Gewaltbereitschaft» (202). Der in ganz Europa aufkeimende Rassismus und Neonazismus hat u.a. zu einer Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 21. April 1993 betreffend Rassismus und Ausländerfeindlichkeit in Europa und Gefahr des Rechtsextremismus geführt (EuGRZ 1993, 322 ff.).

## § 2 Strafrechtliche Rechtsgütertheorie als Reformbasis

Veränderungen der Kriminalität und Kriminogenität verlangen nach Anpassungen des Rechtsgüterschutzes und des Sanktionenkataloges an die Bedürfnisse eines «Strafrechts der Wohlstands- und Konsumgesellschaft». Jede kriminalpolitische Reform muss sich nun aber an ihrem systematischen *Fundament* orientieren, nämlich an der strafrechtlichen Rechtsgütertheorie und der Sanktionenlehre. Die Rechtsgütertheorie bemüht sich um wissenschaftlich-systematische Grundlagen für die Frage nach der Sozialschädlichkeit und Strafwürdigkeit eines Verhaltens bzw. der Schutzwürdigkeit der tangierten Interessen. Jede Strafrechtsreform, die sich die Erkenntnisse der Rechtsgütertheorie nicht erschliesst, erschöpft sich in der Abbildung aktueller politischer Zweckmässigkeitsvorstellungen.

### I. Überkriminalisierung und Entkriminalisierung

Oft ist der Ruf nach «Entkriminalisierung» nicht weniger voreilig und unreflektiert als der Ruf nach mehr Strafrecht.<sup>177</sup> Die aktuelle Epoche charakterisiert sich gemäss unserem «sozioökonomischen Zwischenbefund» durch zunehmende Mobilität, Verstädterung, Technisierung und Anonymisierung. Traditionelle Institutionen informeller Sozialkontrolle (Dorfgemeinschaft, Familie, Kirche) haben an Bedeutung verloren, während die Komplexität und Undurchsichtigkeit technischer, wirtschaftlicher und sozialer Abläufe und Strukturen stetig wächst. Der moderne Mensch hat sich daran gewöhnt, dass ihm Staat und Behörden Verantwortung abnehmen und die meisten Lebensbereiche in zunehmendem Ausmass rechtlich reguliert sind.<sup>178</sup>

Es kann in diesem Kontext nicht verwundern, dass dem Recht (und insbesondere dem Strafrecht) als formalisiertem und vergleichsweise rationalem Steuerungsinstrument immer mehr Kontrollaufgaben zugewiesen werden. Die Frage, ob dies einfach so dahingenommen werden sollte, wurde bereits gestellt. Das Kriminalrecht ist als Instrument zur Behebung ungelöster wirtschafts- und sozialpolitischer Konflikte nicht geeignet. Hypertrophie und Überkriminalisierung bringen das Strafrechtssystem auch rasch an die eigenen Kapazitäts- und Funktionalitätsgrenzen.<sup>179</sup> Auf der andern Seite werden oft vorschnell Klagen über eine

<sup>177</sup> Zur diffusen rechtspolitischen Rolle von Kriminalitätsfurcht und «Kriminalisierungsbedürfnissen» s. oben, § 1 II. B.

<sup>178</sup> S. dazu ULRICH BECK, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, 8. Aufl., Frankfurt/M. 1991.

<sup>179</sup> Der Kanton Zürich musste 1993-94 mangels ausreichender Gefängniskapazitäten zu systematischen *Notentlassungen von Untersuchungsgefangenen* greifen.



«Verrechtlichung» des Alltagslebens laut,<sup>180</sup> ohne dass den dahinter stehenden realen Ursachen Rechnung getragen wird.<sup>181</sup> Nicht jede Veränderung der «Realia» rechtfertigt indessen das Eingreifen des Strafgesetzgebers. Staatliche Strafnormen bedürfen einer inneren und äusseren juristischen Legitimation. Sie müssen im verfassungsmässig dafür vorgesehenen rechtsstaatlichen Verfahren erlassen werden und einem ausreichenden öffentlichen Interesse entsprechen. Die innere Legitimation des Strafrechts ist der *Rechtsgüterschutz*.

## II. *Rechtsgüterschutz durch kriminalrechtliche Abwehr sozialschädlichen Verhaltens*

### A) Die Grenzen eines «systemimmanenten» Rechtsgutsbegriffes

#### 1. Rechtsgüterdefinition als wertgebundener politischer Prozess

Die strafrechtliche Abwehr sozialschädlichen Verhaltens baut auf dem Grundsatz des «neminem laedere» auf. Danach ist es grundsätzlich verboten, einen Träger von Rechten in dessen rechtlich geschützten Positionen zu verletzen oder zu gefährden. Verfassungsrechtliches Fundament des staatlichen Rechtsgüterschutzes bildet die *persönliche Freiheit* als ungeschriebenes verfassungsmässiges Individualrecht.<sup>182</sup> Diese umfasst alle elementaren Bereiche der menschlichen Selbstentfaltung.<sup>183</sup> Welche Lebensbereiche, welche Interessen und Güter sind nun aber unter welchen Bedingungen strafrechtlich zu schützen?

Die Bemühungen nach einer Definition des strafrechtlichen Rechtsgutes sind mit der Suche nach der berühmten «blauen Blume» verglichen worden.<sup>184</sup> WINFRIED HASSEMER und GÜNTHER JAKOBS haben mit beson-

<sup>180</sup> So ist häufig von «Gesetzesflut», einem Überhandnehmen der Richterstaatlichkeit oder gar von «legal pollution» die Rede.

<sup>181</sup> Zu den Auswirkungen des sozialen Wandels auf die *Bagatel- und Kleinkriminalität* s. unten, § 4 I. C.

<sup>182</sup> Sowohl WINFRIED HASSEMERs «personale Rechtsgutslehre» als auch CLAUS ROXINs verfassungsrechtlich begründeter Ansatz führen den Rechtsgutsbegriff auf die *menschliche Würde und Freiheit* zurück; vgl. WINFRIED HASSEMER, Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, in: PHILIPPS/SCHOLLER (Hrsg.), *Jenseits des Funktionalismus*, Festschrift für Arthur Kaufmann, Heidelberg 1989, 85 ff.; ähnlich schon HARRO OTTO, Rechtsgutbegriff und Deliktstatbestand, in: MÜLLER-DIETZ (Hrsg.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Köln 1971, 1 ff., sowie MICHAEL MARX, *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut», Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre*, Köln 1972; CLAUS ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, München 1992, 8 ff., 11 N. 9; s. auch MARCEL ALEXANDER NIGGLI, *Ultima Ratio, Über Rechtsgüter und das Verhältnis von Straf- und Zivilrecht bezüglich der sogenannten «subsidiären oder sekundären Natur» des Strafrechts*, ZStrR 111 (1993) 236 ff., 240 f.

<sup>183</sup> BGE-118 Ia 73 E. d.

<sup>184</sup> Vgl. MARTIN KILLIAS/MANFRED REHBINDER, «Sexualdelikte und Strafrechtsreform»: Sind die Reformer irrational?, ZBJV 119 (1983) 291 ff., 293. Was um so treffender ist, als der Begriff des Rechtsgutes auf die Zeit der Romantik (C.A.J. MITTERMAYER,



derer Deutlichkeit aufgezeigt, dass die strafrechtliche Rechtsgüterlehre nicht imstande ist, die «Definition» eines Rechtsgutes «systemimmanent» aus sich heraus vorzunehmen. Das heisst, eine konsistente wissenschaftlich-dogmatische Erklärung dafür, weshalb das eine soziale Gut in einem bestimmten Kontext strafrechtlich geschützt wird, das andere dagegen nicht, vermag die Rechtsgütertheorie nicht zu leisten.<sup>185</sup>

Die sogenannte «systemtranszendente» Rechtsgutslehre entspringt den Erkenntnissen über die Abläufe kommunikativer Sozialkontrolle. Rechtsgüter werden demgemäss als Produkte kommunikativer gesellschaftlicher Verständigung aufgefasst. Kritisiert werden «systemimmanente» Theorien, soweit sie den Rechtsgüterkatalog normativ an der Realität der Rechtsordnung messen und der historisch-politischen Relativität der Rechtsgüter nicht ausreichend Rechnung tragen.<sup>186</sup> Erst das öffentliche Interesse an der Erhaltung eines sozialen Gutes lässt daraus ein Rechtsgut entstehen.<sup>187</sup> Dieses Interesse muss in einen meinungsbildenden Konsens überführt und der gesetzgeberischen Willensbildung unterworfen werden.<sup>188</sup> Demgegenüber erweckt die vergebliche Suche nach einer «endogen-dogmatischen» Rechtsgutsdefinition Reminiszenzen an die totgelaubte pandektistische Begriffsjurisprudenz.<sup>189</sup>

---

J.M.F. BIRNBAUM) zurückgeht (vgl. PETER SINA, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut», Basel 1962, 14 ff.).

<sup>185</sup> Vgl. GÜNTHER JAKOBS, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin 1991, 41 ff.; kritisch auch URS KINDHÄUSER, Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz, in: KLAUS LÜDERSEN u.a. (Hrsg.), Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, Frankfurt/M. 1990, 29 ff.; NIGGLI (Fn. 182), 240 f.; HEINZ ZIPF, Kriminalpolitik, 2. Aufl., Heidelberg 1980, 110. – Wieso kann Lügen (z.B. Verleumdung, Betrug, Falschbeurkundung) im einen Kontext strafbar sein, in einem anderen («einfache Lüge») nicht? Wieso ist Vermögen gegen vorsätzliche Sachbeschädigung strafrechtlich geschützt, nicht aber gegen fahrlässige?

<sup>186</sup> Vgl. dazu WINFRIED HASSEMER, Theorie und Soziologie des Verbrechens, Frankfurt/M. 1973, 19 ff.

<sup>187</sup> «Nicht die Rechtsordnung erzeugt das Interesse, sondern das Leben; aber der Rechtsschutz erhebt das Lebensinteresse zum Rechtsgut», FRANZ VON LISZT, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 19. Aufl., Berlin 1912, 73; ähnlich nun JAKOBS (Fn. 185), 45; NIGGLI (Fn. 182), 242 («Güter werden nicht vorgefunden, sie werden zu solchen gemacht»). Regelmässig müssen bei der kriminalpolitischen Entscheidung für oder gegen Kriminalisierung auch divergierende oder konkurrierende *Rechtsgüter* (insbesondere des Opfers, des Täters und der Allgemeinheit) sorgfältig *gegeneinander abgewogen* werden.

<sup>188</sup> S. dazu ausführlicher unten, § 4 I.

<sup>189</sup> Insbesondere die Diskussion um die «ultima ratio»-Funktion des Strafrechts wird m.E. zu akademisch-abstrakt geführt. Der neue Tatbestand der Vergewaltigung in der Ehe (Art. 190 Abs. 2 StGB) beispielsweise wurde nicht deshalb eingeführt, weil dem strafrechtlichen Rechtsgüterschutz – gleichsam über Nacht – der «ultima ratio»-Charakter zugefallen wäre, sondern deshalb, weil ein demokratisch legitimierter *politischer Konsens* darüber zustande gekommen ist, dass eine Vergewaltigung sowohl ausserhalb als auch innerhalb einer ehelichen Beziehung strafwürdig sei. Weshalb der neue Straftatbestand das vielbeschworene «ultima ratio»-Erfordernis erfüllt, lässt sich allenfalls rechtssoziologisch, nicht aber strafrechtsdogmatisch erklären. Die «ultima ratio» des Strafrechts ist letztlich ein kriminalpolitischer, kein kriminalrechtlicher Begriff (zu den Bemühungen um einen «materiellen Verbrechensbegriff» s. z.B. ZIPF [Fn. 185], 106 ff.).

## 2. Versachlichung der Diskussion um die Sozialschädlichkeit eines Verhaltens

Die Wissenschaft steht damit jedoch noch lange nicht auf dem «elfenbeinernen Abstellgleis». Vielmehr kann und soll sie schon *de lege ferenda*, beim dynamischen wertgebundenen Prozess der Rechtsgüterdefinition, wesentliches dazu beitragen, die Diskussion zu versachlichen. Einer wissenschaftlichen Klärung bedarf insbesondere die Frage nach der Schutzbedürftigkeit eines Gutes bzw. nach der *Sozialschädlichkeit* eines Verhaltens.<sup>190</sup> Damit ein Rechtsgut wirksamen justiziellen Schutz erfahren kann, muss *de lege lata* sodann dessen Einbettung in das dogmatische System erfolgen. Und schliesslich ist auch die praktische Anwendung der rechtsgutbewahrenden Norm wissenschaftlich zu begleiten.<sup>191</sup>

Das strafrechtlich zu schützende Rechtsgut ist jeweils im Hinblick auf den in Frage stehenden konkreten Lebensbereich (z.B. körperliche Integrität, elementare Bereiche der Selbstbestimmung, Ehre, Vermögen) und den Träger des Rechtsgutes eigens zu definieren und den jeweiligen spezifischen Problemen anzupassen.<sup>192</sup> Neben dem menschlichen Individuum kommen als «Rechtsgutsträger» auch die Allgemeinheit (z.B. Umweltschutzstrafrecht) oder der Staat (z.B. Staatsschutzdelikte) in Frage.<sup>193</sup> In neuerer Zeit wird vermehrt die Anerkennung von Rechtsgütern zum Schutze der Natur oder künftiger Generationen (z.B. ein Anspruch auf nichtmanipuliertes Erbgut) verlangt. Diese sollen sich aus der statischen

<sup>190</sup> Hier ist allerdings nicht allein die Rechtswissenschaft aufgerufen, gefordert sind in besonderem Masse auch die der zu regelnden Materie am nächsten stehenden Fachdisziplinen wie etwa Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Psychologie, Medizin, technische Disziplinen usw.; zur *Sozialschädlichkeit* eines Verhaltens s. KNUT AMELUNG, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Frankfurt/M. 1972, 350 ff.; ZIPF (Fn. 185), 106 ff.; zur «Beweislast» für den *Nachweis* der Sozialschädlichkeit s. unten, III.

<sup>191</sup> Die Frage nach dem Vorliegen eines strafrechtlich schutzwürdigen Rechtsgutes ist nicht allein eine kriminalpolitische Frage *de lege ferenda*. Sofern die Sozialschädlichkeit eines inkriminierten Verhaltens *fragwürdig* erscheint, kann dies z.B. *de lege lata* Anlass zu einer *restriktiven Auslegung der Norm* durch den Strafrichter geben.

<sup>192</sup> Ob ein soziales Gut strafrechtlichen Schutz genießt oder nicht, hängt aber bei weitem nicht nur vom betroffenen Lebensbereich und vom Träger des Rechtsgutes ab. So kann – unabhängig vom betroffenen Rechtsgut – die Strafbarkeit an subjektive und objektive *täterschaftliche* Tatbestandsmerkmale geknüpft sein: Die Gefährdung des Lebens eines Menschen zum Beispiel ist nur strafbar, wenn sie «in skrupelloser Weise» erfolgt (Art. 129 StGB); Sachbeschädigung (Art. 145 StGB) ist nur bei Vorsatz strafbar; bei Sonderdelikten liegt ein strafbarer Verstoss gegen das geschützte Rechtsgut nur vor, wenn die täterschaftliche Sondereigenschaft gegeben ist. Entscheidend ist somit, ob im sozial, kulturell, wissenschaftlich und politisch geprägten Kommunikationsprozess ein *normbildender Konsens* darüber zustande kommt, dass ein soziales Gut *in einem bestimmten Kontext* schutzwürdig und schutzbedürftig sei. Die *Intensität* des strafrechtlichen Schutzes hängt wiederum vom Grade der Schutzbedürftigkeit des sozialen Gutes und vom Schädigungspotential des inkriminierten Eingriffes ab.

<sup>193</sup> S. dazu HASSEMER (Fn. 186), 68 ff.; HANS-JOACHIM RUDOLPHI, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, in: Festschrift Honig, Göttingen 1970, 151 ff.

Fixierung auf das Individuum und das «Substanzhafte» herauslösen.<sup>194</sup> Für das neue Sexualstrafrecht von 1991 wurde die geschützte Rechtsgutssphäre von der Expertenkommission wie folgt umgrenzt: «Strafrechtliche Bestimmungen über sexuelles Verhalten (...) sind nur dann angezeigt, wenn sexuelles Verhalten einen anderen Menschen schädigt oder wenn dieser nicht in der Lage ist, in verantwortlicher Weise dazu Stellung zu nehmen; ferner soll jedermann davor bewahrt werden, von sexuellen Handlungen anderer Personen oder Darstellungen solcher Handlungen zu erfahren, wenn er es nicht wünscht».<sup>195</sup>

Rechtsgüter müssen alsdann so definiert sein, dass sie einer *rationalen Legitimationskontrolle* unterzogen werden können. Auf intersubjektiv nicht überprüfbare «transzendente» Ordnungen wie etwa religiöse Dogmen oder allgemeine Sittengebote lassen sich Strafnormen nicht stützen. Nun können aber strengwissenschaftliche Rationalität auf der einen und Wertungen auf der anderen Seite weder im Strafrecht noch im Alltagsleben streng voneinander getrennt werden. – Welchen Platz haben «ethische» Kriterien in der Kriminalpolitik?

## B) Moral und Anstand als kriminalpolitische Kriterien?

Wie gesehen, verlaufen Versuche, «das» strafrechtlich zu schützende «Rechtsgut» mit dogmatischen Mitteln positiv-abstrakt zu definieren, schnell und zwangsläufig im Sand.<sup>196</sup> Es wäre schon viel erreicht, wenn der normative Rechtsbegriff der «Sozialschädlichkeit» anhand von fachwissenschaftlichen Erkenntnissen entmystifiziert und versachlicht würde. Die Frage, welche aktuellen Erkenntnisse der Medizin, der Sexualwissen-

<sup>194</sup> Vgl. z.B. PETER SALADIN, *Das Recht der Natur in unserer Kultur*, Bottmingen 1991; PETER SALADIN/CHRISTOPH A. ZENGER, *Rechte künftiger Generationen*, Basel 1988; STRATENWERTH (Fn. 38), 17 ff. Ob bei der Tierschutzgesetzgebung das Tier selber (oder erst die menschliche Beziehung zum Tier) Schutzobjekt darstellt, war lange Zeit umstritten (vgl. MICHAEL SCHLITT, *Haben Tiere Rechte?*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 78 [1992] 225 ff.). Unsere gesellschaftlichen Normen und damit auch der strafrechtliche Rechtsgüterkatalog sind *stark anthropozentrisch* gefärbt. «Die Vorstellung vom Menschen als dem Herrn der Schöpfung gehört entschieden der Vergangenheit an, und mit ihr die Notwendigkeit, alles und jedes auf seine Interessen und Bedürfnisse zu beziehen» (STRATENWERTH [Fn. 129], 691).

<sup>195</sup> HANS SCHULTZ, *Die Revision des schweizerischen Sexualstrafrechts*, SJZ 78 (1982) 245 ff., 248 = VE 1976 (Begründung), 25 (ähnlich auch Botschaft, BBl 1985 II 1064). – Selbstverständlich waren bei den einzelnen Straftatbeständen verschiedene *problembezogene Verfeinerungen* notwendig (s. dazu ausführlicher unten, § 4 III. B); grossen Einfluss auf die schliesslich verabschiedeten Normen dürfte auch das Bemühen um einen gesetzgeberischen *politischen Konsens* gehabt haben; s. zum neuen Sexualstrafrecht ARZT (Fn. 48), 347 ff.; JÖRG REHBERG, *Das revidierte Sexualstrafrecht*, AJP 2 (1993), 16 ff.; STRATENWERTH (Fn. 48), § 9; TRECHSEL (Fn. 4), 575 ff.

<sup>196</sup> Auch imposante Literaturgebirge gebären insoweit allenfalls «Leerformeln» (STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 4. Aufl., Zürich 1994, 24); zur dogmengeschichtlichen Entwicklung des Rechtsgutbegriffes s. SINA (Fn. 184), insbes. 41 ff., 57 ff.

schaft, der Psychologie, der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, der technischen Disziplinen usw. auf den verschiedenen Gebieten des Besonderen Teils des StGB und des Nebenstrafrechts welche rationalen kriminalpolitischen Schlüsse zulassen, würde freilich den Rahmen der vorliegenden Arbeit bei weitem sprengen. Einen Schritt weiter könnte uns aber ein «negativer Definitionsansatz» bringen: Der staatliche Kriminalrechtsapparat soll Rechtsgüter schützen und nicht sittlich-moralische Normen durchsetzen.<sup>197</sup>

Schon CARL STOOSS hat sich gegen ein moralisierendes Strafrecht ausgesprochen.<sup>198</sup> Freilich bleiben dann «eine Menge der nichtswürdigsten und gemeinsten Handlungen straflos, nicht selten unter lebhaftester Missbilligung derer, die an eine unbegrenzte menschliche Gerechtigkeit glauben».<sup>199</sup> Soziale und humanitäre Werte wie Verantwortungsbewusstsein, Zivilcourage, Mitmenschlichkeit und Toleranz können indes nicht staatlich «verordnet» und mit den Mitteln des Strafrechts durchgesetzt werden. Das Kriminalrecht kann keine allgemeine staatsbürgerliche Erziehung zu Solidarität und Selbstverantwortung leisten.<sup>200</sup> Es soll einen elementaren sanktionsbewehrten Rechtsgüterschutz sicherstellen und daneben allenfalls gewisse gesellschaftspolitische «Signale» mittragen helfen.<sup>201</sup> Schon dies ist ein sehr hohes Ziel. Wenn aber im erwähnten

<sup>197</sup> Zumindest in der Theorie ist dieser Grundsatz unbestritten: vgl. PHILIPPE GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, Bern 1993, 4; JOSÉ HURTADO POZO, *Droit Pénal, Partie Générale* 1, Fribourg 1991, 10 ff., 13; TRECHSEL/NOLL (Fn. 196), 25 f.; JÖRG REHBERG, *Strafrecht I, Verbrechenslehre*, 5. Aufl., Zürich 1993, 14; SCHULTZ (Fn. 107), 47 ff.; VITAL SCHWANDER, *Das Schweizerische Strafgesetzbuch*, 2. Aufl., Zürich 1964, Nr. 145 f.; GÜNTER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, Bern 1982, 56 ff., mit Hinweis auf ERNST HAFTER; s. stellvertretend für die deutsche Lehre auch HASSEMER (Fn. 186), 213; JAKOBS (Fn. 185), 40, N. 30; ROXIN (Fn. 182), 9 ff., 12.

<sup>198</sup> Vgl. CARL STOOSS, *Die ethischen und sozialen Grundlagen des Strafrechts*, ZStrR 7 (1894) 269 f.

<sup>199</sup> STOOSS (ebenda), 269.

<sup>200</sup> Und *soll* dies auch unter keinen Umständen: zwangsläufige Folge davon wäre ein totalitärer bevormundender Überwachungsstaat «Orwell'scher» Prägung.

<sup>201</sup> Eine gewisse «Signalfunktion» kommt beispielsweise dem neuen *Rassismustatbestand* zu (s. KARL-LUDWIG KUNZ, *Neuer Straftatbestand gegen Rassendiskriminierung – Bemerkungen zur bundesrätlichen Botschaft*, ZStrR 109 [1992] 154 ff., 166). Den Strafnormen mit «Appell-» oder «Symbolfunktionen» wird etwa auch das Umweltstrafrecht zugerechnet. PETER NOLL hält Gesetzesvorschriften mit «moralischem Appelldarakter» grundsätzlich für zulässig (vorauszusetzen wäre m.E. bei Strafnormen, dass diese *gleichzeitig Rechtsgüter schützen*), er wendet sich indessen gegen «zur Täuschung oder Tarnung» erlassene Gesetze (vgl. *Symbolische Gesetzgebung*, ZSR 100 [1981] I 347 ff., 363). Darunter fallen insbesondere Strafnormen, die den nach aussen deklarierten Rechtsgüterschutz gar nicht zu leisten vermögen, sondern der Befriedigung und Abwiegung aktueller oder vermeintlicher gesellschaftlicher Pönalisierungsbedürfnisse dienen. Der Gesetzgeber hat dabei weniger die Verbesserung des Rechtsgüterschutzes als den eigenen «Imagezuwachs» im Auge (s. zu den Grenzen und Gefahren eines «symbolischen Strafrechts» auch WINFRIED HASSEMER, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 9 [1989] 553 ff.). *Nicht* bloss symbolischer

gesellschaftlich-deontologischen Bereich die übrigen sozialen Strukturen versagen, kann dafür nicht das kriminalrechtliche System zuständig bzw. verantwortlich gemacht werden.

### 1. Die «zeremonielle» Suche nach dem Rechtsgut

Gelegentlich wird zur Legitimation von Strafnormen geradezu hektisch und krampfhaft nach Rechtsgütern geforscht. Gesellschaftliche Wertvorstellungen oder ethische Glaubenssätze werden allerdings dadurch, dass man sie als «Rechtsgüter» ausgibt, nicht zur rationalen juristischen Basis von Strafnormen. Schon aus Gründen wissenschaftlicher Redlichkeit sollten jedenfalls Juristen hier Vorsicht und Transparenz walten lassen. Die inflationäre Ausdehnung des Rechtsgutsbegriffes gerät leicht zum Etikettenschwindel. Die «blaue Blume» mutiert zur fleischfressenden Pflanze.

Verschiedene Regelungen des Sexualstrafrechts basieren bekanntlich auf allgemeinen Wertvorstellungen,<sup>202</sup> über die sich streiten lässt, deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit aber sexualwissenschaftlich, medizinisch oder psychologisch kaum nachweisbar ist.<sup>203</sup> Dieser *irrationale Grenzbe- reich von Straftatbeständen* sollte ans Tageslicht gebracht, thematisiert und nicht mittels diffusen, extensiven Rechtsgüterdefinitionen kaschiert werden.<sup>204</sup> Im übrigen sind auch Wertvorstellungen – wenn auch in

---

Natur sind Strafnormen gegen die *Umweltzerstörung* oder gegen *Rassendiskriminierung* (s. dazu unten, § 4 III. C 2.): «Die Umweltzerstörung ist ein Angriff auf die reale Lebensgrundlage des Menschen, die Rassendiskriminierung ein Übergriff auf den Eigenwert der menschlichen Person» (ARNOLD KOLLER, Die Zukunft des schweizerischen Strafrechts, ZStrR 109 [1992] 338 ff., 344). Eher symbolischer Natur war beispielsweise die Reaktion der Zürcher Regierung auf das als «Pfadfinderinnen-Mord» durch die Medien bekannt gewordene Tötungs- und Sexualverbrechen in Zollikerberg im Herbst 1993. Nachdem ein Wiederholungstäter auf Gefängnisurlaub die Tat gestanden hatte, wurden im Sinne einer «Denkpause» sämtliche Hafturlaube für *alle* Gewalt- und Sexualdelinquenten gestrichen. (Die Denkpause hat hoffentlich auch die Erkenntnis gefördert, dass sich diese Massnahme für den angestrebten Rechtsgüterschutz geradezu kontraproduktiv auswirken könnte: Die notwendige [Re-]«Sozialisierung» von Straftätern, welche kurz- oder mittelfristig entlassen werden müssen, ist ohnedies schon schwierig genug.)

<sup>202</sup> ERNST HAFTER formulierte schon 1937: «Ausgangspunkt für das Strafrecht muss der Satz sein, dass das Geschlechtsleben in erster Linie Angelegenheit des Einzelnen, eine Frage der persönlichen Ethik ist» (Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, Berlin 1937, § 23 II, 116).

<sup>203</sup> GUNTHER ARZT nennt u.a. unzuchtige Veröffentlichungen/Pornographie, Kuppelei/Zuhälterei, Blutschande/Inzest (Sexualdelikte und Strafrechtsreform, ZBJV 119 [1983] 1 ff./514 ff., 4); zum Inzest (Art. 213 StGB) vgl. FRITZ BAUMANN, Blutschande und ihre rechtlichen Folgen, SJZ 63 (1967) 323 ff., GÜNTER STRATENWERTH, Inzest und Strafgesetz, FS Hinderling, Basel 1976, 301 ff. Umstritten ist auch die Sozialschädlichkeit von Gewaltdarstellungen (Art. 135 StGB) und «harter» Pornographie (Art. 197 Ziff. 3 StGB), vgl. URSULA CASSANI, Les représentations illicites du sexe et de la violence, ZStrR 111 (1993) 428 ff., 447.

<sup>204</sup> Klassisches Beispiel: «die öffentliche Moral und Sittlichkeit» (BGE 117 IV 278 E. b). Eine historische Rückbesinnung zeigt, dass der Begriff des Rechtsgutes aus dem Bernü-



begrenztem Rahmen – einer Richtigkeitskontrolle zugänglich. Insbesondere muss das Werturteil des Gesetzgebers vor den Wertvorgaben der Verfassung standhalten.<sup>205</sup> Sodann ist anerkannt, dass der Gesetzgeber (schon aus Gründen der Rechtsgleichheit) für eine minimale Konsistenz der in der Rechtsordnung verankerten Wertmassstäbe und Wertentscheidungen zu sorgen hat.<sup>206</sup>

## 2. Kriminalpolitische Konsequenz

Gegenüber der Einsicht, dass das Strafrecht nicht allgemeine Sittlichkeits- und Moralvorstellungen sondern Rechtsgüter zu schützen habe, zeigt sich der schweizerische Gesetzgeber durchaus aufgeschlossen.<sup>207</sup> So ist im Jahre 1989 Art. 214 StGB (Strafbarkeit des Ehebruchs) aufgehoben worden.<sup>208</sup> Mit der Reform des Sexualstrafrechts von 1991 wurde sodann die Strafbarkeit der Homosexualität endgültig begraben.<sup>209</sup> Gleichzeitig wurde der Zuhälterei-Artikel (Art. 201 aStGB) revidiert. Auch diesem ist mit Recht vorgeworfen worden, er lasse ein geschütztes Rechtsgut nur schwer erkennen<sup>210</sup> und scheine in erster Linie eine als unmoralisch und asozial empfundene Lebensweise zu kriminalisieren.<sup>211</sup> Der neue Art. 195 StGB stellt nun deutlich die *sexuelle Selbstbestimmung* als geschütztes Rechtsgut in den Mittelpunkt.<sup>212</sup>

---

hen entstanden ist, Strafbarkeit zu begrenzen und staatliche Strafwillkür einzudämmen. Im 18. Jahrhundert war das Verbrechen noch definiert als «Nichtbeachten von Pflicht und Schuldigkeit» oder gar «jede boshafte Übertretung eines Gesetzes» (s. SINA [Fn. 184], 5, 89). Allzu weite Rechtsgüterdefinitionen erinnern an diese Relikte staatlicher Strafallmacht, und sie geraten auch mit Art. 1 StGB (Legalitätsprinzip) in Konflikt. Im Bereich der Gefährungsdelikte führen sie zu «sehr abstrakten» Gefährungstatbeständen bzw. «nahezu uferloser» Kriminalisierung wie bei Art. 275<sup>ter</sup> StGB (TRECHSEL [Fn. 81], Art. 275<sup>ter</sup> N. 1); s. auch GÜNTHER JAKOBS, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97 (1985) 751 ff.

<sup>205</sup> S. dazu FORSTER (Fn. 33), 273 ff., 277.

<sup>206</sup> Vgl. HASSEMER (Fn. 186), 221 f.; PETER NOLL, Gesetzgebungslehre, Reinbek 1973, 207 f.

<sup>207</sup> S. als Beispiel für eine unzureichende und fragwürdige Umgrenzung des geschützten Rechtsgutes (bei den Geldwäschereistrafnormen) dagegen unten, § 4 III. A 2.

<sup>208</sup> Eine kriminalpolitische Legitimation der Strafnorm war vor der Streichung mit Recht bestritten worden (s. TRECHSEL [Fn. 81], Art. 214 N. 1).

<sup>209</sup> Art. 194 aStGB hatte unter dem Titel «widernatürliche Unzucht» noch ein faktisches erhöhtes «Schutzalter» für noch nicht zwanzigjährige Geschlechtspartner von Homosexuellen statuiert und homosexuelle Prostitution kriminalisiert. Diese strafrechtliche Diskriminierung der Homosexualität gegenüber der Heterosexualität liess sich (jedenfalls mit wissenschaftlich-rationalen Argumenten) nicht länger begründen (s. dazu auch HANNES SCHÜTZ, Homosexualität im Schweizer Strafrecht von 1942, die Entstehung des Homosexualitäts-Artikels im Schweizer Strafrecht 1894-1942 im zeitgenössischen Umfeld von Sitte, Moral und Gesellschaft, 2. Aufl., Bern 1984).

<sup>210</sup> S. z.B. TRECHSEL (Fn. 81), Art. 201 N. 1.

<sup>211</sup> Der revidierte Art. 201 StGB nannte Tatbestandselemente wie «Ausbeutung eines unsittlichen Erwerbes» (Abs. 1) oder «Eigennutz» (Abs. 2).

<sup>212</sup> Auf den ersten Blick ist es allerdings bei der Strafdrohung für «klassische» ausbeuterische oder kupplerische Zuhälterei geblieben, indem die Zuführung zur Prostitution «eines Vermögensvorteils wegen» mit Strafe bedroht ist (Abs. 2). Nur durch *enge*



### III. Die «Beweislast» für die Sozialschädlichkeit eines Verhaltens

Im Vorfeld der Revision des Sexualstrafrechts ist eine (teilweise hitzige) Diskussion darüber geführt worden, ob der Staat einen wissenschaftlichen *Nachweis der Sozialschädlichkeit* des inkriminierten Verhaltens erbringen muss, bevor er einen Straftatbestand schafft bzw. beibehält. Es stellt sich anders formuliert die Frage, ob der Gesetzgeber (auch) nur *vielleicht* schädliches Verhalten unter Strafe stellen darf oder ob diesbezüglich vielmehr der Grundsatz «in dubio pro libertate» gilt.<sup>213</sup>

Diesem Grundsatz ist entgegengehalten worden, dass es letztthin schwierig bis unmöglich sei, die Schädlichkeit eines Verhaltens wissenschaftlich-empirisch nachzuweisen, und dass es als anerkannt gelte, dass auch gewisse Gefährdungen von Rechtsgütern unter Strafe gestellt werden müssen und dürfen. Richtig scheint mir der Hinweis darauf, dass jede gesetzgeberische oder richterliche Entscheidungstätigkeit auf unausweichlichen Wertentscheidungen aufbaut. Dies darf jedoch nicht dazu führen, dass die Kriminalpolitik auf eine «übrationalale» Wertesphäre transzendiert wird, in der gesellschaftliche und naturwissenschaftliche Realitäten keine Rolle mehr spielen.<sup>214</sup> Die Expertenkommission zur Revision des Sexualstrafrechts hat beispielsweise zur Begründung eines Verbots, Personen unter 18 Jahren Pornographie zugänglich zu machen, folgendes ausgeführt: «Ein solches Verbot erschien angezeigt, weil die Möglichkeit nicht auszuschliessen ist, dass solche Darstellungen das sexuelle Verhalten jüngerer Menschen ungünstig beeinflussen könnten».<sup>215</sup> Im Sinne der «in dubio pro libertate»-Konzeption wäre hier zu ergänzen, dass der Gesetzgeber jedenfalls *rationale Gründe* ins Feld

---

Auslegung des Begriffes des «Zuführens» kann hier dem angestrebten Rechtsgüterschutz, nämlich dem Schutz der *sexuellen Selbstbestimmung* (BB1 1985 II 1082 ff.) Rechnung getragen werden (vgl. REHBERG [Fn. 195], 26 f.; STRATENWERTH [Fn. 48], § 9 N. 7, 11 f.; TRECHSEL [Fn. 4], 598 f.). Im übrigen verlangt Art. 195 StGB die Unmündigkeit oder «Abhängigkeit» der sich prostituierenden Person oder besondere Beeinträchtigungen ihrer Handlungsfreiheit durch den Zuhälter. Auf das geschützte Rechtsgut des neuen *Pornographieartikels* (Art. 197 StGB) wird im nachfolgenden Abschnitt eingegangen.

<sup>213</sup> Für «in dubio pro libertate»: KILLIAS/REHBINDER (Fn. 5), 291 ff. *dagegen*: ARZT (Fn. 203), 1 ff./514 ff.; für einen «Begründungszwang» auch STRATENWERTH (Fn. 108), 60 f.

<sup>214</sup> Zu weit gehen mir hier die Beispiele von ARZT (Fn. 203), 10: «Ob man mit strafrechtlichen Mitteln Hühnern ein Minimum an Raum garantieren soll, ist eine Wertentscheidung unserer Gesellschaft. (...) Wollten wir eine wissenschaftliche Begründung für Art. 27 Ziff. I d TierschutzG, der Stierkämpfe in der Schweiz verbietet, gerieten wir in Verlegenheit». – *Wenn* Verhaltensforschung und Tiermedizin rationale Nachweise dafür vorlegen, dass Tiere in beengten Verhältnissen leiden, dann ist der Gesetzgeber meines Erachtens zum Handeln aufgerufen. Dass Stierkampf zweifelsohne eine zeremonialisierte Form der Tierquälerei ist, kann jeder selber (über die sozialwissenschaftliche Methode der «teilnehmenden Beobachtung») verifizieren.

<sup>215</sup> Begründung zu einem Art. 204 Ziff. 4 Abs. 1 des Vorentwurfes von 1976, 55.

führen müsste, die für eine solche Annahme sprechen.<sup>216</sup> Mit den Gegnern dieser Konzeption ist daran zu erinnern, dass die Frage, ob solche Gründe gegeben bzw. ausreichend seien, wiederum von *Werturteilen* abhängt.<sup>217</sup>

Nicht ganz stimmig scheint mir für die Ablehnung des Grundsatzes «in dubio pro libertate» die Analogie mit den Gefährdungstatbeständen. Eine strafrechtlich relevante Gefährdung kann nicht bereits darin gesehen werden, dass man «nicht weiss», ob eine Schädigung eintreten könnte. Bloss virtuell schädlich ist praktisch alles. Giftmord ist letztlich eine Frage der Dosierung. Jede Kriminalisierung setzt mit anderen Worten immer ausreichend plausible *rationale Anhaltspunkte* für die tatsächliche Gefährdung eines Rechtsgutes voraus.<sup>218</sup> Der Gesetzgeber trägt die «Beweislast» dafür, gerade *weil* eine wertende «politische» Komponente unvermeidbar mit der Definition von Rechtsgütern und sozialschädlichem Verhalten verknüpft ist. Bei der Wertentscheidung für oder wider eine Kriminalisierung wird der Gesetzgeber die Schutzwürdigkeit des betroffenen Rechtsgutes, die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts und die sozialen Folgen einer (Nicht-)Kriminalisierung gegeneinander abzuwägen haben.<sup>219</sup> Die empirischen Seinswissenschaften können und sollen ihm dabei wertvolle Entscheidungshilfen beisteuern.<sup>220</sup>

<sup>216</sup> Für «weiche» (einfache) Pornographie, hat die Revision das «Schutzalter» schliesslich auf 16 Jahre angesetzt (Art. 197 Ziff. 1 StGB, s. demgegenüber Ziff. 3: Totalverbot für «harte» [qualifizierte] Pornographie). Der Gesetzgeber sah offenbar keine überzeugenden rationalen Nachweise für eine strafrechtlich relevante «Gefährdung» bei jungen Erwachsenen, die mit «weicher» Pornographie konfrontiert werden. Die Unterscheidung zwischen «weicher» und «harder» Pornographie entspricht der Diktion des Bundesgerichtes (BGE 117 IV 280 ff.). Sie erscheint mir insofern nicht ganz glücklich, als unter «hartem Porno» bzw. «hardcore» auch explizite Darstellungen von Geschlechtsverkehr und Geschlechtsteilen verstanden werden können und unter weicher Pornographie oder «Softporno» nichtexplizite Darstellungen von sexuellen Handlungen. Vorzuziehen gewesen wäre m.E. die Unterscheidung zwischen *einfacher* Pornographie (i.S.v. Art. 197 Ziff. 1-2) und *qualifizierter* Pornographie (i.S.v. Art. 197 Ziff. 3 StGB; ARZT [Fn. 48], 347, spricht hier von «ganz» harter Pornographie).

<sup>217</sup> Nicht zu vergessen ist jedoch, dass auch Werturteile in einem gewissen Umfang der rationalen Durchleuchtung zugänglich sind, vgl. zum Begriff der «Werterhellung» der auf die Wissenschaftstheorie WALTER ADOLF JÖHRS zurückgeht, FORSTER (Fn. 33), 273 ff., 288 ff.; ALOIS RIKLIN, Unvermeidbare und vermeidbare Werturteile, in: Beiträge zur Methode des Rechts, St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981, Bern 1981, 37 ff., 57.

<sup>218</sup> Der Gesetzgeber hat die Wahrscheinlichkeit von Rechtsgutsgefährdungen nach Massgabe der verfügbaren empirischen Erkenntnisse zu begründen, dabei ist *mehr als eine bloss abstrakte Möglichkeit* zu verlangen (vgl. betreffend Präventionstauglichkeit und -erforderlichkeit von Sanktionen KARL-LUDWIG KUNZ, Leitlinien der Strafrechtsreform im Sanktionenbereich, recht 1988, 61 ff., 63).

<sup>219</sup> Vgl. HASSEMER (Fn. 186), 216 f.

<sup>220</sup> Das Rechtsgut als «blaue Blume» ist ein organisch gewachsenes Natur- und kein strafrechtsdogmatisches Kunstprodukt.

### § 3 Die kriminalpolitische Entwicklung des Sanktionensystems

Es stellt sich dem Reformator nicht nur die Frage nach der Sozialschädlichkeit und Strafwürdigkeit eines Verhaltens. Gesetzgeber und Richter müssen sich auch die Frage stellen, welches (*de lege ferenda et lata*) die angemessene *Sanktion* dafür darstellt. Die kriminalrechtliche Sanktionenlehre bildet hier die dogmatische Basis für kriminalpolitischen Wandel. Diese Perspektive führt uns etwas weg von der Opfersphäre (geschütztes Rechtsgut) näher hin zur Tätersphäre (Sanktion).<sup>221</sup> Zumindest dem Verurteilten dürfte die Frage, welche Sanktion er zu gewärtigen hat, regelmässig um einiges bedeutsamer erscheinen als die Frage, unter welchen Tatbestand sein Verhalten subsumiert wird.<sup>222</sup> Auch hier wollen wir die Frage im Auge behalten, wie sich der historische Wandel der gesellschaftlichen Wertvorstellungen auf die Konzeption des Sanktionenrechts ausgewirkt hat.<sup>223</sup> Anschliessend sollen die jüngsten kriminalpolitischen Entwicklungen in diesem Bereich skizziert werden, mit besonderem Augenmerk auf die Sanktionierung der «Alltagskriminalität».<sup>224</sup>

#### I. Sinn und Zweck strafrechtlicher Sanktionen

Der Frage nach der Legitimität des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes schliesst sich die Frage nach dem Sinn und Zweck strafrechtlicher Sanktionen an. Kriminalpolitiker und Kriminalrechtspraktiker müssen sich im klaren darüber sein, weshalb gestraft wird und was mit den strafrechtlichen Sanktionen erreicht werden soll.

#### A) Klassische Straftheorien und moderne Strafrechtskritik

##### 1. Strafe als Ausgleich von Unrecht

IMMANUEL KANT (1724-1804) vertrat die Ansicht, der menschlichen Gesellschaft sei es als kategorischer Imperativ sittlich geboten, das Verbrechen zu bestrafen. Als Leitbild der *Vergeltungstheorie* gilt das von ihm angeführte «Inselbeispiel»: «Selbst wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder auflösete (z.B. das eine Insel bewohnende Volk beschlösse auseinander zu gehen und sich in alle Welt zu zerstreuen), müsste der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet

<sup>221</sup> Wie noch zu zeigen sein wird, hat freilich auch im modernen Sanktionenrecht die «Opferperspektive» zunehmend an Bedeutung gewonnen.

<sup>222</sup> Dennoch wurde das Sanktionenrecht (im Vergleich zur Strafrechtsdogmatik und zu den Fragen des «Besonderen Teils» des StGB) von der Doktrin bisher eher vernachlässigt (vgl. HANS SCHULTZ, Die Lehre von den kriminalrechtlichen Sanktionen der Schweiz, ZStrR 108 [1991] 92 ff., 102).

<sup>223</sup> Nachfolgend Abschnitt I.

<sup>224</sup> Nachfolgend Abschnitt II.

werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind, und die Blutschuld nicht auf dem Volke hafte, das auf diese Bestrafung nicht gedrungen hat: weil es als Teilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet werden kann».<sup>225</sup> Auch GEORG W. F. HEGEL (1770-1831) leitet die Begründung der Strafe dialektisch aus einer zweckgelösten Dimension ab. Er befürchtet, ein zweckorientiertes Strafrecht behandle den Menschen «nicht nach Ehre und Freiheit», sondern wie einen Hund, gegen den man den Stock hebt.<sup>226</sup> Durch das Übel der Strafe werde das Verbrechen negiert und durch diese doppelte Negation die Rechtsordnung wiederhergestellt. Die sogenannten «absoluten» Straftheorien suchen die Rechtfertigung der Strafe auf einer metaphysischen, zweckgelösten Ebene: «punitur quia peccatum est». Die Strafe dient dem gerechten Ausgleich der Übeltat.<sup>227</sup> Das *Sühnemotiv*, welches christlichem Denken entspringt, will dem Täter Gelegenheit geben, sein Unrecht zu tilgen. Indem er die Strafe auf sich nimmt, soll es ihm ermöglicht werden, die Versöhnung mit Opfer und Gemeinschaft herbeizuführen.<sup>228</sup>

Die absoluten Theorien werden in der «klassischen» Ausprägung wegen ihres metaphysisch-esoterischen Fundaments und ihres moralisierenden und idealisierenden Anspruches (mit Recht) kritisiert. Dennoch haben die absoluten Theorien in jüngerer Zeit eine kleine «Renaissance» erlebt, da sie einen wahren und immer noch aktuellen Kern einschliessen. Anders

<sup>225</sup> IMMANUEL KANT, *Metaphysik der Sitten*, Berlin 1916, 141. Die Vergeltungstheorie KANTS ist in ihrem *geschichtlichen Kontext* zu würdigen. Das Zitat darf nicht dazu verleiten, die KANTSCHE Theorie als überkommenen «Blutschuld-Mystizismus» misszuverstehen. Spätaufklärungsphilosophen wie KANT und HEGEL waren von den negativen Eindrücken des Absolutismus geprägt, in dessen extremster Ausgestaltung das Individuum als Manipulationsobjekt für alle erdenklichen «irdischen Zwecke» missbraucht worden war. Die Hinwendung zu transzendenter, idealisierter Weltanschauung (unter Wahrung der Autonomie und Würde des Menschen) ist unter diesem Gesichtspunkt zu beurteilen. Das Bundesgericht lehnt eine Vergeltungs- bzw. Gerechtigkeitstheorie insofern ab, als es darin, dass einige Straftäter bestraft werden, andere dagegen (aus Nachlässigkeit der Behörden) nicht, keine Rechtsungleichheit gegenüber den Bestraften sieht (BGE 98 Ia 20).

<sup>226</sup> GEORG W. F. HEGEL, *Rechtsphilosophie*, Berlin 1821, § 99.

<sup>227</sup> Ansätze zu einer «Vergeltungstheorie» waren auch in der frühen christlichen Moraltheorie zu finden (etwa bei THOMAS VON AQUIN). Das Strafrecht wurde als Nachahmung der göttlichen Gerechtigkeit auf Erden aufgefasst; noch Papst Pius XII. (1939-1958) erklärte die schuldhaft Tat als «anmassendes Beiseiteschieben der Autorität» und damit eine «Front-Stellung gegen Gott» (s. NORBERT HORSTER, *Recht und Moral, Texte zur Rechtsphilosophie*, München 1977, 186).

<sup>228</sup> So verstanden wäre im Vorgang der Sühne ein realer, diesseitiger, sozialer «Versöhnungs-Zweck» erkennbar. Der klassischen Sühnetheorie lag indessen weniger die Vorstellung der Versöhnung mit Opfer und Gesellschaft zugrunde, es ging vielmehr um die «Versöhnung mit der Götterwelt, die durch das Sühneopfer besänftigt werden sollte» (EDUARD NAEGELI, *Das Böse und das Strafrecht*, München [ohne Jg.], 36). Die klassische Sühnetheorie orientierte sich primär an einem *metaphysischen* Prozess, nämlich der Wiederherstellung einer gerechten Weltordnung oder der Reinigung von einem inneren «sittlichen Makel».

als etwa dem religiösen Dogma muss dem modernen Rechtsstaat die Berufung auf «Transzendenz» als Legitimation verwehrt sein.<sup>229</sup> Sühne und Vergeltung dürfen in diesem Sinne nicht kriminalpolitischer *Zweck* der Strafe sein.<sup>230</sup> Solange jedoch dem Irrationalen in der Kulturgeschichte der Menschheit eine soziale Bedeutung zukommt, erfüllt Strafe als Sühne oder Vergeltung eine *reale Funktion*.<sup>231</sup> Dass gesellschaftliche Irrationalität noch heute eine reale Grösse darstellt, die nicht geleugnet werden kann, verdeutlicht etwa die Racheersatztheorie.<sup>232</sup> Eine Neubelebung erfährt der «diesseitig» interpretierte Sühnegeraden auch im Rahmen der gesetzlichen Bemühungen um eine Wiedergutmachung am Opfer als kriminalrechtliche Sanktion.<sup>233</sup>

## 2. Kriminalrechtliche Sanktion statt Rache

STEFAN TRECHSEL hat geschrieben, es sei «unverantwortlich irrational, zu meinen, das Irrationale lasse sich schon dadurch bewältigen, dass man es als irrational entlarvt».<sup>234</sup> Die sogenannte *Racheersatztheorie* geht davon aus, dass gewichtige Rechtsgutsverletzungen beim Opfer (eventuell auch bei seinen Angehörigen und in der allgemeinen Öffentlichkeit) Rache- und Vergeltungsbedürfnisse auslösen. In einem primitiven Stadium der Sozialisation würden Fehde und Blutrache noch akzeptiert, mit zunehmender gesellschaftlicher Organisation erscheine unkontrollierte Selbsthilfe je-

<sup>229</sup> Vgl. dazu CLAUS ROXIN, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, in: Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin 1973, 1 ff., 5. Dies hat im übrigen auch KANT als einer der Vertreter der Vergeltungstheorie erkannt: «Strafen sind in einer Welt, nach moralischen Prinzipien regiert (von Gott), kategorisch notwendig. Sofern sie aber von Menschen regiert wird, ist die Notwendigkeit derselben nur hypothetisch und (...) dient dann den Regenten *nur zur Rechtfertigung, nicht zur Vorschrift in ihren Verfügungen* (Brief an J.B.E. ERHARD vom 21.12.1792, zit. nach HANS WELZEL, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin 1969, 240 [Hervorhebung im Text von mir]).

<sup>230</sup> S. dazu FORSTER (Fn. 96), 244 ff. Die Strafzumessungsregel von Art. 63 StGB geht immerhin von der *Tatschuld als Kriterium ausgleichender Sanktionierung* aus; vgl. HANS SCHULTZ, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, Bd. 2, 4. Aufl., Bern 1982, 76 (mit Kritik an BGE 107 IV 63, wo neben dem Verschulden generalpräventive Gründe bei der Strafzumessung berücksichtigt wurden).

<sup>231</sup> «Wenn das Strafrecht die Bevölkerung, für die es gilt, nicht mehr erreicht, wenn es – auch irrationale – Beweggründe der Betroffenen übergeht und einen Stand der Aufklärung realisieren will, den die Gesellschaft (noch) nicht erreicht hat, so verfehlt es sein Ziel und stiftet Unordnung statt Rechtsfrieden» (GÜNTER ELLScheid/WINFRIED HASSEMER, Strafe ohne Vorwurf, Bemerkungen zum Grund strafrechtlicher Haftung, in: LÜDERSSSEN/SACK [Hrsg.], Seminar: Abweichendes Verhalten II, Frankfurt/M. 1975, 266 ff., 286 f.).

<sup>232</sup> S. nachfolgend Ziff. 2.

<sup>233</sup> S. dazu unten, II. B 2. Sühne ist im übrigen ein *innerer* Vorgang, der sich weder auf Seiten des Täters, noch auf Seiten des Opfers staatlich verordnen lässt (vgl. dazu PETER NOLL, Die ethische Begründung der Strafe, Tübingen 1962, 8; SCHULTZ [Fn. 107], 45).

<sup>234</sup> STEFAN TRECHSEL, Das unbewusste Motiv im Strafrecht, Bemerkungen zur tiefenpsychologischen Strafrechtskritik, ZStW 93 (1981) 397 ff., 420.



doch immer unerträglicher.<sup>235</sup> Das Strafrecht als rechtsstaatlich formalisierte Sozialkontrolle müsse daher immer dann (dürfe aber auch nur dann) eingreifen, wenn dies notwendig sei, um unerwünschte Selbsthilfereaktionen abzuwenden.<sup>236</sup> Hier ist allerdings einzuschränken, dass nicht jeglichen irgendwie gearteten «Rachebedürfnissen» der Gesellschaft strafrechtlich Folge geleistet werden darf.<sup>237</sup> Auch halte ich es kriminalpolitisch für zweifelhaft, ob wirklich nur jene Verhaltensweisen bestraft werden sollten, die eigentliche Rachereaktionen nach sich ziehen oder gleichsam die «Volkswut zum Überkochen» bringen.<sup>238</sup> Die Racheersatzfunktion des Strafrechts gleicht einer heiklen Gratwanderung. Einerseits darf sich das Strafrecht nicht «naserümpfend» von den gesellschaftlichen Realitäten abwenden, die es regeln soll. Andererseits darf es nicht zum blossen «Vehikel» des Volkszorns und kollektiver Irrationalität verkommen. Das kriminalrechtliche System muss gegebenenfalls auch in der Lage sein, inhumane und unberechtigte Rachereaktionen als solche zu deklarieren und aufklärend gegen sie anzukämpfen.<sup>239</sup> «Auge um Auge führt nur dazu, dass die ganze Welt erblindet».<sup>240</sup>

<sup>235</sup> Vgl. TRECHSEL (Fn. 114), 271 ff. (mit Hinweisen auf VON LISZT, JESCHECK und ROXIN); s. ferner auch HANS SCHULTZ, Abschied vom Strafrecht?, ZStW 92 (1980) 611 ff., 629; SCHWANDER (Fn. 197), 19; STRATENWERTH (Fn. 108), 34, 40; zur sozialpsychologischen Funktion der Strafe s. auch MARTIN KILLIAS, Muss Strafe sein? Überlegungen zur Funktion von Sanktionen aus sozialpsychologischer Sicht, ZStrR 97 (1980) 31 ff.

<sup>236</sup> TRECHSEL (Fn. 114), 283: «Die und nur die Verhaltensweisen, welche friedensgefährdende Reaktionen der informalen sozialen Kontrolle provozieren können, müssen und dürfen mit Strafe belegt werden». – Die «Racheersatztheorie» ist meines Erachtens primär als Straftheorie zu interpretieren, welche das Kriminalrecht durch dessen faktische *Funktion* rechtfertigt. Es wird erklärt, welche für das soziale Zusammenleben existenznotwendige Aufgabe die strafrechtliche Sozialkontrolle erfüllt. Wenn das Strafrecht als faktische Notwendigkeit erklärt wird, bedeutet dies aber noch nicht, dass dieses «notwendige Übel» *Selbstzweck* sein soll. Ein sozialpsychologisch als notwendig anerkanntes Strafrecht kann und muss darüber hinaus *rationalen kriminalpolitischen Zwecken* unterstellt werden (vgl. FORSTER [Fn. 96], 253 f.).

<sup>237</sup> Vgl. FORSTER (Fn. 96), 253 f. Die Racheersatztheorie will dazu auch nicht beitragen. Die Berücksichtigung der Racheersatzfunktion des Strafrechts «bedeutet keineswegs, dass dem Strafrecht zugestanden wird, diese Rachsucht restlos zu befriedigen» (TRECHSEL [Fn. 114], 284). Noch ungelöst erscheinen mir allerdings die *faktischen und methodischen Probleme*, welche eine schwergewichtige Ausrichtung des Strafrechts auf die Racheersatzkonzeption mit sich bringen würde; s. dazu FORSTER (Fn. 96), 254 f.

<sup>238</sup> Das «Volksempfinden» für oder gegen Sanktionierung hat sich – leider – nicht immer als besonders «gesund» erwiesen. Die Naziverbrechen (insbesondere gegenüber Juden, Nichtsesshaften, Homosexuellen, Psychiatriepatienten) zum Beispiel haben jedenfalls während des «Dritten Reiches» wenig offizielle Empörung ausgelöst.

<sup>239</sup> Vgl. FORSTER (Fn. 96), 248 f., 253 f.

<sup>240</sup> MAHATMA GANDHI.



### 3. Strafrechtliche Verantwortlichkeit als «fairer Preis» für Sicherheit und Freiheit

Das geltende Kriminalrecht baut auf der grundsätzlichen Einsichts-, Willens- und Wahlfreiheit des Straftäters sowie auf dem Schuldprinzip auf.<sup>241</sup> Dieses Fundament ist nicht unangefochten geblieben. SIGMUND FREUD (1856-1939) hat nicht nur die freie Willens- und Verantwortungsfähigkeit des Menschen verneint.<sup>242</sup> Er deutet Strafrecht gar als gesellschaftliches Ventil des Triebverzichts: «Wenn einer es zustande gebracht hat, das verdrängte Begehren zu befriedigen, so muss sich in allen Gesellschafts-genossen das gleiche Begehren regen».<sup>243</sup> Der Gefahr einer unliebsamen Nachahmung begegne die Gesellschaft dadurch, dass sie dem Abweichenden Übel zufügt und damit die eigenen Bedürfnisse verdrängt.<sup>244</sup> Neben dem freudschen tiefenpsychologisch orientierten Determinismus und seinen theistisch-fatalistischen Varianten (wonach dem Menschen «ohnehin alles vorbestimmt» sei) wird die These von der Willensunfreiheit des Menschen auch durch kriminalätiologische Positionen genährt, welche Kriminalität hauptsächlich als Produkt externer kriminogener Faktoren zu erklären versuchen.<sup>245</sup> Willensfreiheit ist empirisch unbeweisbar.<sup>246</sup> Verliert damit die Strafe ihre Legitimation? Sie tut es nicht. Freiheit und Verantwortung sind in einem rechtsstaatlich organisierten Gemeinwesen unauflösbar miteinander verknüpft. Wer die Freiheiten in Anspruch nehmen will, die ihm der Rechtsstaat garantiert, muss im Gegenzug bereit sein, Verantwortung für sein Tun und Lassen zu übernehmen. Falls der Einzelne das nicht will oder nicht kann und sich kriminell verhält, muss der Staat zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer eingreifen.<sup>247</sup> Das

<sup>241</sup> Art. 10 ff., Art. 63 StGB; zum «dualistisch-vikariierenden» Sanktionensystem s. unten, II. A, C.

<sup>242</sup> Vgl. TRECHSEL (Fn. 234), 397 ff.

<sup>243</sup> SIGMUND FREUD, Gesammelte Werke, Bd. 9, London 1947, 89.

<sup>244</sup> Vgl. BERNHARD HAFFKE, Tiefenpsychologie und Generalprävention, Aarau 1976, 163 ff.

<sup>245</sup> So wurde die These vertreten, dass sich das kriminologische Wissen um die Genese von Kriminalität «mit einem indeterministischen Schuldstrafrecht nicht vereinbaren» lasse (GÜNTER BIERBRAUER/BERNHARD HAFFKE, Schuld und Schuldunfähigkeit, in: HASSEMER/LÜDERSSEN [Hrsg.], Sozialwissenschaften, München 1978, 120 ff., 176).

<sup>246</sup> S. ROXIN (Fn. 229), 4.

<sup>247</sup> Wer sich auf ein vollständig «deterministisches» Weltbild berufen und jede individuelle strafrechtliche Verantwortung ablehnen wollte, müsste konsequenterweise bereit sein, sich der Selbstbestimmung ganz zu entäussern. Da niemand dazu bereit ist, stellt sich das Determinismusproblem nur in der Theorie. Solange der Mensch die Freiheit in Anspruch nehmen will, zwischen Verbotenem und Erlaubtem wählen zu können, kann von völliger «Willensunfreiheit» nicht die Rede sein. Der grössere Teil der Lehre anerkennt denn auch die Existenz externer, «deterministischer» Kausalfaktoren der Kriminalität, verneint damit aber die Willensfreiheit nicht völlig (vgl. ARTHUR KAUFMANN, Schuldprinzip und Verhältnismässigkeitsgrundsatz, in: Festschrift Lange, Berlin 1976, 29; ROXIN [Fn. 229], 20 f.; TRECHSEL [Fn. 234], 422). Beim indeterministischen Weltbild, auf dem das Kriminalrecht aufbaut, handelt es sich somit weniger um eine «Fiktion», sondern mehr um eine (konkludente) *Konvention* zwischen Bürger und Gemeinwesen: Freiheit gegen Verant-

Kriminalrecht vermag menschliche Solidarität und Verantwortung bei weitem nicht zu erzwingen oder gar zu ersetzen. Strafrechtliche Sanktionen sind aber immer Reaktionen auf mangelnde Fähigkeit oder Bereitschaft, soziale Mitverantwortung zu tragen.

#### 4. Kriminalrechtliche Sanktionen als (nur bedingt taugliche) Mittel zur Verhinderung künftiger Straftaten

Im Gegensatz zu den «absoluten» Theorien<sup>248</sup> sehen die «relativen» oder präventiven Theorien die Strafe nur dadurch als begründet an, dass mit ihnen ein bestimmter diesseitig-rationaler *sozialer Zweck* erreicht werden kann, nämlich die Verhinderung künftiger Straftaten.

Die *Spezialprävention* umfasst dabei die Bemühungen, den Straftäter von der Begehung weiterer Delikte abzuhalten. Dies kann im Bereich der Kriminalpolitik grundsätzlich über drei verschiedene Strategien angestrebt werden, nämlich durch Sicherung,<sup>249</sup> individuelle Abschreckung und durch «Resozialisierung» des Täters.<sup>250</sup> Art. 37 Ziff. 1 Abs. 1 StGB stellt für den Vollzug von Gefängnis- und Zuchthausstrafen das ambitionöse Ziel der sozialen Wiedereingliederung auf.<sup>251</sup> Kriminelles Unrecht ist aber

---

wortung als Grundlage eines für das Zusammenleben notwendigen «contrat social» (s. zum Verantwortungsprinzip und seinen Ausnahmen aus praktisch-philosophischer Sicht auch JEAN-CLAUDE WOLF, Verhütung oder Vergeltung? Einführung in ethische Straftheorien, Freiburg/Br. 1992, 90 ff.).

<sup>248</sup> S. oben, Ziff. 1.

<sup>249</sup> S. z.B. BGE 107 IV 28 E. 3.

<sup>250</sup> Diese Aufgliederung der spezialpräventiven Strafzwecke geht auf FRANZ VON LISZT (1851-1919) zurück (vgl. Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. 1 1905, 163 f.). VON LISZT war der grosse Kritiker des von den absoluten Theorien beherrschten Strafrechts des 19. Jahrhunderts. Zwar berücksichtigte er auch die Aspekte der Vergeltung und der Generalprävention (s. FORSTER [Fn. 96], 246, 262 f.), doch im Mittelpunkt seiner Konzeption standen deutlich die spezialpräventiven Überlegungen. Dabei rezipierte er rechtsphilosophische Gedanken aus der Antike. Der Sophist PROTAGORAS (5. Jh. vor Chr.) hat im Dialog mit PLATO bereits eine umfassende präventive Lehre vertreten, welche durch SENECA überliefert ist («nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur», De ira I, 19/7). Weiterentwickelt wurde die Konzeption VON LISZTS durch die von FILIPPO GRAMATICA begründete und insbesondere von MARC ANCEL erneuerte Bewegung der «Défense sociale» (FILIPPO GRAMATICA, Grundlagen der Défense sociale, Bd. 1 und 2, Hamburg 1965; MARC ANCEL, La défense sociale nouvelle, 3. Aufl., Paris 1981). Eine Betonung der Spezialprävention, besonders des Wiedereingliederungsgedankens, erfolgte in der deutschsprachigen Lehre ausserdem durch den «Alternativentwurf» (AE) zum Allgemeinen Teil eines deutschen StGB, den eine Gruppe deutscher und schweizerischer Strafrechtslehrer (mit NOLL, SCHULTZ, STRATENWERTH) im Jahre 1966 erarbeitet hat (als Alternative zum amtlichen Entwurf von 1962; JÜRGEN BAUMANN et al., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, Tübingen 1966); s. zum Begriff der «Resozialisierung» besonders FRANK STEINBEISSER, Der Resozialisierungsgedanke, Diss. ZH 1973, 40 ff.

<sup>251</sup> Zu den Bemühungen um eine «emanzipierende Sozialtherapie» als Behandlungsvollzug und zu den Vollzugszielen des Entwurfes der Expertenkommission von 1993 s. nachfolgend, B 3. Eine Operationalisierung der Sanktion auf spezialpräventive Notwendigkeiten hin ermöglichen auch der bedingte Strafvollzug (Art. 41 StGB), alle Alternativen zur Freiheitsstrafe und das Massnahmenrecht (s. dazu unten, II.).

nicht nur von demjenigen zu befürchten, der bereits delinquent hat, sondern von allen anderen grundsätzlich auch. Dies ist der Ausgangspunkt für die *generalpräventive* Lehre des ANSELM RITTER VON FEUERBACH (1775-1833). FEUERBACHS «Theorie des psychischen Zwangs» wurzelt in der Einsicht, dass man die Verbrechenverhütung nicht durch Anwendung physischen Zwangs organisieren kann. Ansonsten müsste man neben jeden Menschen einen Polizisten stellen. Die abschreckende Wirkung von Strafdrohungen soll einen potentiellen Übeltäter dadurch von der inkriminierten Handlung abhalten, dass eine Gegenmotivation ausgeübt wird, die stärker ist als der kriminelle Antrieb.<sup>252</sup>

In zunehmendem Masse werden die der Annahme präventiver Wirkungen von Strafnormen und Strafvollzug zugrunde liegenden Prämissen seitens der empirischen Wissenschaften (und gestützt darauf auch durch die Strafrechtsdoktrin) in Frage gestellt. Gegen die Theorie der Generalprävention wird etwa vorgebracht, das Bild des FEUERBACH'schen «homo oeconomicus», der die Vor- und Nachteile eines Normverstosses rational abwägt, entspreche bei weitem nicht immer der Realität. Wie und ob Abschreckung überhaupt funktioniere, sei empirisch kaum nachweisbar.<sup>253</sup> Die Strafnorm könne ohnehin nur in Verbindung mit einer erfolgreichen Vollzugskontrolle und Verbrechenaufklärung präventiv wirken.<sup>254</sup> Und zudem erscheine die Instrumentalisierung des verurteilten Täters als «Abschreckungsmittel» fragwürdig.<sup>255</sup> Aber auch VON LISZTS idealistischer Optimismus, man könne den Delinquenten durch strafrechtliche Sanktionen «bessern», ist angesichts der Strafvollzugsrealität und

<sup>252</sup> Die generalpräventive Theorie beruht auf dem rationalen Menschenbild der Aufklärung, die im Menschen ein vernünftig abwägendes Wesen sieht, einen Partner am ROUSSEAU'SCHEN «contrat social». Die Bestrafung wird dadurch gerechtfertigt, dass, wer den Sozialvertrag verletzt, in die «Vertragsstrafe» einwillige (zu den historischen Wurzeln der Lehre von der Generalprävention s. z.B. KAENEL [Fn. 118], 52 ff.; KILLIAS [Fn. 65], 433 ff.). Neben der Abschreckung wird auch die «Bewährung der Rechtsordnung» durch Stärkung des allgemeinen Vertrauens in die Unverbrüchlichkeit der Norm als generalpräventiver Zweck der Strafe gesehen (zu einer modernen Konzeption der «präventiven Normsicherung» s. nachfolgend, B 4.).

<sup>253</sup> Abgesehen davon, dass sie ihren Geltungsanspruch auf behauptete tatsächliche Wirkungen gründen, liegt die tiefere Problematik aller Präventionstheorien in ihrer *mangelnden rechtsstaatlichen Justiziabilität*: Weil die Wirkungen spezial- und generalpräventiver Kriminalpolitik grundsätzlich unklar sind, lassen sie sich nur schwer unter dem Gesichtspunkt der *Verhältnismässigkeit* prüfen.

<sup>254</sup> In Deutschland muss nur jeder dritte bis vierte wegen Vergewaltigung Verdächtige mit einer Verurteilung rechnen (vgl. MONIKA FROMMEL, Systematische Verzerrungen bei der Umsetzung gesetzlicher Strafdrohungen – dargestellt am Beispiel der bereichsspezifischen Gewaltbegriffe der Strafverfolgungsinstanzen, in: RAISER/VOIGT [Hrsg.], Durchsetzung und Wirkung von Rechtsentscheidungen, Baden-Baden 1990, 121 ff., 133).

<sup>255</sup> Vgl. z.B. TRECHSEL/NOLL (Fn. 196), 20; JÖRG REHBERG, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, Jugendstrafrecht, 6. Aufl., Zürich 1994, 14 f.; SCHULTZ (Fn. 230), 76; STRATENWERTH (Fn. 108), 42.

der Rückfallstatistiken<sup>256</sup> (besonders bei der mittleren und schweren Kriminalität) schon seit geraumer Zeit allgemeiner Ernüchterung gewichen. Die enttäuschten Hoffnungen in die «resozialisierende Kraft des Strafvollzugs» haben schon Ende der siebziger Jahre eine kriminalpolitische Krise ausgelöst.<sup>257</sup> Heute ist praktisch unbestritten, dass Freiheitsstrafen (und hier im besonderen Mass die kurzfristige Freiheitsstrafe) in der Realität eher *entsozialisierend* wirken.<sup>258</sup>

Scharfe Kritik erhebt sich somit nicht nur gegen die «absoluten» sondern auch gegen die «relativen» Straftheorien (samt ihren Kombinationen und Varianten). Damit gerät aber auch das ideologische Fundament

<sup>256</sup> «Angesichts der empirisch untersuchten Realität» nehmen sich Sozialisationserwartungen, wie sie auch Art. 37 Ziff. 1 Abs. 1 StGB zugrunde liegen, aus «wie blanker Hohn» (ANDREA HÄMMERLE, Neustart, St. Galler Schriften zur Strafreform, Aarau 1980, Bd. 9, 6; vgl. auch REGULA ENDERLIN CAVIGELLI, Schweizer Frauenstrafvollzug. Wird mit der Freiheit auch der Wille, Verantwortung zu tragen, entzogen? Eine empirische Untersuchung in der Frauenstrafanstalt Hindelbank, Bern 1992).

<sup>257</sup> Vgl. ALBIN ESER, Resozialisierung in der Krise?, in: LÜDERSEN/SACK, Seminar: Abweichendes Verhalten III/2, Frankfurt/M. 1977, 276 ff.; HANS-HEINRICH JESCHECK, Die Krise der Kriminalpolitik, ZStW 91 (1979) 1037 ff.

<sup>258</sup> Vgl. z.B. GEBHARD HÜSLER, Kurzfristige Freiheitsstrafen und Alternativen, Analyse der Sanktionspraxis und Rückfall-Vergleichsuntersuchung, Schweizerische kriminologische Untersuchungen, Bd. 3, Bern 1991; KARL-LUDWIG KUNZ, Die kurzfristige Freiheitsstrafe und die Möglichkeit ihres Ersatzes, ZStrR 103 (1986) 182 ff., 192 ff.; DERS., Die Zukunft der Freiheitsstrafe, kriminologische und rechtsvergleichende Perspektiven, Schweizerische kriminologische Untersuchungen Bd. 2, Bern 1989; PETER NOLL, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Zürich 1981, 18; FRANZ RIKLIN, Die Diskussion um die kurzen Freiheitsstrafen und die Alternativen im europäischen Ausland, Der Strafvollzug in der Schweiz 3 (1985) 122 ff.; SCHULTZ (Fn. 230), 69 f.; BRIGITTE STEMMER, La récidive après une peine ferme et une peine non ferme, in: Rückfall und Bewährung, Chur 1992, 225 ff.; STRATENWERTH (Fn. 108), 38; DERS., Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, Strafen und Massnahmen, Bern 1989, § 3 N. 19 ff.; s. auch Bericht der Expertenkommission zur Revision des Sanktionenrechts, Bern 1993, 35; THOMAS WEIGEND, Die kurze Freiheitsstrafe – eine Sanktion mit Zukunft?, JZ 41 (1986) 260 ff. Besonders in den skandinavischen Ländern und in Holland bewegt sich der kriminalpolitische Trend allerdings eher wieder hin zur kurzfristigen Freiheitsstrafe (vgl. KAISER [Fn. 62], 593 f.). – Das «Besserungsmittel» Strafvollzug ist nicht nur mit empfindlichen Eingriffen in elementare Lebensinteressen des Betroffenen verbunden (BGE 118 Ia 64, 73 E. 2d), es drohen zudem soziale Entwurzelung, Isolation, Stigmatisierung, Verbitterung sowie Mitbestrafung der Familienangehörigen. TRECHSEL konstatiert, dass «trotz allem ehrlichen und angestregten Bemühen», das auf die Vollzugsproblematik verwendet wird, nicht daran vorbeigesehen werden dürfe, «dass die Freiheitsstrafe – der kurzfristigen wie der langfristigen – nicht nur kein taugliches Mittel ist, die Betroffenen zu besseren Menschen zu erziehen, sondern vielmehr ein schweres Übel» (TRECHSEL [Fn. 114], 287 f.). Es wird aber auch schon die «Besserung» des Delinquenten als kriminalpolitisches Ziel in Frage gestellt. Mit der Überbetonung des Behandlungsgedankens sei die Gefahr eines Eingriffes in Grundwerte der menschlichen Persönlichkeit bzw. einer «instrumentellen Verfügung» über den einzelnen verbunden. Viele Straftäter seien ohnehin sozial angepasst und nicht «besserungsbedürftiger» als der Durchschnittsbürger (s. z.B. STRATENWERTH [Fn. 108], 38).

des Strafrechts und seiner Sanktionen ins Wanken.<sup>259</sup> Im folgenden möchte ich kurz meine eigene strafrechtstheoretische Position skizzieren und dabei, soweit notwendig, auf die Strafrechtskritik eingehen.

## B) Funktion, Zweck und Ausgestaltung der strafrechtlichen Sanktionen

### 1. Die fehlende Alternative trotz «konkreten Utopien»

Die Legitimität und Rationalität des Strafrechts ist oft angezweifelt worden. Schon GUSTAV RADBRUCH verlangte die Ersetzung des Strafrechts durch «etwas Besseres».<sup>260</sup> In neuerer Zeit hat sogar HANS SCHULTZ die Frage nach dem «Abschied vom Strafrecht» aufgeworfen.<sup>261</sup> Kritik und Skepsis gehen bis hin zum Ruf nach einer *Abschaffung* des Strafrechts.<sup>262</sup>

Die menschliche Reaktion auf begangenes oder drohendes Unrecht lässt sich indessen nicht «abschaffen». Mit der Abschaffung der rechtsstaatlich formalisierten strafrechtlichen Sozialkontrolle würde daher etwas noch viel Unzulänglicheres, Willkürliches und letztlich Unwünschbares an Stelle des Vakuums treten.<sup>263</sup> Häufig wollen die Radikalreformer auch gar nicht das Strafrecht schlechthin, sondern lediglich bestimmte kritisierte strafrechtliche Sanktionen und Institute «abschaffen».<sup>264</sup> Solange keine tauglichen Alternativen vorhanden sind, bleibt es somit bei der strafrechtlichen Sozialkontrolle als «notwendigem Übel».<sup>265</sup> Das entbindet die Strafrechtswissenschaft und die Kriminalpolitik jedoch keineswegs davon, die Organisation und Legitimation dieses Übels kritisch zu hinterfragen. Straftheorien sind mithin genauso(wenig) überflüssig wie das Strafrecht und seine Sanktionen.

<sup>259</sup> WINFRIED HASSEMER kommt etwa zum Schluss: «Gäbe es nur die präventive Aufgabe des Strafrechts, wäre das Strafrecht beim heutigen Stand unseres Wissens illegitim» (Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, München 1981, 300).

<sup>260</sup> GUSTAV RADBRUCH, Der Erziehungsgedanke im Strafrecht, in: Der Mensch im Recht, Göttingen 1957, 50.

<sup>261</sup> HANS SCHULTZ, Abschied vom Strafrecht?, ZStW 92 (1980) 611 ff.

<sup>262</sup> ARNO PLACK, Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts, München 1974.

<sup>263</sup> Von der «Unverzichtbarkeit» des Strafrechts «mangels akzeptabler Alternativen» geht auch der Bericht der Expertenkommission zur Revision des Sanktionenrechts aus (Bericht zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches des Strafgesetzbuches und zu einem Bundesgesetz über die Jugendstrafrechtspflege, erstellt auf der Grundlage der Schlussberichte der Expertenkommission, Hrsg. Bundesamt für Justiz, Bern 1993, 33).

<sup>264</sup> Autoren wie ARNO PLACK oder EDUARD NÄGELI (Die Gesellschaft und die Kriminellen, St. Galler Schriften für Strafrechtsreform, Bd. 1, St. Gallen 1972) plädieren, näher betrachtet, für die Ablösung der Vergeltungsstrafe durch ein reines (spezialpräventiv orientiertes) Massnahmenrecht; zur besonders heftigen Kritik an der *kurzfristigen Freiheitsstrafe* s. z.B. PETER AEBERSOLD/ANDREAS BLUM, «Der tut es immer wieder», Aarau 1975, 56 ff.; JÜRGEN KNAUS, Das Problem der kurzfristigen Freiheitsstrafe, Diss. ZH 1973 (insbes. 117 ff.); KUNZ (Fn. 258), 182 ff.; SCHULTZ (Fn. 230), 69; JÜRGEN SOLLBERGER, Vom Dilemma des Richters beim Strafen, ZBJV 116 (1980) 361 ff., 368 ff.

<sup>265</sup> PETER NOLL, Die ethische Begründung der Strafe, Tübingen 1962, 17.



## 2. Straftheorien im Knäuel von Missverständnissen

Welche Straftheorie oder welche Kombination verschiedener Theorieansätze ist nun aber die «richtige»? Die einzelnen Straftheorien (samt ihren Nuancierungen und moderneren Varianten in sogenannten «Vereinigungstheorien») werden nicht nur stark kritisiert; die in der strafrechtlichen Lehre vertretenen Positionen sind darüber hinaus sehr heterogen und weichen zum Teil prägnant voneinander ab.<sup>266</sup> Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass die vermeintliche Unversöhnlichkeit der Standpunkte grossteils auf *Missverständnissen* beruht.<sup>267</sup>

Die klassischen Straftheorien lassen sich nicht «eindimensional» gegeneinander ausspielen. Sie sind von historischer Relativität, gehen von teilweise inkompatiblen Prämissen<sup>268</sup> aus und leiten ihren Geltungsanspruch aus grundlegend verschiedenen Dimensionen des Denkens und Argumentierens her.<sup>269</sup> Stellt man etwa Vergeltung («absolute» Theorien) und Resozialisierung («relative» Theorien) als Begründung oder Zweck der Strafe undifferenziert nebeneinander, so wird die grundlegende Verschiedenheit der Argumentationsebenen absoluter und relativer Prägung verkannt. Die Frage, auf welche Weise die staatliche Institution des Strafens unter Einbezug der Ideen von Gerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit legitimiert werden könnte, lässt sich nicht mit der kriminalpolitischen Suche nach einer möglichst zweckmässigen Ausgestaltung des Strafrechts als «notwendiges Übel» gleichsetzen. Als hilfreich erweist sich eine Be-

<sup>266</sup> Während TRECHSEL die *Racheersatzfunktion* des Strafrechts in den Vordergrund stellt, stehen andere (ebenfalls sozialpsychologisch ausgerichtete) Autoren der Racheersatztheorie zumindest kritisch gegenüber (s. z.B. ELLSCHEID/HASSEMER [Fn. 231], 287). NOLL (Fn. 258) lehnt eine sozialpsychologisch begründete Erklärung des Strafrechts gar als «Umweg bzw. Rückweg zum Vergeltungsprinzip» dezidiert ab. Für ihn kann eine Sinngebung der Strafe nur anhand *kriminalpolitischer Zwecke* erfolgen. Genau dies wird wiederum von anderen Strafrechtslehrern bestritten, die eine Rechtfertigung des Strafrechts anhand präventiver Zwecküberlegungen für unzulässig halten (s. z.B. HASSEMER [Fn. 259], 300). Andere (z.B. SCHULTZ und STRATENWERTH) bekennen sich weder ausdrücklich zur reinen Zweckorientierung noch zum sozialpsychologischen Ansatz. SCHULTZ hält «Strafrechtstheorien» (nicht jedoch «*Straftheorien*») gar für «überflüssig» (vgl. dazu FORSTER [Fn. 96], 255 ff.).

<sup>267</sup> S. dazu FORSTER (Fn. 96), 261 ff.

<sup>268</sup> Etwa bezüglich der Willensfreiheitsproblematik. Die Straftheorien lassen sich auch nicht beliebig kombinieren oder «vereinigen», da verschiedene *Zielkonflikte* bestehen. Nur schon im Bereich der relativen Theorien zeigt sich die «Antinomie der Strafzwecke»: Der reine Abschreckungszweck würde z.B. grundsätzlich eine möglichst hohe Strafe verlangen (General-, Individualprävention); hingegen wird derjenige, der «zur Abschreckung» allzu drakonisch bestraft worden ist, dadurch kaum «gebessert», sondern höchstens verbittert (Resozialisierung). Neben Zielkonflikten treten aber auch Rückkopplungen und Sekundäreffekte unter den Strafzwecken auf. Beispielsweise können auch rein «spezialpräventiv» konzipierte oder deklarierte strafrechtliche Massnahmen (vom Strafregistereintrag bis zur Verwahrung) faktisch als Vergeltung empfunden werden oder generalpräventive Wirkung haben.

<sup>269</sup> «Transzendenz» und Gerechtigkeitsideal bei den absoluten Theorien, diesseitig-rationale Zweckorientierung bei den relativen Theorien.



trachtungsweise, die zumindest nach drei verschiedenen Gesichtspunkten unterscheidet:<sup>270</sup> erstens nach der faktischen *Funktion* des Strafrechts,<sup>271</sup> zweitens nach den kriminalpolitischen *Zwecken* von Kriminalisierung und Sanktionierung<sup>272</sup> sowie drittens nach der *Organisation* des Kriminalrechts (inklusive Strafvollzugs- und Bewährungsrecht), um diese Zwecke zu erreichen.<sup>273</sup>

Die Frage, welche Straftheorie das Strafrecht und seine Sanktionen zu «rechtfertigen» vermag, erweist sich somit als zu undifferenziert<sup>274</sup> und vermengt Gesichtspunkte, die nicht zusammengehören. Solange keine erträgliche und realistische Alternative zur strafrechtlichen Sozialkontrolle besteht, rechtfertigt sich das Strafrecht durch seine friedensstabilisierende Funktion. Dies ist der (leider) immer noch aktuelle wahre Kern<sup>275</sup> der «absoluten» Straftheorien. Mit der funktionalen Rechtfertigung des Strafrechts steht die Kriminalpolitik aber erst am Anfang ihres beschwerlichen Weges. – Wie soll die notwendige strafrechtliche Sozialkontrolle

<sup>270</sup> S. dazu näher FORSTER (Fn. 96), 244 ff.

<sup>271</sup> Es gibt eine *faktische Funktion* der sozialen Kontrolle, eine Funktion der Sanktionierung abweichenden Verhaltens, die *unabhängig von staatlichem Eingreifen* besteht. Im Interesse des Rechtsfriedens darf der Staat diese Funktion nicht ignorieren; er kann sie soweit notwendig kanalisieren, versachlichen und rechtsstaatlich organisieren.

<sup>272</sup> Wo der Staat die soziale Kontrolle institutionalisiert und formalisiert, kann (und soll) er versuchen, sie *kriminalpolitischen Zielvorstellungen* zu unterstellen, einen Zweck der Sanktionen zu definieren. Schon 1894 hat CARL STOOSS unterschieden zwischen dem funktionalen Aspekt der Strafe, deren «Wesen» die «Vergeltung» sei, und dem kriminalpolitischen Zweck der Strafe: «Wichtiger als die Vergeltung des begangenen Unrechts ist es für den Staat, dem Verbrechen vorzubeugen» (s. dazu FORSTER [Fn. 96], 245 f.). Eine zwangsläufige «Politisierung des Strafrechts» ergibt sich schon aus dessen kriminalpolitischen Zielsetzungen.

<sup>273</sup> Die definierten kriminalpolitischen Ziele müssen *in die Realität umgesetzt* werden. Soweit das kriminalrechtliche System (insbesondere Polizei, Strafjustiz, Strafvollzug, Bewährungshilfe) dafür zuständig ist, sind die Instrumente dafür auszugestalten und anzuwenden.

<sup>274</sup> Zu fragen wäre auch immer, *wem gegenüber* staatliches Strafen gerechtfertigt werden soll. Es macht einen wesentlichen Unterschied, ob der Staat das Strafen sich selbst, der Gesellschaft, dem Opfer oder dem Täter gegenüber legitimieren will (für eine *Differenzierung nach Subjekten* s. schon EBERHARD SCHMIDHÄUSER, Vom Sinn der Strafe, Göttingen 1971, 76 ff., 87 ff.).

<sup>275</sup> GÜNTER STRATENWERTH verknüpft die «unaufgebbare Wahrheit der absoluten Straftheorie» auch noch mit dem *Schuldgedanken*, der darauf beharre, den Betroffenen «auch im Vorgang der Bestrafung als Person zu nehmen» und der den Sanktionen rechtsstaatliche Schranken entgegenstellt (Strafrecht und Sozialtherapie, in: Festschrift Bockelmann, München 1979, 901 ff., 917). Die sozialpsychologische Funktion des Strafrechts gilt es freilich auch bei der *konkreten Ausgestaltung der Sanktionen* zu beachten. Der Vorentwurf der Expertenkommission für eine Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches sieht z.B. eine Erweiterung der *Möglichkeit des bedingten Strafvollzuges auf Freiheitsstrafen bis zu drei Jahren* vor, worunter grundsätzlich auch schwerwiegende Verbrechen wie bandenmässiger Raub oder qualifizierte Vergewaltigung fallen könnten (vgl. dazu unten, II. B 1.). Für solche Fälle würde sich fragen, ob eine bedingte Strafe die friedensstabilisierende Funktion des Strafrechts noch zu gewährleisten vermöchte.

organisiert werden? Welche vernünftigen Ziele sollen die strafrechtlichen Sanktionen anstreben, und wie sind diese Ziele zu erreichen? Darauf geben die klassischen «absoluten» Theorien freilich kaum Antworten.<sup>276</sup> Die «relativen Theorien» *suchen* wenigstens danach, wenn auch – wie gezeigt – mit beschränktem Erfolg. In den Mittelpunkt rücken dabei immer mehr die Konzeption der präventiven Normsicherung<sup>277</sup> und die «Hilfe zur Selbsthilfe» anstrebende emanzipierende Sozialtherapie.

### 3. Ein zaghafter kriminalpolitischer Schritt zur «emanzipierenden Sozialtherapie»

Aufbauend auf den desillusionierenden Erfahrungen mit dem «Resozialisierungsmodell» wurden in den siebziger Jahren Bemühungen wach, die Idee des Behandlungsvollzuges neu zu formulieren.<sup>278</sup> Im Mittelpunkt steht die Einsicht, dass eine wirksame Therapierung von kriminogenen Lebensproblemen (Suchtverhalten, Gewalt, Beziehungsprobleme, berufliche und soziale Schwierigkeiten usw.) nicht nur physische Präsenz sondern aktive Mitarbeit des Behandelten verlangt. Eine solche Mitarbeit setzt aber die Akzeptanz beim Betroffenen und somit ein gewisses Mass an Autonomie und realitätsadäquaten Freiräumen voraus, was oft im Widerspruch zur Wirklichkeit des Strafvollzuges steht. Geeignete Programme sowie geschultes Personal kosten ausserdem Geld. Die Frage, ob sozialtherapeutische Bemühungen (bei dafür geeigneten Gefangenen) erfolgreich sind, hängt somit nicht zuletzt auch von der Bereitschaft der Stimmberechtigten und der politisch Verantwortlichen ab, die finanziellen Mittel für entsprechende Einrichtungen und Fachleute bereitzustellen.<sup>279</sup> Die

<sup>276</sup> Wenn auch das Ablösen und Ausbalancieren von Vergeltungsbedürfnissen die in unserer Gesellschaft immer noch notwendige *Funktion* des Strafrechts darstellt, darf «Vergeltung» niemals der *Zweck* der strafrechtlichen Sanktionen sein.

<sup>277</sup> S. dazu anschliessend Ziff. 4.

<sup>278</sup> Das Behandlungskonzept der «therapeutischen Gemeinschaft» geht auf den englischen Psychiater MAXWELL JONES zurück. Der Rechtsbrecher wird darin als mitverantwortlicher Partner angesprochen. Er soll nicht als Mensch minderer Klasse behandelt werden, sondern als Mitglied der Gemeinschaft, dessen Lebensprobleme sich höchstens quantitativ von denen anderer Menschen unterscheiden. Der Ansatz zur Bewältigung dieser Probleme liegt in der «Hilfe zur Selbsthilfe» (vgl. dazu GÜNTER STRATENWERTH, Strafrecht und Sozialtherapie, in: Festschrift Bockelmann, München 1979, 901 ff.; s. auch WINFRIED HASSEMER, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, München 1981, 275).

<sup>279</sup> Die Erfahrungen mit dem sozialtherapeutischen Behandlungsvollzug sind durchaus ermutigend. Die Bewährungsrate (nach einer durchschnittlichen Beobachtungszeit von viereinhalb Jahren) erhöhte sich gemäss einer empirischen Untersuchung mit 1 503 Strafgefangenen in der Strafvollzugsanstalt Berlin Tegel um 22,6%. Bei den Rückfälligen führte die Sozialtherapie zu einer qualitativ und quantitativ deutlich tieferen Rückfälligkeitsrate (s. FRIEDER DÜNKEL, Legalbewährung nach sozialtherapeutischer Behandlung, Berlin 1980; s. auch SCHULTZ [Fn. 171], 799 f.). Der kriminal(finanz)politische Alltag wird demgegenüber häufig vom Motto beherrscht: «Gespart werden muss – koste es was es wolle!»...

Strafvollzugsanstalten sind für den relativen Misserfolg ihrer «Resozialisierungsbemühungen» jedenfalls nicht verantwortlich zu machen, wenn ihnen die Mittel für eine ernsthafte Sozialtherapie vorenthalten werden. Ebenso wenig ist es dem kriminalrechtlichen System anzulasten, wenn die übrigen Sozialisationsinstanzen (welche für den Erfolg oder Misserfolg sozialtherapeutischer Bemühungen entscheidend sind) es an der nötigen Solidarität und Toleranz vermissen lassen.<sup>280</sup>

Ein kriminalpolitisches Hindernis für den sozialtherapeutischen Behandlungsvollzug stellt auch die Antinomie zu «Vergeltungs»- und legitimen Sicherheitsbedürfnissen der Gesellschaft dar. Ein mehrfach rückfälliger triebgesteuerter Schwerverbrecher lässt sich kaum «sozialtherapieren». Solange er eine erhebliche Gemeingefahr darstellt, bleibt hier realistisch betrachtet wohl nur die Sicherung als vernünftiger Sanktionszweck.<sup>281</sup> Dieser Fall betrifft allerdings lediglich eine extreme Minderheit und dies im wiederum statistisch gesehen kleinen Kreis von Delinquenten, bei denen Freiheitsentzug als angemessene Sanktion überhaupt in Frage kommen kann.<sup>282</sup>

Entgegen dem Vorentwurf SCHULTZ<sup>283</sup> hat die Expertenkommission zur Revision des Allgemeinen Teils des StGB auf die Einführung der sozialtherapeutischen Anstalt *verzichtet*. Diese soll lediglich im Rahmen der Massnahmen an jungen Erwachsenen<sup>284</sup> realisiert werden, da die Sozialtherapie «zumeist nur bei jüngeren Tätern einige Erfolge» verspreche.<sup>285</sup> Zwar sei nach der Konzeption des Expertenentwurfes auch im

<sup>280</sup> «Solange wir eine Gesellschaft haben, in die ein entlassener Häftling nicht ohne Scheu und Furcht und mit offenen Karten zurückkehren kann, ohne riskieren zu müssen, erneut ausgestossen zu werden, stimmt in ihr, auch wenn sie sich noch so christlich gibt, etwas ganz wesentliches nicht» (EDUARD NÄGELI, Wie wird man rückfällig?, in: Strafe und Verbrechen, Aarau 1976, 67).

<sup>281</sup> Zur Zurückhaltung bei der strafrechtlichen Verwahrung von «Triebtätern» mahnt jedoch RUTH MURBACH, Das medizinische Modell der Delinquenz, Entwicklung und Auswirkungen am Beispiel der nordamerikanischen Sexualpsychopathengesetze, Diss. ZH 1979.

<sup>282</sup> Der Vorentwurf SCHULTZ und der Vorentwurf der Expertenkommission zur Revision des Allgemeinen Teils des StGB tragen den schädlichen, sozial destabilisierenden Wirkungen kurzfristiger Freiheitsstrafen Rechnung. Eines der Hauptanliegen der Revision ist es, Freiheitsstrafen durch sinnvollere Sanktionsalternativen zu entlasten (s. dazu unten, II. B). Für die Fälle, bei denen eine Freiheitsstrafe ausgefällt werden muss, wird im Bericht der Expertenkommission folgendes *Vollzugsziel* formuliert: «Ziel des Strafvollzugs soll es sein, die Fähigkeit des Strafgefangenen zu sozialem Verhalten im Hinblick auf ein straffreies Leben zu fördern. Zu diesem Zweck sollen die Selbstverantwortung des Eingewiesenen angesprochen und die Verhältnisse im Vollzug so weit als möglich den Gegebenheiten der Aussenwelt angepasst werden» (Bericht ExpK [Fn. 263], 11).

<sup>283</sup> Der Vorentwurf SCHULTZ sah die Sozialtherapie zur «Behandlung erheblich rückfälliger Urheber von Delikten mittlerer Schwere» vor (HANS SCHULTZ, Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches «Einführung und Anwendung des Gesetzes» des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Bern 1987, 181, 301).

<sup>284</sup> VE ExpK Art. 64 Abs. 2 Satz 2; vgl. Bericht ExpK (Fn. 263), 83 f.

<sup>285</sup> Bericht ExpK (Fn. 263), 79.

regulären Strafvollzug die «Möglichkeit sozialtherapeutischer Hilfen» sicherzustellen.<sup>286</sup> Diesbezüglich werden aber eher vage Erwartungen und Hoffnungen an die Adresse der Kantone ausgesprochen.<sup>287</sup> Die Gefahr, dass Zwangserziehung und Disziplinierung im ordentlichen Strafvollzug künftig mit dem wohlklingenden Etikett «Sozialtherapie» euphemisiert werden könnten, lässt sich nicht von der Hand weisen.<sup>288</sup>

#### 4. Die Notwendigkeit wertabwägender präventiver Normsicherung

Sozialkontrolle ist unverzichtbar. Sie sichert Verhaltenserwartungen, ohne die eine menschliche Gemeinschaft nicht funktionieren, eine Gruppe nicht existieren kann.<sup>289</sup> Dem Strafrechtssystem kommt dabei eine wichtige «Reglerfunktion» zu: Ein terrorisierendes Strafrechtssystem wird zur Brutalisierung von Sozialisationsprozessen beitragen, ein allzu permissives wird den Strafrechtsorganen (zugunsten informeller Privatjustiz) entgleiten. WINFRIED HASSEMER interpretiert die Generalprävention als Instrument eines Sozialkontrollsystems, welches *Normsicherung* zum Zweck hat. Die rechtsgutbewahrende Norm lässt sich zum Teil durch verschärfte Strafdrohung und Kriminalisierung<sup>290</sup> sichern, oft aber auch durch Entkriminalisierung. Normen werden regelmässig nicht durch Schrecken stabilisiert, sondern durch «Einsicht in die Tauglichkeit der Norm, zur Verbesserung des Lebens aller beizutragen. Diese Einsicht wird gestört durch Normen, die unverhältnismässig belasten».<sup>291</sup> Nicht nur

<sup>286</sup> Bericht ExpK (Fn. 263), 81; VE ExpK Art. 76 Abs. 3.

<sup>287</sup> «Eher ist zu erwarten, dass innerhalb der bestehenden Strafvollzugsanstalten Modellversuche einer Sozialtherapie unternommen werden, die dann prinzipiell jedem Strafgefangenen zugänglich sein sollte, der ihrer bedarf» (Bericht ExpK [Fn. 263], 79). Bei dieser «Vollzugslösung» dürften nicht zuletzt auch *finanzielle Überlegungen* mitgespielt haben. Die Expertenkommission formuliert hier mit sibyllinischer Vorsicht, es sei angesichts der kantonalen Zuständigkeit «wenig realistisch», auch für mehr als 25 Jahre alte Strafgefangene sozialtherapeutische Anstalten vorzusehen. – Wenig realistisch wären dann aber auch überspannte Hoffnungen auf Erfolge eines solchen Vollzugskonzepts.

<sup>288</sup> Die Anliegen der Verfechter des Sozialtherapiemodells würden damit ins Gegenteil verkehrt.

<sup>289</sup> Vgl. NIKLAS LUHMANN, Rechtssoziologie, Reinbek 1972, 43. Das Strafrecht ist ein hoch formalisierter *Teilbereich* der sozialen Kontrolle. Es ist aber auf andere Elemente der sozialen Kontrolle angewiesen. Es braucht insbesondere «Sozialisationsinstanzen, die entlassene Strafgefangene aufnehmen und das vollenden (oder erst schaffen), was dem Behandlungsvollzug nicht gelingt» (HASSEMER [Fn. 259], 295). Die Kriminalpolitik kann sich demnach immer nur *nach Massgabe der gesellschaftlichen Solidarität* verbessern. Versagt diese, scheitern alle Straftheorien und alle kriminalpolitischen Bemühungen.

<sup>290</sup> Zu beachten ist, dass keine auch noch so hohe Strafdrohung präventiv wirkt, wenn ihre *Durchsetzung* bzw. ihr effektiver Vollzug bei Normverstössen nicht gewährleistet ist. Der *Strafgewissheit* wird teilweise gar eine höhere dissuasive Wirkung zugeschrieben als der *Strafhöhe* (s. KILLIAS [Fn. 65], 439 [relativierend wiederum 463 f.]); zu den beschränkten Möglichkeiten der «technischen Prävention» (insbesondere im Strassenverkehr) s. ebenda, 446 ff., 465 (z.B. Plombierung von Fahrzeugen zur Vermeidung von Geschwindigkeitsüberschreitungen).

<sup>291</sup> HASSEMER (Fn. 259), 296.

Abschreckung kann in dem Sinne präventiv wirken, sondern auch Überzeugung.<sup>292</sup>

Das reale Abschreckungspotential von hohen Strafdrohungen ist umstritten und unklar.<sup>293</sup> Trotz fragwürdiger generalpräventiver Wirkung gibt es indessen Straftatbestände, bei denen das Strafrechtssystem an schweren Strafdrohungen nicht vorbeikommt. Erstens sind neben der Dissuasion als kriminalpolitischem Strafzweck wie dargelegt auch noch andere Funktionen der Strafe von Bedeutung, die für eine schwere Sanktion sprechen können.<sup>294</sup> Zweitens lässt sich bei besonders schweren Eingriffen gegen hochwertige Rechtsgüter die beschränkte Abschreckungswirkung der Sanktion nicht einfach als Argument gegen den Eingriff in die Rechtssphäre des Verurteilten «aufrechnen». Wer jemals das berufliche Unglück hatte, mit Kinderpornographie konfrontiert zu werden, läuft Gefahr, sich des Menschseins zu schämen. Im Fall «O.» sind bestialische Folterungen an zwei Mädchen (im Alter von acht Monaten und zwei Jahren) gefilmt worden, deren Abscheulichkeit jedes Vorstellungsvermögen übersteigt.<sup>295</sup> Wenn auch nur in einem einzigen Fall eine abschreckende Strafdrohung mit dazu beigetragen haben sollte, einem Kind derartige physische und seelische Martern zu ersparen, dann hat sich der Zweck der Strafdrohung nach meinem Dafürhalten erfüllt.<sup>296</sup>

<sup>292</sup> Die diesbezügliche *Überzeugungs- und Aufklärungsarbeit* hat indessen nicht das Strafrechtssystem zu leisten, sondern (erneut) die Sozial-, Kultur-, Bildungs- und allgemeine Rechtspolitik (s. auch REICHARD BLATH, Generalpräventive Wirkung des Strafrechts? Anmerkungen aus strafrechtspolitischer Sicht, in: RAISER/VOIGT [Hrsg.], Durchsetzung und Wirkung von Rechtsentscheidungen, Baden-Baden 1990, 101 ff., 115 f.).

<sup>293</sup> «Ob und wie Generalprävention eigentlich funktioniert, darüber wissen wir noch viel zu wenig» (TRECHSEL/NOLL [Fn. 196], 20). Hier muss jedenfalls nach Deliktsart und nach den konkreten Tatumständen differenziert werden. Abschreckung kann etwa bei Fahrlässigkeits- oder Affekttaten (z.B. Totschlag) nicht die gleiche Bedeutung haben wie bei kühl kalkulierten Wirtschaftsdelikten. Gemäss empirischen Untersuchungen wirken die *informellen Nebeneffekte* einer Kriminalisierung (insbesondere gesellschaftliche Reaktionen, Publizität, Leumundsverlust) oft mindestens so dissuasiv wie die formelle Strafe (s. KILLIAS [Fn. 65], 439).

<sup>294</sup> Insbesondere gerechter Schuldausgleich, Verhinderung von Selbstjustiz. Dabei ist auch an die Sicht des *Opfers* zu denken. Eine schuldangemessene Bestrafung des Täters kann den seelischen Heilungsprozess bei Gewaltopfern begünstigen. Schliesslich können auch spezialpräventive Gründe unter gewissen Umständen z.B. für langdauernde Massnahmen sprechen.

<sup>295</sup> Die Zürcher Strafjustizbehörden haben ein Strafverfahren wegen versuchten Mordes, qualifizierter sexueller Nötigung, Schändung, sexuellem Missbrauch von Kindern, Pornographie usw. eröffnet. Das Bundesgericht hatte sich bereits im Rahmen prozessualer Streitigkeiten mit dem Fall zu befassen.

<sup>296</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung müssen sich Art und Intensität der «präventiven Normsicherung» am *Wert des geschützten Rechtsgutes* orientieren. Selbst ein auf Rationalität bedachtes Strafrechtssystem muss mit gewissen empirischen Unwägbarkeiten leben können. Bei schweren Rechtsgüterverletzungen würde andernfalls der Rechtsfriede zugunsten der «Wissenschaftlichkeit» geopfert.



## II. Die Ausgestaltung des kriminalrechtlichen Sanktionensystems *de lege lata et ferenda*

Die Reform des strafrechtlichen Sanktionenkataloges muss auf dem bestehenden gewachsenen Recht und seinen Institutionen aufbauen. Es ist daher an dieser Stelle auf das System des schweizerischen Sanktionenrechtes einzugehen. Besonderes Augenmerk soll dabei auf die kriminalpolitischen Entwicklungen im Bereich der Sanktionierung der «Alltags- und Kleinkriminalität» (Busse, kurzfristige Freiheitsstrafe, Gemeinnützige Arbeit, Fahrverbot bei SVG-Delikten) gerichtet werden.

### A) Das dualistisch-vikariierende System

Die Kriminalgesetzgebung sieht als Rechtsfolge von Delikten Strafen und Massnahmen vor. Während die Strafen mit einem «sozialethischen Ün-wertsurteil» verknüpft sind, setzt die Anordnung von Massnahmen nicht notwendigerweise vorwerfbares (schuldhaftes) Verhalten voraus. Die sichernde Massnahme orientiert sich an der abnormen Konstitution eines Straffälligen, welche eine besondere Rückfallsgefahr nach sich zieht. Sie wird grundsätzlich auf unbestimmte Dauer und – im Rahmen der Verhältnismässigkeit – bis zum Wegfall ihres Grundes angeordnet.<sup>297</sup> Für das schweizerische Erwachsenenstrafrecht<sup>298</sup> gilt das sogenannte «dualistisch-vikariierende System»: Falls der Massnahmebedürftige schuldhaft delinquent hat, ordnet der Richter sowohl die entsprechende Strafe als auch die sichernde Massnahme an. Letztere kann jedoch an die Stelle der Strafe treten und wird regelmässig zuerst vollstreckt.<sup>299</sup> Der Sanktionen-katalog des Strafgesetzbuches gilt nach fast einhelliger Auffassung als *veraltet und revisionsbedürftig*. Nicht nur wird die Wirksamkeit und Sachgerechtigkeit verschiedener sanktionenrechtlicher Bestimmungen angezweifelt, beklagt wird auch ein Mangel an sanktionsrechtlichen Steuerungselementen und Alternativen: «Es gibt kaum ein vergleichbares

<sup>297</sup> Vgl. REHBERG (Fn. 255), 16 ff., 80 ff.; STRATENWERTH (Fn. 258), § 1 N. 32 ff.

<sup>298</sup> Für Massnahmen gegenüber Jugendlichen und jungen Erwachsenen gilt teilweise ein «monistisches» System mit subsidiärer Strafe (vgl. dazu unten, C 3.).

<sup>299</sup> Vgl. REHBERG (Fn. 255), 18; SCHULTZ (Fn. 230), 35 ff.; STRATENWERTH (Fn. 258), § 1 N. 69 ff. Auch der Entwurf der Expertenkommission hält grundsätzlich an diesem System fest (mit der Möglichkeit der Anrechnung eines mit der Massnahme verbundenen Freiheitsentzuges auf die Strafe, vgl. VE ExpK, Art. 66; Bericht ExpK [Fn. 263], 86). Seit dem 1. Januar 1992 kann ein zu einer Strafe verurteilter Rauschgiftsüchtiger – unter bestimmten Voraussetzungen – auch *nachträglich* noch in den Massnahmenvollzug eingewiesen werden (Art. 44 Ziff. 6 Abs. 2 StGB). Auch in Deutschland ist das dualistisch-vikariierende System modifiziert worden, um die Therapiebereitschaft – insbesondere drogensüchtiger Täter – zu fördern: Vorweggenommener Strafvollzug soll «Leidensdruck» erzeugen und dadurch die Massnahmebereitschaft erhöhen (vgl. zu § 67 Abs. 2 dStGB, *kritisch* FRANZ STRENG, Vikariierensprinzip und Leidensdruck, Überlegungen zum Verhältnis von Therapie und Strafe im Rahmen von § 67 StGB, Strafverteidiger 1987, 41 ff.).



Land, das über einen so ärmlichen Sanktionenkatalog verfügt wie die Schweiz».<sup>300</sup>

## B) Haupt- und Nebenstrafen

Zu den bisherigen Hauptstrafen des schweizerischen Erwachsenenstrafrechts gehören die Freiheitsstrafen (Art. 35 ff. StGB) und die Geldstrafe (Busse, Art. 48 ff. StGB). Die Nebenstrafen (Art. 51 ff. StGB) weisen trotz ihres punitiven Charakters<sup>301</sup> auch Züge einer präventiven Massnahme auf.<sup>302</sup> Mit Änderung des Militärstrafgesetzes vom 20. März 1992 ist in der Schweiz die Todesstrafe (wohl definitiv) abgeschafft worden.<sup>303</sup> Im Bereich der Europäischen Union existiert die Todesstrafe seit 1993 de facto nicht mehr,<sup>304</sup> nachdem sie auch aus dem NATO-Truppenstatut gestrichen worden ist.<sup>305</sup>

### 1. Freiheitsstrafen

Zu den *kurzfristigen* Freiheitsstrafen werden alle Haft-<sup>306</sup> sowie die Gefängnisstrafen bis zu drei Monaten<sup>307</sup> gezählt. Sie werden in der Regel in

<sup>300</sup> Bericht ExpK (Fn. 263), 34 f. Dabei gilt heute als wissenschaftlich gesichertes Erkenntnis, dass jedenfalls im Bereich der leichteren und mittleren Kriminalität verschiedene *Sanktionsalternativen* ohne Einfluss auf die Präventionswirkung *untereinander austauschbar* sind (vgl. KARL-LUDWIG KUNZ, Alternative Sanctions in Switzerland, a Comparative Overview, in: Rapports suisses présentés au XIVème Congrès international de droit comparé, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Bd. 24, Zürich 1994, 75 ff., 77).

<sup>301</sup> Ihre Ausfällung ist mit einer «öffentlichen Missbilligung» von schuldhaft verübtem Unrecht verbunden, sie wird regelmässig zeitlich begrenzt, und gemäss Art. 41 Ziff. 1 StGB ist der bedingte Strafvollzug möglich.

<sup>302</sup> Vgl. REHBERG (Fn. 255), 125; STRATENWERTH (Fn. 258), § 1 N. 23.

<sup>303</sup> BBl 1992 II 820 ff. (in Kraft sei 1. September 1992). Sie kann gestützt auf Notrecht auch in Kriegszeiten oder bei unmittelbarer Kriegsgefahr *nicht* wiedereingeführt werden (Art. 2 des Zusatzprotokolls Nr. 6 zur Europäischen Menschenrechtskonvention über die Abschaffung der Todesstrafe [SR 0.101.06]; VPB 1992 Nr. 64; Botschaft über den Beitritt der Schweiz zum zweiten Fakultativprotokoll zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte zur Abschaffung der Todesstrafe, BBl 1993 I 998). Im *bürgerlichen* Strafrecht wurde die Todesstrafe schon mit dem Strafgesetzbuch von 1937 abgeschafft. *Körperstrafen* waren bereits durch Art. 65 Abs. 2 BV untersagt.

<sup>304</sup> S. EuGRZ 1993, 313, 316.

<sup>305</sup> S. Informationen des (deutschen) Bundesministeriums der Justiz, 1993 Nr. 2, 25. Allerdings bestand die Todesstrafe 1993 weltweit noch in 132 von 182 Staaten (s. BBl 1993 I 1000). Als einziges Land unter den westlichen Demokratien praktizieren die USA die Todesstrafe, und zwar mit steigender Tendenz. Seit den dreissiger Jahren sind in den USA mehr als 4 000 Menschen (darunter Minderjährige) hingerichtet worden; zwischen 1976 und 1990 fanden über 130 Hinrichtungen statt, mehr als 2 300 Personen warten auf ihre Exekution. Der Iran vollstreckte allein im Jahre 1991 gegen neunhundert Todesurteile (vgl. KAISER [Fn. 62], 625; WOLF [Fn. 247], 154).

<sup>306</sup> Art. 39 StGB.

<sup>307</sup> Art. 37<sup>bis</sup> StGB.

Bezirks- oder Kantonalgefängnissen vollzogen.<sup>308</sup> Wie bereits angesprochen, werden die sozialen Wirkungen der kurzfristigen Freiheitsstrafe als besonders schädlich und stigmatisierend kritisiert.<sup>309</sup> Dennoch ist sie in der Schweiz bisher sehr häufig verhängt worden, und zwar gerade auch im Bereich der Bagatell- und Alltagskriminalität.<sup>310</sup> Schon das bisherige Recht sah in diesem Zusammenhang gewisse Erleichterungsmöglichkeiten vor. Bei Freiheitsstrafen von nicht mehr als zwei Wochen können die Kantone den *tageweisen* bzw. *Wochenendvollzug* bewilligen.<sup>311</sup> Bei allen kurzfristigen Freiheitsstrafen und Gefängnisstrafen bis zu sechs Monaten sind die Kantone sodann befugt, die *Halbgefangenschaft* einzuführen. Dabei geht der Verurteilte weiterhin seiner Arbeit oder Ausbildung ausserhalb der Anstalt nach und verbringt lediglich die Freizeit und Ruhezeit im Gefängnis.<sup>312</sup>

Sowohl der Vorentwurf SCHULTZ als auch der Bericht der Expertenkommission von 1993 fordern eine Zurückdrängung der kurzfristigen Freiheitsstrafe durch geeignetere Sanktionsformen (Probation, Geldstrafe, Gemeinnützige Arbeit, Fahrverbot bei SVG-Delikten). Das «Aussetzen des Entscheides» gemäss VE SCHULTZ erfolgt in Form eines blossen *Schuldspruches* mit Auferlegung einer Probezeit. Erst bei Nichtbewährung wird eine Strafe ausgefällt.<sup>313</sup> Die Expertenkommission schlägt demgegenüber die sogenannte Bedingte Verurteilung vor. Danach wäre

<sup>308</sup> Art. 39 Ziff. 2 StGB. Anders als bei den langfristigen Freiheitsstrafen erfolgt keine Trennung von Erstmaligen und rückfälligen Gefangenen.

<sup>309</sup> S. dazu oben, I. A 4. und die Hinweise in Fn. 258; gegen die Beseitigung der kurzfristigen Freiheitsstrafe wendet sich neuerdings MARTIN KILLIAS, Der Kreuzzug gegen kurze Freiheitsstrafen: Historische Hintergründe, neue Erwartungen – und die verdrängten Folgen, in: BAUHOFFER/BOLLE (Hrsg.), Reform der strafrechtlichen Sanktionen, Reihe Kriminologie 12, Zürich 1994, 111 ff., sowie Plädoyer 1993 Nr. 5, 15 (wo anscheinend übersehen wird, dass die Expertenkommission die kurzfristige Freiheitsstrafe ab acht Tagen [im Gegensatz zum VE SCHULTZ] subsidiär beibehalten will); eher skeptisch auch JÖRG REHBERG, Neue Wege im schweizerischen Strafvollzug, ZStW 100 (1988) 207 ff., 210 f.; zur Zurückhaltung von Strafrichtern und Staatsanwälten gegenüber der Ablösung der kurzfristigen Freiheitsstrafe s. JÜRGEN SOLLBERGER, in: K.-L. KUNZ (Hrsg.), Die Zukunft der Freiheitsstrafe, Bern 1989, 63 ff.

<sup>310</sup> 1991 fielen 92,6% aller (34 908) *bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafen* nicht länger als drei Monate aus, bei den 12 190 *unbedingten* Freiheitsstrafen lag der Anteil der kurzfristigen bei 82,3% (Quelle: Bundesamt für Statistik, Statistisches Jahrbuch der Schweiz).

<sup>311</sup> Art. 397<sup>bis</sup> Ziff. 1 lit. e i.V.m. Art. 4 Abs. 1-2 VStGB 1.

<sup>312</sup> Art. 397<sup>bis</sup> Ziff. 1 lit. f i.V.m. Art. 4 Abs. 3 VStGB 1 und Art. 1 VStGB 3; die Möglichkeit der Halbgefangenschaft sieht auch Art. 39 Ziff. 3 Abs. 2 StGB vor («wenn es die Umstände rechtfertigen»). Etwa 50% der kurzen Freiheitsstrafen werden in Halbgefangenschaft vollzogen (Quelle: Bundesamt für Statistik, Kriminalstatistik 1990 Nr. 9).

<sup>313</sup> VE SCHULTZ (Fn. 283), Art. 59; zur vorangegangenen allgemeinen Reformentwicklung im Sanktionenrecht s. HEINZ SUTTER, Die Revision des Schweizerischen Strafgesetzbuches: Ein Überblick über die Entwicklung seit 1971, in: BAUHOFFER/BOLLE (Hrsg.), Reform der strafrechtlichen Sanktionen, Reihe Kriminologie Bd. 12, Zürich 1994, 17 ff.

schon mit dem Schuldspruch über das Mass,<sup>314</sup> nicht aber über die Art der Sanktion zu befinden. Erst bei Nichtbewährung würde die Art der konkreten Bestrafung (Geldstrafe, Gemeinnützige Arbeit, Freiheitsstrafe) festgelegt.<sup>315</sup> Im Gegensatz zum VE SCHULTZ hält die Expertenkommission jedoch an der Möglichkeit der Ausfällung kurzfristiger Freiheitsstrafen (von acht Tagen bis sechs Monaten) grundsätzlich fest. Die kurzfristige Freiheitsstrafe soll allerdings nur noch *subsidiär* in Frage kommen, falls Strafbefreiung, Bedingte Verurteilung, Busse oder Gemeinnützige Arbeit nicht möglich sind.<sup>316</sup> Kriminalpolitisch stark umstritten ist die Bedingte Verurteilung. Insbesondere der Vorstand der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft (SKG) hat sich an der SKG-Jahrestagung vom 9./10. Juni 1994 in Fribourg gegen den Vorschlag der Expertenkommission ausgesprochen.<sup>317</sup>

Freiheitsstrafen bis zu sechs Monaten<sup>318</sup> sollen nach dem Vorentwurf der Expertenkommission möglichst durch das Leisten *Gemeinnütziger Arbeit* ersetzt werden. Diese ist als *Freizeitstrafe* konzipiert und bei Nichtleistung in Freiheitsstrafe (oder Busse) umwandelbar. Zwei Stunden Gemeinnützige Arbeit entsprechen nach dem VE ExpK einem Tag Frei-

<sup>314</sup> In Form von sogenannten «Strafeinheiten», welche unter den Sanktionsarten Geldstrafe, Arbeitsleistung und Freiheitsstrafe «konvertibel» sind.

<sup>315</sup> VE Art. 36-39a. Nach dem Vorschlag der Expertenkommission soll die Bedingte Verurteilung *an Stelle der kurzen bedingten Freiheitsstrafe* treten, deren *Vollzug* (bei Widerruf) unerwünscht erscheint (vgl. Bericht ExpK [Fn. 263], 50, 52). Die Meinung wäre, dass man im Falle der Nichtbewährung auf eine Sanktionsalternative (Geldstrafe, Gemeinnützige Arbeit) ausweichen könnte.

<sup>316</sup> VE ExpK Art. 41, vgl. Bericht ExpK (Fn. 263), 40, 59 f.

<sup>317</sup> So wird kritisiert, dass die Bedingte Verurteilung zu stossenden *rechtsungleichen* Konsequenzen führen könnte, wenn Bussen für leichtere Übertretungen (im Ordnungsbussen- und Strafbefehlsverfahren) *unbedingt* ausgefällt würden, während es in schwereren Fällen lediglich zu *bedingten* Strafen (insbesondere Geldbussen bis zu 180 Tagessätzen) käme. Nach dem Vorschlag der Expertenkommission soll die Bedingte Verurteilung jedoch *nicht* die unbedingten Geldbussen für SVG-Übertretungen oder Ladendiebstähle verhindern. Vielmehr soll sie ermöglichen, für die sehr hohe Zahl der *kurzfristigen Freiheitsstrafen* weiterhin eine «bedingte» Lösung bereitzustellen, die dem Richter (im Fall der Nichtbewährung) aber ermöglicht, *an Stelle des Vollzugs* der kurzfristigen Freiheitsstrafe auf *Sanktionsalternativen* zurückzugreifen (s. Bericht ExpK [Fn. 263], 50, 52). Diesbezüglich ist der Vorschlag der Expertenkommission nicht überall richtig verstanden worden (vgl. erläuternd FRANZ RIKLIN, Neue Sanktionen und ihre Stellung im Sanktionensystem, in: BAUHOFFER/BOLLE [Hrsg.], Reform der strafrechtlichen Sanktionen, Reihe Kriminologie Bd. 12, Zürich 1994, 143 ff., 150 ff.). Das *gesetzliche Kriterium*, mit dem die Expertenkommission eine Korrektur in diese Richtung bewirken will (Vollzug «nicht geboten»), ist allerdings recht *vage*. Als problematisch könnte sich auch die Regelung der (nur zwei Jahre dauernden) *Probezeit* erweisen (s. auch VE ExpK Art. 39, wonach die Bedingte Verurteilung nach Bewährung als «nicht geschehen» gelten solle; kritisch auch THOMAS MAURER, Die neuen Strafen, ZStrR 112 [1994] 388 ff., 400). Der grosse *Vorteil* des sanktionenrechtlichen Instituts der Bedingten Verurteilung wäre die Erhöhung der Flexibilität und der richterlichen Auswahlmöglichkeiten.

<sup>318</sup> Für eine Beschränkung auf Freiheitsstrafen bis zu *drei* Monaten REHBERG (Fn. 309), 216.

heitsstrafe.<sup>319</sup> Gestützt auf Art. 3a VStGB 3<sup>320</sup> ist die Gemeinnützige Arbeit als Alternative zur kurzfristigen Freiheitsstrafe bereits seit 1990 in verschiedenen Kantonen realisiert.<sup>321</sup> Das EJPD kann den Kantonen bewilligen, Freiheitsstrafen bis zu einer Dauer von 30 Tagen in Form der Gemeinnützigen Arbeit zu vollziehen. Ein Tag Freiheitsstrafe entspricht dabei acht Stunden Arbeit.<sup>322</sup> Auch das revidierte Militärstrafgesetz ermöglicht für Dienstverweigerer aus Gewissensgründen seit 1991 die Anordnung von Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse (anstatt Gefängnis).<sup>323</sup> Bei Verurteilungen wegen Dienstverweigerung wird denn auch in zunehmendem Masse der privilegierte Tatbestand angewendet.<sup>324</sup>

Unter dem Randtitel «Wiedergutmachung» sieht der Entwurf der Expertenkommission einen neuen Strafbefreiungsgrund vor.<sup>325</sup> Die Wieder-

<sup>319</sup> Der VE SCHULTZ (Art. 44) hatte noch *sechs* Stunden Arbeit als Äquivalent für einen Tag Freiheitsentzug vorgesehen. Die Mindestdauer der Gemeinnützigen Arbeit beträgt nach dem VE der Expertenkommission dreissig, die Höchstdauer 360 Stunden (gemäss VE SCHULTZ, Art. 41: zehn bzw. 240 Std.). Sie kommt auch als Alternative zu Geldstrafen (bis zu 180 Tagessätzen) in Frage (s. dazu unten, Ziff. 2); zwei Stunden Gemeinnützige Arbeit entsprechen dabei einem Tagessatz Geldstrafe (VE ExpK, Art. 35 Abs. 2; vgl. Bericht ExpK, 47, 49). Für die Gemeinnützige Arbeit als kriminalrechtliche Sanktion spricht, dass sie an die soziale Verantwortlichkeit des Täters appellieren kann und von ihm eine positive Leistung gegenüber der Gesellschaft fordert. Dies könnte die Sanktion für den Täter sinnvoller und weniger diskriminierend bzw. sozial schädlich erscheinen lassen als eine kurzfristige Freiheitsstrafe (vgl. Bericht ExpK [Fn. 263], 46; VE SCHULTZ [Fn. 283], 101 ff.). Das vorgeschlagene Äquivalent von (nur) zwei Stunden Gemeinnützige Arbeit für einen Tag Freiheitsentzug erscheint indessen eher *unausgewogen*, insbesondere im Vergleich mit Art. 3a VStGB 3 (acht Stunden); zur jüngeren Reformentwicklung in der Schweiz s. auch FRANZ RIKLIN, Gemeinnützige Arbeit statt Freiheitsstrafe?, in: Festgabe Röhli, Solothurn 1990, 511 ff. RIKLIN befürwortet das Äquivalent von zwei Stunden Arbeit pro Tag Freiheitsstrafe, da auf diese Weise die Gemeinnützige Arbeit auch längere Freiheitsstrafen (bis zu einigen Monaten) ersetzen könne; der betreffende Umwandlungsschlüssel gilt etwa auch im portugiesischen und niederländischen Recht.

<sup>320</sup> In Kraft seit 1. Mai 1990 (SR 311.03).

<sup>321</sup> Ausserdem existiert sie (was gelegentlich vergessen wird) bereits als mögliche Form der *Bussentilgung* (Art. 49 Ziff. 1 Abs. 2 StGB) sowie als Hauptstrafe im *Jugendstrafrecht* (Art. 87 Abs. 1 und Art. 95 Ziff. 1 Abs. 1 StGB).

<sup>322</sup> Bis Ende 1993 hatten neun Kantone die Gemeinnützige Arbeit gemäss Art. 3a VStGB 3 eingeführt. Im Kanton Basel-Stadt gilt die Regelung vorerst bis zum 13. Dezember 1995 (s. dazu Plädoyer 1993 Nr. 5, 4 f.; zu den Erfahrungen in den Kantonen Bern und Waadt s. die Beiträge von THOMAZINE VON WITZLEBEN und JOËLLE FIECHTER, in: BAUHOFFER/BOLLE [Hrsg.], Reform der strafrechtlichen Sanktionen, Reihe Kriminologie Bd. 12, Zürich 1994, 183 ff./199 ff.). KUNZ (Fn. 300, 79 f.) kritisiert am geltenden Recht, dass das Umrechnungsverhältnis acht Stunden Arbeit für einen Tag Freiheitsstrafe zu hoch ist und die Realisierung der Gemeinnützigen Arbeit als Freizeitstrafe behindert.

<sup>323</sup> Art. 81 Ziff. 2 MStG (SR 321.0). Zur bevorstehenden Ablösung der militärstrafrechtlichen Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse durch ein neues *Bundesgesetz über den zivilen Ersatzdienst* s. oben, § 1 I.

<sup>324</sup> 1991: 44,6% der Verurteilungen, 1992: 54,5%, 1993: 65,5% (Quelle: Oberauditorat, Infoa 94/61, S. 10).

<sup>325</sup> VE ExpK, Art. 55 f.; s. schon VE SCHULTZ, Art. 55; zu den Möglichkeiten der Wiedergutmachung und der «Opferversöhnung» s. auch ROSSELLA BRUGHELLI, Alternativen zur

gutmachung wird bei Zustimmung des Täters angeordnet, wenn eine Freiheitsstrafe von höchstens einem Jahr oder eine Geldbusse in Frage kommen. Für den Fall schuldhafter Nichterfüllung legt der Richter eine Ersatzstrafe fest. Die Wiedergutmachung soll an Stelle der Strafe treten, sofern durch Schadendeckung oder andere zumutbare Anstrengungen des Täters<sup>326</sup> das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung gering wird.<sup>327</sup> Gute Erfahrungen mit dem Wiedergutmachungskonzept bzw. dem «Aussergerichtlichen Tatausgleich» wurden seit 1988 im österreichischen Jugendstrafrecht gemacht. Diese haben ab 1992 zu Modellversuchen im Erwachsenenstrafrecht geführt.<sup>328</sup> Im Tübinger Wiedergutmachungs-Projekt mit 183 abgeschlossenen Fällen zwischen 1984 und 1989 erklärten sich über 90% der Täter und Opfer zu einem Ausgleichsversuch bereit. Ein erfolgreicher Abschluss der Wiedergutmachung erfolgte in 80% der Fälle.<sup>329</sup>

Als *langfristige* Freiheitsstrafen galten bisher die drei Monate übersteigenden Gefängnis- und alle Zuchthausstrafen.<sup>330</sup> Auch Freiheitsstrafen zwischen sechs Monaten und einem Jahr akzeptiert der VE SCHULTZ nur noch als ultima ratio, nämlich sofern sie «unbedingt erforderlich» erschei-

---

Freiheitsstrafe, Gemeinnützige Arbeit und Wiedergutmachung, in: K.-L. KUNZ, Die Zukunft der Freiheitsstrafe, Bern 1989, 1 ff.; HEIKE JUNG, Sanktionensysteme und Menschenrechte, Bern 1992, 147 ff.; KUNZ (Fn. 300), 83 ff.; FRITZ LOOS, Zur Kritik des «Alternativentwurfs Wiedergutmachung», Zeitschrift für Rechtspolitik 26 (1993) 51 ff.; ANNA KLEY-STRULLER, Wiedergutmachung im Strafrecht, Diss. BS 1992; DIETER RÖSSNER, Strafrechtsfolgen ohne Übelszufügung? Zur Reform der Sanktionen ohne Freiheitsentzug, Neue Zeitschrift für Strafrecht 12 (1992) 409 ff.; CLAUS ROXIN, Die Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionensystem, in: Festschrift für P. Lerche, München 1993, 301 ff.; DERS., Zur Wiedergutmachung als einer «dritten Spur» im Sanktionensystem, in: Festschrift für J. Baumann, Bielefeld 1992, 243 ff.; SCHULTZ (Fn. 283), 139 ff.; DERS., Wiedergutmachung im Schweizer Strafrecht, in: ESER/KAISER/MADLENER (Hrsg.), Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht, Freiburg 1990, 219 ff.

<sup>326</sup> Neben Schadenersatz kommen auch andere materielle oder immaterielle Leistungen an den Verletzten (Geschenke, Arbeit) oder an die Allgemeinheit (etwa bei fehlender Ausgleichsbereitschaft des Opfers) in Frage (vgl. Bericht ExpK [Fn. 263], 77).

<sup>327</sup> Insbesondere zur Leistung von Schadenersatz sind Reiche leichter in der Lage als weniger Begüterte. Um ungerechtfertigte Privilegierungen Reicher zu verhindern, müsste bei finanziell Schlechtgestellten auf die *Zumutbarkeit* des Schadenersatzes abgestellt werden, bei Reichen wäre an den Wegfall des *öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung* in der Regel ein *strengerer Massstab* anzulegen.

<sup>328</sup> Vgl. dazu REINHARD MOOS, «Tatausgleich» statt Strafe in Österreich, ZStrR 111 (1993) 56 ff., der von einer «epochalen Neuerung» spricht.

<sup>329</sup> Vgl. RÖSSNER (Fn. 325), 413 f. mit Hinweisen auf den «Alternativentwurf Wiedergutmachung» von 1992.

<sup>330</sup> Art. 37 i.V.m. Art. 37<sup>bis</sup> StGB. Nach den Vorentwürfen von SCHULTZ (Art. 32) und der Expertenkommission (Art. 41) wird die Unterscheidung in Zuchthaus-, Gefängnis- und Haftstrafe aufgegeben und von einer einheitlichen Freiheitsstrafe zwischen acht Tagen (Expertenkommission) bzw. sechs Monaten (SCHULTZ) und 20 Jahren ausgegangen (zur «lebenslangen» Freiheitsstrafe s. EVA PLESS-BÄCHLER, Die lebenslängliche Freiheitsstrafe in der Schweiz, Diss. BS 1993).



nen, «um den Täter von weiteren Vergehen abzuhalten».<sup>331</sup> Gemäss dem Vorentwurf der Expertenkommission soll sodann die Möglichkeit des *bedingten Strafvollzuges* ausgedehnt werden auf Freiheitsstrafen von bis zu *drei* Jahren.<sup>332</sup> Bedenklich erscheint bei diesem Vorschlag, dass auch für gewisse Schwerverbrechen (etwa qualifizierte Vergewaltigung<sup>333</sup> oder bandenmässiger Raub<sup>334</sup>) bedingter Strafvollzug grundsätzlich möglich wäre.<sup>335</sup> CVP und SPS sowie die Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft haben im Vernehmlassungsverfahren für Freiheitsstrafen von mehr als 18 Monaten die Einführung des *teilbedingten* Strafvollzuges («sursis partiel») nach französischem, belgischem und holländischem Muster vorgeschlagen. Dabei würde ein Teil der Strafe zur Bewährung ausgesetzt und der andere vollzogen.<sup>336</sup> An der *Vollzugsrealität* bei langfristigen Freiheitsstrafen dürfte sich nach Massgabe der Entwürfe kaum viel ändern.<sup>337</sup> Die Unterscheidung zwischen Strafanstalten für Erstmalige und Rückfällige<sup>338</sup> soll aufgegeben werden.<sup>339</sup> Der Schlussbericht der Exper-

<sup>331</sup> Art. 47 VE SCHULTZ; kritisch dazu REHBERG (Fn. 309), 220. Zu den Wahlmöglichkeiten des Richters gemäss dem Entwurf der Expertenkommission s. Bericht, 40.

<sup>332</sup> VE Art. 42 Abs. 1. Die bisherigen Erfahrungen mit dem bedingten Strafvollzug sind nicht schlecht. 1991 erfolgte lediglich in 11% der Fälle ein Widerruf (Quelle: Bundesamt für Statistik, Statistisches Jahrbuch der Schweiz).

<sup>333</sup> Art. 190 Abs. 3 StGB.

<sup>334</sup> Art. 139 Ziff. 2 StGB.

<sup>335</sup> Würde hier der friedenserhaltenden *sozialpsychologischen Funktion* des Strafrechts (dazu oben, I. A 2.) noch ausreichend Rechnung getragen? Mit Vorbehalten auch REHBERG (Fn. 309), 221 f.; s. demgegenüber FRANZ RIKLIN, Die Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft (SKG) und die Strafrechtsreform – Ein kritischer Kommentar, ZStrR 112 (1994) 432 ff., 448 ff.

<sup>336</sup> Mit der Beschränkung auf *längere* Freiheitsstrafen (von bis zu drei bzw. [gemäss SPS] vier Jahren) sollen dabei unübersichtliche Verhältnisse und ein übermässiges Ansteigen der Gefängnispopulation vermieden werden (vgl. auch PAUL-E. ROCHAT, Le sursis partiel, ZStrR 112 [1994] 427 ff.; JEAN-MARC SCHWENTER, Cinquante ans de sursis: et demain?, Festschrift SKG, ZStrR 110 [1992] 284 ff., 292 f.). Bedenken gegenüber dem «sursis partiel» äussert RIKLIN (Fn. 335, 436 f.), der eine starke *Zunahme kurzer unbedingter Freiheitsstrafen* befürchtet (s. auch MARK KNÜSEL, Die teilbedingte Freiheitsstrafe: Abermals eine Variante der kurzen Freiheitsstrafe?, in: K.-L. KUNZ [Hrsg.], Die Zukunft der Freiheitsstrafe, Schweizerische kriminologische Untersuchungen, Bd. 2, Bern 1989, 43 ff.).

<sup>337</sup> Auch die Vollzugsrichtlinien der Expertenkommission (VE Art. 76 ff., vgl. Bericht, 94 ff.) gehen über die Minimalgrundsätze der bisherigen Bundesgerichtspraxis nicht hinaus (vgl. BGE 118 Ia 64 ff.). Immerhin sollen Freiheitsstrafen (bei Fehlen von Flucht- oder Wiederholungsgefahr) in einer «offenen Anstalt» vollzogen werden (VE ExpK, Art. 77 Abs. 1; nach ständiger Praxis des Bundesgerichtes gilt allerdings der Vollzug einer längeren Freiheitsstrafe bereits als schwerwiegendes, wenn auch nicht hinreichendes Indiz für Fluchtgefahr, BGE 117 Ia 70 E. 4a). Freiheitsstrafen von sechs Monaten bis zu einem Jahr sollen, «wenn es sich verantworten lässt», in Halbgefangenschaft vollzogen werden; unter der gleichen Voraussetzung sollen alle Freiheitsstrafen nach einer gewissen Zeit (in der Regel nach Verbüssung von mindestens der Hälfte der Strafe) in der Form des «Arbeitsexternates» vollzogen werden (VE ExpK, Art. 78 Abs. 2-3).

<sup>338</sup> Art. 37 Ziff. 2 StGB.

<sup>339</sup> Für die Kategorisierung der Vollzugsanstalten differenziert der VE SCHULTZ stattdessen nach der Strafdauer (Art. 86 Ziff. 1 VE SCHULTZ); der VE ExpK unterscheidet nur noch



tenkommission verlangt sodann nach der «Möglichkeit sozialtherapeutischer Hilfen» im Rahmen des regulären Strafvollzugs.<sup>340</sup> Wie diese konkret auszusehen hätten, wird allerdings nicht näher erläutert.<sup>341</sup>

## 2. Geldstrafe und Fahrverbot

Gerade im Bereich der Bagatelldelikte und der «Alltagskriminalität» nimmt die *Geldstrafe* als kriminalrechtliche Sanktion einen besonderen Stellenwert ein. Das bisherige Bussensystem des Strafgesetzbuches soll eine gesetzgeberische Modernisierung erfahren. Kriminalpolitischer Wandel erfolgt jedoch nicht nur durch die Revision des Sanktionenkataloges, sondern in besonderem Masse auch durch die Strafrechtspraxis. Während im bisherigen Sanktionensystem formal der Freiheitsentzug im Mittelpunkt stand, hat ihm in der Praxis die Geldstrafe «längst den Rang abgelaufen».<sup>342</sup> Ein quantitativ bedeutender Teil der Alltagskriminalität bezieht sich auf die Strassenverkehrsdelinquenz.<sup>343</sup> Das *Fahrverbot* als neue Hauptstrafe bei Verkehrsdelikten wird von entsprechend hohem praktischem Interesse sein.

Die Geldbusse ist die in der Schweiz weitaus am häufigsten verhängte strafrechtliche Sanktion.<sup>344</sup> Schätzungen zufolge sind es wenigstens *eine Million* Bussen im Jahr.<sup>345</sup> Während die Ordnungsbussen verschuldensunabhängig nach einem fixen Tarif verhängt werden,<sup>346</sup> bemisst sich die Busse gemäss Art. 48 Ziff. 2 Abs. 1 StGB «je nach den Verhältnissen des Täters so, dass dieser durch die Einbusse die Strafe erleidet, die seinem Verschulden angemessen ist».<sup>347</sup> Bestimmt es das Gesetz nicht ausdrück-

---

zwischen offenen (als Regelfall) und geschlossenen Anstalten (bei Flucht- oder Wiederholungsgefahr, s. Art. 77).

<sup>340</sup> Vgl. Bericht ExpK (Fn. 263), 81; VE ExpK Art. 76 Abs. 3.

<sup>341</sup> Bund und Kantone finanzieren seit 1977 ein Ausbildungszentrum für Vollzugsbedienstete, welches sich um Ansätze eines «therapeutischen Strafvollzugs» bemüht (vgl. REHBERG [Fn. 255], 38). Berufsbegleitende Ausbildung und guter Wille des Gefängnispersonals vermögen allerdings eine professionell geleitete und institutionalisierte Sozialtherapie von (therapiefähigen und therapiewilligen) Straftätern nicht zu bewerkstelligen. Unrealistisch hochgeschraubte Ziele des Strafvollzugs können das Anstaltspersonal zudem überfordern und sich kontraproduktiv auswirken.

<sup>342</sup> SCHULTZ (Fn. 100), 195.

<sup>343</sup> Wegen SVG-Delikten werden in der Schweiz jährlich (allein schon) mehr als 20 000 Verurteilungen zu Bussen ab Fr. 500.– ausgesprochen (Quelle: Bundesamt für Statistik).

<sup>344</sup> Das gleiche gilt für Deutschland, *nicht* aber für die USA (vgl. KAISER [Fn. 62], 601 f.); in starkem Masse hat die Geldstrafe in Griechenland die Freiheitsstrafen abgelöst (vgl. EFFI LAMBROPOULOU, Umwandlung der Freiheitsstrafe als kriminalpolitisches Modell?, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 76 [1993] 91 ff.).

<sup>345</sup> S. HANS SCHULTZ, 50 Jahre Schweizerisches Strafgesetzbuch, ZStrR 109 (1992) 13 ff., 29.

<sup>346</sup> S. Bundesgesetz über die Ordnungsbussen im Strassenverkehr vom 24. Juni 1970 (OBG, SR 741.03) mit Verordnung vom 22. März 1972 (SR 741.031).

<sup>347</sup> Diesbezüglich nennt Art. 48 Ziff. 2 Abs. 2 StGB (in nicht abschliessender Aufzählung) Einkommen und Vermögen, Familienstand und Familienpflichten, «Beruf und Erwerb» sowie Alter und Gesundheit.

lich anders,<sup>348</sup> beträgt die Maximalhöhe der Busse Fr. 40 000.– bzw. bei Übertretungen Fr. 5 000.–.<sup>349</sup> Handelt der Täter aus «Gewinnsucht», ist der Richter jedoch an diese Höchstbeträge nicht gebunden.<sup>350</sup> Kritisiert wurde am bisherigen System vor allem, dass es zu ungerechten Privilegierungen von finanziell Bessergestellten führe. In der Tat stellen die generellen Höchstbeträge von Fr. 40 000.– bzw. 5 000.– eine unbillige (bzw. für besonders Reiche allzu «billige») Obergrenze der Berücksichtigung guter wirtschaftlicher Verhältnisse auf.<sup>351</sup>

Der Vorentwurf SCHULTZ<sup>352</sup> hat eine Neuregelung der Geldstrafe nach dem «Tagessatzsystem» vorgeschlagen. Danach bestimmt das *Verschulden* des Täters die *Anzahl* der Tagessätze (zwischen zwei und 360), während sich die *Höhe* des Tagessatzes (zwischen Fr. 5.– und 1 000.–) nach dem durchschnittlichen täglichen *Nettoeinkommen* richtet.<sup>353</sup> Die Umwandlung der schuldhaft nicht bezahlten Geldstrafe in Freiheitsentzug orientiert sich gemäss VE SCHULTZ an der Anzahl der Tagessätze<sup>354</sup> und damit nur noch am Verschulden.<sup>355</sup> Auch die Expertenkommission befürwortet den Wechsel zum Tagessatzsystem, will jedoch sämtliche Übertretungsbussen davon ausklammern. Diese sollen auf die bisherige Weise bemessen werden, mit einem neuen oberen Strafraum von Fr. 10 000.–. Im Interesse von Praktikabilität und Verfahrensökonomie erscheint mir diese Einschränkung im Übertretungsstrafrecht gerechtfertigt. Bei den Geldstrafen für Verbrechen und Vergehen ergibt sich wie beim Vorschlag

<sup>348</sup> Die Nebenstrafgesetzgebung des Bundes und das kantonale Strafrecht sehen zum Teil niedrigere oder höhere Maxima und andere Bemessungsarten vor (s. z.B. Art. 75, 77 Abs. 2 Zollgesetz, SR 631.0).

<sup>349</sup> Art. 106 StGB.

<sup>350</sup> Art. 48 Ziff. 1 Abs. 2, Art. 106 Abs. 2 StGB.

<sup>351</sup> Stark kritisiert wurde auch das in Art. 49 StGB geregelte System der *Umwandlung* schuldhaft nichtbezahlter Bussen *in Haft* (wobei Fr. 30.– Busse linear einem Tag Haft entsprechen). Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit wirke sich dabei in ungerechter Weise auf die Dauer der Umwandlungshaft aus, die Obergrenze der Umwandlungshaft von maximal drei Monaten privilegiere Verurteilte, die eine Busse von über Fr. 2 700.– schuldhaft nicht bezahlen, und die Möglichkeit des bedingten Strafvollzuges für die Umwandlungshaft stelle die Durchsetzung der Busse in Frage (vgl. z.B. REHBERG [Fn. 255], 114 f.; STRATENWERTH [Fn. 258], § 5 N. 41; TRECHSEL [Fn. 81], Art. 49 N. 8).

<sup>352</sup> Art. 33 ff.

<sup>353</sup> Daneben wären die persönlichen und die übrigen wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters zu berücksichtigen (Art. 33 Ziff. 1-2 VE SCHULTZ).

<sup>354</sup> Da zwei Tagessätze einem Tag Freiheitsstrafe entsprechen (Art. 35 Ziff. 1 VE SCHULTZ), ergäbe sich nach dem VE SCHULTZ eine maximale Umwandlungs-Freiheitsstrafe von 180 Tagen. Diese soll tageweise bzw. in Halbgefangenschaft vollzogen werden können (Ziff. 3).

<sup>355</sup> Womit sich die wirtschaftlichen Verhältnisse – anders als nach dem bisherigen System von Art. 49 Ziff. 3 Abs. 3 StGB – nicht mehr auf die Umwandlungsstrafe auswirken. An der Möglichkeit des bedingten Strafvollzuges für die Umwandlungsstrafe wird im VE SCHULTZ (trotz der oben in Fn. 351 erwähnten Kritik) festgehalten (Art. 35 Ziff. 4).

SCHULTZ eine neue Maximalhöhe von Fr. 360 000.–.<sup>356</sup> Auf die unbegrenzte Geldstrafenhöhe bei Gewinnsucht<sup>357</sup> soll verzichtet werden. Für aussergewöhnlich hohe Einkommen (und Vermögen) erscheint der vorgeschlagene Höchstsatz von Fr. 1 000.– tief.<sup>358</sup> Auch sollte zur Verhinderung von Missbräuchen bei der Bemessung des Tagessatzes nicht auf das effektiv erzielte, sondern auf das (im Rahmen des Zumutbaren) *erreichbare* Nettoeinkommen abgestellt werden. Die Umwandlung nichtbezahlter Geldstrafen erfolgt nach dem Schlüssel ein Tag Ersatzfreiheitsstrafe pro Tagessatz, woraus sich eine maximale Ersatzstrafe von 360 Tagen Freiheitsentzug ergibt.<sup>359</sup> Die Vorentwürfe bemühen sich, Benachteiligungen ökonomisch Schwacher zu vermeiden.<sup>360</sup> Trotzdem ist kritisiert worden, dass Reiche durch den maximalen Tagessatz von (nur) Fr. 1 000.– «schamlos privilegiert» würden.<sup>361</sup> Gegenüber den Nachteilen und Unstimmigkeiten der bisherigen Regelung bringen die Entwürfe jedoch insgesamt eine deutliche Verbesserung.<sup>362</sup>

<sup>356</sup> Die schuldangemessene Höchstzahl möglicher Tagessätze beträgt 360. Eine *minimale* Anzahl Tagessätze wird dagegen nicht ausdrücklich festgelegt. Die *Höhe* des Tagessatzes soll – in der Regel – ebenfalls dem durchschnittlichen täglichen Nettoeinkommen entsprechen (mit Milderungsmöglichkeiten aufgrund der persönlichen und wirtschaftlichen Situation des Täters, einer Untergrenze von Fr. 2.– und einer Obergrenze von Fr. 1 000.–; vgl. Entwurf ExpK, Art. 29).

<sup>357</sup> Art. 48 Ziff. 1 Abs. 2 StGB.

<sup>358</sup> § 40 Abs. 2 des deutschen StGB sieht bis zu DM 10 000.– vor.

<sup>359</sup> VE ExpK, Art. 31; vgl. Bericht ExpK (Fn. 263), 42. Die nach bisherigem Recht und dem VE SCHULTZ noch vorgesehene Möglichkeit des bedingten Vollzugs der Ersatzfreiheitsstrafe wird abgelehnt (vgl. Bericht ExpK, 46; gl. M. schon REHBERG [Fn. 309], 220).

<sup>360</sup> Für die Gemeinnützige Arbeit als Alternative zur Busse ist beispielsweise ein vorteilhafter Umrechnungsschlüssel (zwei Stunden Gemeinnützige Arbeit entsprechen einem Tagessatz) vorgesehen (s. VE ExpK, Art. 35 Abs. 2).

<sup>361</sup> So MARTIN KILLIAS (in: Plädoyer 1993 Nr. 5, S. 15; s. jedoch die Entgegnung von RIKLIN [Fn. 317, 158 ff.] gegenüber KILLIAS' etwas allzu rigoroser Kritik am Tagessatzsystem). Besonders bei Verurteilten ohne grosses Vermögen könnten sich sodann aus der Höchstzahl von 360 Tagessätzen – was «in der Regel» einem *Jahreseinkommen* entspräche – gewisse soziale Härten ergeben (vgl. z.B. JEAN GAUTHIER, *Les nouvelles peines et la politique criminelle* de CARL STOOS, ZStrR 112 [1994] 380 ff., 384; s. zu den betreffenden Bedenken jedoch RIKLIN [Fn. 335, 445 f.], der auf die Möglichkeit von Korrekturen nach Massgabe der *konkreten persönlichen oder wirtschaftlichen Situation* des Verurteilten hinweist).

<sup>362</sup> Das Tagessatzsystem hat sich denn auch in verschiedenen europäischen Staaten *bewährt*, namentlich in Skandinavien, Deutschland, Österreich und Frankreich (vgl. für viele HEINZ SCHÖCH, *Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug?* Gutachten zum 59. Deutschen Juristentag 1992, München 1992, 20 ff., 26, 83). Die Einwände gegen das Tagessatzsystem, die Geldstrafe werde bei einkommensschwachen Tätern häufig nicht in Frage kommen, sie führe generell zu extrem hohen Bussen bzw. sei sozial ungerecht, erscheinen teilweise recht spekulativ und werden von den praktischen Erfahrungen im Ausland kaum bestätigt (s. zur Kontroverse NICCOLÒ RASELLI [Geldstrafe versus kurze Freiheitsstrafe?, Kriminologisches Bulletin Nr. 1/1994, 70 ff.] mit Entgegnungen von FRANZ RIKLIN, in: Kriminologisches Bulletin Nr. 2/1994, 81 ff.).

Vor allem aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit schlägt der Vorentwurf SCHULTZ vor, den bisher als SVG-Administrativmassnahme geregelten Entzug des Führerausweises als neue kriminalrechtliche Hauptstrafe bei Verkehrsregelverstössen auszugestalten.<sup>363</sup> Zur Anordnung des Warnungsentzuges<sup>364</sup> soll neu der Strafrichter zuständig sein, während der Sicherungsentzug<sup>365</sup> weiterhin durch die Verwaltungsbehörden ausgesprochen würde.<sup>366</sup> Die Expertenkommission schlägt mit fünf Jahren Fahrverbot eine um zwei Jahre höhere Höchstdauer als der Vorentwurf SCHULTZ vor.<sup>367</sup> Sie beschränkt dagegen die Anwendung dieser Sanktion auf Delikte im öffentlichen Verkehr.<sup>368</sup> Ausserdem befürwortet sie die Möglichkeit des bedingten Vollzuges des Fahrverbotes.<sup>369</sup> Dieser dürfte allerdings die individual- und generalpräventive Wirkung des Fahrverbotes noch deutlich verwässern.<sup>370</sup> Es fragt sich im übrigen, inwieweit

<sup>363</sup> Vgl. SCHULTZ (Fn. 283), 93 ff. Das Fahrverbot von einem Monat bis zu drei Jahren (allein oder in Verbindung mit Freiheitsstrafe oder Busse) wäre *obligatorisch* bei schwereren Verkehrsdelikten oder Benützung eines Fahrzeuges zur Verübung eines Vergehens (VE SCHULTZ, Art. 38 Abs. 2); bei «FiaZ», Vereitelung einer Blutprobe, Verstoß gegen das Fahrverbot und bei Rückfälligkeit sind *erhöhte Mindestdauern* des Fahrverbotes vorgesehen (Art. 39).

<sup>364</sup> Aus Präventionsgründen, s. bisher Art. 30 Abs. 2, Art. 31 ff. VZV (SR 741.51); nach neuester Praxis des Bundesgerichtes stellt der Warnungsentzug allerdings eine strafrechtliche Sanktion i.S.v. Art. 6 EMRK dar (Urteil vom 11. Januar 1995 i.S.T., s. «NZZ» vom 7. Februar 1995).

<sup>365</sup> Insbesondere aus medizinischen Gründen, s. Art. 30 Abs. 1 VZV.

<sup>366</sup> Vgl. SCHULTZ (Fn. 283), 96; ebenso Bericht ExpK (Fn. 263), 64; zu Kompetenzüberschneidungen s. MAURER (Fn. 317), 402 f. Für eine vermehrte Anordnung von Sicherungsentzug bei mehrfacher schwerer Verkehrsdelinquenz: MARTIN SCHUBARTH, Die Strafe und deren Bedeutung im Strassenverkehr, AJP 1994, 438 ff., 441.

<sup>367</sup> Allerdings frage ich mich, weshalb ein unverbesserlicher «Blaufahrer» oder Raser, der tödliche Unfälle verursacht hat, nach ein paar Jahren schon wieder ans Steuer gelassen werden soll. In schweren Fällen dieser Art sollte die Fahrerlaubnis nur *auf Probe* (bzw. nach Durchführung von Eignungs- oder Abstinenztests) wieder erteilt werden (s. dazu SCHUBARTH [Fn. 366], 441f.; zur Effizienz von Nachschulungsprogrammen s. STEFAN SIEGRIST, Sind unsere Nachschulungsprogramme erfolgreich?, AJP 1994, 469 ff.).

<sup>368</sup> Die SVG-konforme Benützung eines Fahrzeuges für Straftaten (etwa Vermögens- oder Sexualdelikte) soll kein Fahrverbot nach sich ziehen können (VE ExpK, Art. 45 f.; vgl. Bericht, 66 f.; anders noch VE SCHULTZ, Art. 38 Abs. 2).

<sup>369</sup> VE ExpK, Art. 48;

<sup>370</sup> Um so mehr, als der bedingte Strafvollzug «in der Regel» gewährt werden soll, die Nichtgewährung wird von einer *negativen* Prognose abhängig gemacht (VE ExpK, Art. 48 Abs. 1); trotzdem befürwortend SCHUBARTH (Fn. 366, 440 f.); RIKLIN (Fn. 335), 452 ff.; kritisch MAURER (Fn. 317), 394, 404; REHBERG (Fn. 255), 118. Ersetzen könnte ein «bedingtes» Fahrverbot immerhin die jährlich ca. 50 000 *Verwarnungen* (deren präventive Wirksamkeit jedenfalls kaum höher erscheint). Das oft gehörte Argument, die Zahl der Rückfälle sei bei bedingten Verurteilungen geringer als bei unbedingten (so auch Bericht ExpK, 68), spricht übrigens nur «bedingt» für das Primat bedingter Verurteilungen. Regelmässig trifft die unbedingte Verurteilung andere *Täterkategorien*. – Während vom Privileg bedingter Strafen besonders Ersttäter profitieren, müssen unbedingte Strafen vermehrt gegenüber chronisch Rückfälligen und «Unverbesserlichen» ausgefällt werden. Dass er zwangsläufig auf «rückfallsbedrohtere» Täterkatego-

(bedingte oder unbedingte) Fahrverbote die *Ursachen* der Verkehrsdelinquenz zu bekämpfen vermögen.<sup>371</sup> Nach den österreichischen Reformplänen soll bei nichtqualifizierten fahrlässigen Körperverletzungen eine *Nachschulung* des fehlbaren Autofahrers über richtiges Verhalten im Strassenverkehr anstelle von Strafsanktionen möglich sein.<sup>372</sup>

Für sämtliche Erscheinungsformen der «Alltagskriminalität» von besonderer Bedeutung ist schliesslich der von den Reformern nach dem Vorbild des österreichischen Rechts<sup>373</sup> neu vorgeschlagene Straf- bzw. Prozessbefreiungsgrund der «fehlenden Strafwürdigkeit»<sup>374</sup> bzw. des «fehlenden Strafbedürfnisses».<sup>375</sup> Von dieser «allgemeinen materiellen Bagatellbestimmung»<sup>376</sup> verspricht man sich insbesondere eine erhöhte Rechtssicherheit angesichts der kantonal unterschiedlich gehandhabten Anwendung des prozessualen Opportunitätsprinzips.<sup>377</sup>

### 3. Nebenstrafen

Das bisherige Recht hat als Nebenstrafen, welche nur in Verbindung mit einer Hauptstrafe ausgesprochen werden konnten, die Amtsunfähigkeit (Art. 51 StGB), die Entziehung der elterlichen Gewalt und der Vormundschaft (Art. 53 StGB), das Berufs- und Gewerbeverbot (Art. 54 StGB), die Landesverweisung (Art. 55 StGB) sowie das Wirtshausverbot (Art. 56 StGB) vorgesehen. Der Vorentwurf SCHULTZ hält zwar am Entzug der

---

rien Anwendung findet, kann dem unbedingten Strafvollzug insofern nicht angelastet werden.

<sup>371</sup> Mit den Mitteln des Strafrechts allein lassen sich die alarmierenden Unfallzahlen mit jährlich gegen tausend Toten und -zigtausend Verletzten (allein in der Schweiz) nicht entscheidend senken. In eine ganzheitliche verkehrspolitische Strategie müssen daneben insbesondere Verkehrsaufklärung und -Erziehung sowie technische Mittel der Unfallprävention (inklusive Verkehrsüberwachung und -Kontrolle) einbezogen werden (vgl. FRANZ RIKLIN, Verkehrsdelinquenz und Sanktionensystem, in: JÖRG SCHUH [Hrsg.], Verkehrsdelinquenz/délinquance routière, Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie, Grisch 1989, 75 ff., 93 f.); bei den technischen Unfallpräventionsmitteln ist namentlich an automatische (plombierte) Geschwindigkeitsbegrenzer, Abstandswarngeräte, Unfalldatenschreiber, obligatorische Schutzvorrichtungen usw. zu denken (s. dazu SCHUBARTH [Fn. 366], 442 ff.).

<sup>372</sup> S. dazu Plädoyer 1993 Nr. 5, 5; von der Möglichkeit entsprechender *richterlicher Weisungen* wurde nach bisherigem schweizerischen Recht praktisch kaum Gebrauch gemacht (s. z.B. SCHUBARTH [Fn. 366], 440). Eine ausdrückliche Verankerung im StGB wäre m.E. wünschenswert.

<sup>373</sup> S. § 42 österr. StGB.

<sup>374</sup> VE SCHULTZ, Art. 54.

<sup>375</sup> VE ExpK, Art. 54.

<sup>376</sup> So ausdrücklich KUNZ (Fn. 218), 64. Die anvisierten Delikte von «relativer Bedeutungslosigkeit» *sprengen* indessen den Bereich der eigentlichen «Bagatellkriminalität»; so wird etwa die «fahrlässige Tötung bei sehr leichter Sorgfaltswidrigkeit» genannt (Bericht ExpK [Fn. 263], 76).

<sup>377</sup> Vgl. Bericht ExpK (Fn. 263), 76; HAUSER (Fn. 37), 295 ff., 311; SCHULTZ (Fn. 283), 133 ff.; zur kriminalpolitischen Problematik der Alltagskriminalität s. eingehender unten, § 4 I. C.



elterlichen Gewalt und der Vormundschaft, am Berufsverbot und an der Landesverweisung<sup>378</sup> grundsätzlich fest, rechnet sie jedoch den «anderen Massnahmen» zu.<sup>379</sup> Als Nebenstrafe beibehalten will er die Amtsunfähigkeit.<sup>380</sup> Demgegenüber möchte die Expertenkommission *auf sämtliche Nebenstrafen des StGB verzichten*.<sup>381</sup> Durch die Streichung der strafrechtlichen Landesverweisung von Ausländern entfällt der problematische Dualismus mit der fremdenpolizeilichen Ausweisung.<sup>382</sup> Straftaten sollen fortan (nur noch) von den Administrativbehörden als möglicher Ausweisungsgrund im Interesse der öffentlichen Ordnung und Sicherheit berücksichtigt werden. Diesbezüglich werden besondere verwaltungsrechtliche Mitteilungspflichten vorgeschlagen.<sup>383</sup> Während der Vorentwurf SCHULTZ eine Ausweitung des Berufs- und Gewerbeverbotes auf nicht bewilligungspflichtige Tätigkeiten vorschlug,<sup>384</sup> will die Expertenkommission auch diese strafrechtliche Sanktion ersatzlos streichen.<sup>385</sup>

<sup>378</sup> Diese soll nur noch angeordnet werden können, wenn der Täter in die Schweiz einreist, um dort zu delinquieren, oder wenn er zur Schweiz keine engen Beziehungen unterhält und eine besonders schwere oder mehrere erhebliche Straftat/-en begangen hat (VE SCHULTZ, Art. 69 Ziff. 1). Sieht der Richter von der Landesverweisung ab, darf keine fremdenpolizeiliche Ausweisung gemäss ANAG erfolgen (Art. 69 Ziff. 6).

<sup>379</sup> VE SCHULTZ (Fn. 283), Art. 67-69.

<sup>380</sup> VE SCHULTZ, Art. 45.

<sup>381</sup> Vgl. Bericht ExpK (Fn. 263), 91. Mit Ausnahme der Landesverweisung seien sie von geringer praktischer Bedeutung, teilweise überflüssig (disziplinarische Massnahmen bei Amtsdelikten und bewilligungspflichtigen Berufen, zivilrechtliche Regelung des Entzugs der elterlichen Gewalt) oder leicht umgehbar (Wirtshausverbot).

<sup>382</sup> Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG (SR 142.20); vgl. dazu ANDREAS ZÜND, Der Dualismus von strafrechtlicher Landesverweisung und fremdenpolizeilichen Massnahmen, ZBJV 129 (1993) 73 ff.; HANS WIPRÄCHTIGER/ANDREAS ZÜND, Kriminalitätsexport? a) durch strafrechtliche Landesverweisung; b) durch fremdenpolizeiliche Aus- und Wegweisung, in: BAUHOFFER/QUELOZ (Hrsg.), Ausländer, Kriminalität und Strafrechtspflege, Reihe Kriminologie 11, Zürich 1993, 399 ff.

<sup>383</sup> Bericht ExpK (Fn. 263), 92.

<sup>384</sup> VE SCHULTZ, Art. 68. Die Ausdehnung richtete sich vor allem gegen chronische Wirtschaftsdelinquenten (vgl. SCHULTZ [Fn. 283], 193; zustimmend MAURER [Fn. 317], 396).

<sup>385</sup> Bei Tätigkeiten, die einer staatlichen Bewilligung bedürfen (namentlich ärztliche und anwaltliche), genügen nach Auffassung der Expertenkommission aufsichtsrechtliche und disziplinarische Sanktionen. Bei den nicht bewilligungspflichtigen Berufsarten sprächen Gründe der Verhältnismässigkeit, Rechtsstaatlichkeit und Zweckmässigkeit gegen ein allgemeines Berufsverbot. Im übrigen habe diese Sanktion kaum praktische Relevanz (sie werde durchschnittlich nur in einem Urteil pro Jahr verhängt, vgl. Bericht ExpK, 91 f.).

## C) Massnahmenrecht, Jugendstrafrecht

### 1. Sichernde Massnahmen

Mit Ausnahme der Behandlung von Trunk- und Rauschgiftsüchtigen<sup>386</sup> hatten die «bessernden»<sup>387</sup> und «isolierenden»<sup>388</sup> Massnahmen des bisherigen Rechts quantitativ nur geringe Bedeutung. Im Gegensatz zum Vorentwurf SCHULTZ will die Expertenkommission nicht<sup>389</sup> auf die stationäre Behandlung geistig Kranker als strafrechtliche Sanktion verzichten.<sup>390</sup> Die Expertenkommission schliesst sich jedoch dem Vorschlag von SCHULTZ an, die Verwahrung von «Gewohnheitsverbrechern» zu streichen. Die neu vorgeschlagene Verwahrung gemäss Art. 68 VE ExpK betreffe hochgefährliche psychisch Abnorme.<sup>391</sup> Nicht ohne weiteres einzusehen wäre allerdings, wieso diese Massnahme bei schwersten Delikten «nur gegenüber einem schulfähigen Täter» angeordnet werden soll.<sup>392</sup> Art. 61 Abs. 3 VE ExpK sieht freilich vor, dass auch gefährliche Geisteskranke nach Abschluss einer (bis zu fünf Jahre dauernden) stationären Behandlung nötigenfalls nach Art. 68 VE ExpK verwahrt werden können.<sup>393</sup> Soweit

<sup>386</sup> Art. 44 StGB. Es werden in der Schweiz jährlich einige hundert (ambulante und stationäre) Massnahmen dieser Art angeordnet, was ca. 1% aller registrierten Verurteilungen ausmacht. 1986 kam es gestützt auf Art. 44 StGB z.B. zu 296 Anstaltsanweisungen, 240 davon wegen Betäubungsmitteldelikten (Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1989/90); zur *Fürsorgerischen Freiheitsentziehung* (Art. 397a ZGB) als Ergänzung und mögliche Alternative zur strafrechtlichen Massnahme s. EDWIN BIGGER, Fürsorgerische Freiheitsentziehung und strafrechtliche Massnahme bei Suchtkranken aus rechtlicher Sicht, Zeitschrift für Vormundtschaftswesen, 47 (1992) 41 ff., 65 f.; BARBARA CAVIEZEL, Die materiellen Voraussetzungen der fürsorgerischen Freiheitsentziehung, Diss. FR 1988, 75 ff.; EUGEN SPIRIG, Fürsorgerische Freiheitsentziehung und Drogensucht im Kanton Zürich, SJZ 90 (1994) 321 ff.; KARL SPÜHLER, Aus der Praxis des Bundesgerichtes zur fürsorgerischen Freiheitsentziehung, ZBl 95 (1994) 212 ff.; Ausschuss der Kommission für Drogenfragen des Kantons Zürich (Hrsg.), Die fürsorgerische Freiheitsentziehung bei Drogenabhängigen, Zeitschrift für Vormundtschaftswesen 49 (1994) 2 ff.; *kritisch* (insbesondere mit Hinweis auf die *fehlende therapeutische Nachbehandlung* bei Drogensüchtigen) THOMAS MAIER, Die Bedeutung von Zwangsmassnahmen für die Rehabilitation von Drogenabhängigen, Sozialpsychiatrischer Dienst der Universität Zürich, Diss. ZH 1994, sowie CHRISTIANA SUHR BRUNNER, Fürsorgerischer Freiheitsentzug und Suchterkrankungen, insbesondere Drogensucht, Diss. ZH 1994; zur *Vollzugsrealität* s. BEAT BIGLER, Probleme des heutigen Massnahmenvollzugs, in: JÖRG SCHUH (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Straf- und Massnahmenvollzugs, Grisch 1987, 163 ff.

<sup>387</sup> Dazu gehört neben Art. 44 StGB die als besondere Massnahme für junge Erwachsene vorgesehene und sozialpädagogisch ausgerichtete Arbeitserziehung gemäss Art. 100<sup>bis</sup> StGB.

<sup>388</sup> Dazu gehörten bisher die Massnahmen an geistig Abnormen (Art. 43 StGB) sowie die Verwahrung von Gewohnheitsverbrechern (Art. 42 StGB).

<sup>389</sup> Zu Gunsten der Möglichkeiten der Fürsorgerischen Freiheitsentziehung, Art. 397a ZGB.

<sup>390</sup> Vgl. Bericht ExpK (Fn. 263), 81 f.

<sup>391</sup> Vgl. Bericht ExpK, 88.

<sup>392</sup> So jedenfalls Bericht ExpK, 88 (s. auch Art. 14 Abs. 3 VE ExpK).

<sup>393</sup> Vgl. auch Bericht ExpK, 82; ebenso HANS WIPRÄCHTIGER, Das Massnahmenrecht der Expertenkommission – Verbesserte Hilfe für die Täter und verbesserter Schutz für die Allgemeinheit, ZStrR 112 (1994) 411, 423 f.; WIPRÄCHTIGER und MAURER (Fn. 317,

die (besonders von Staatsanwälten geübte) teilweise heftige Kritik<sup>394</sup> dies übersieht, geht sie an den Vorschlägen der Expertenkommission vorbei.

Wie schon erwähnt,<sup>395</sup> sieht der Schlussbericht der Expertenkommission (im Gegensatz zum VE SCHULTZ) die Einweisung in eine sozialtherapeutische Anstalt nur für junge Erwachsene vor.<sup>396</sup> Für über 25 Jahre alte Täter befürwortet die Expertenkommission eine «Vollzugslösung» mit «sozialtherapeutischen Hilfen».<sup>397</sup> Im «wohlverstandenen Interesse des Betroffenen»<sup>398</sup> soll die stationäre (das heisst: freiheitsentziehende) Behandlung Alkoholsüchtiger nach Meinung der Expertenkommission «selbst bei einer Übertretung» angeordnet werden können. – Angesichts der möglichen Höchstdauer der Massnahme<sup>399</sup> scheint mir eine derart weitgehende Eingriffsbefugnis unverhältnismässig.<sup>400</sup> Ähnliches gilt für die stationäre Behandlung von Drogensüchtigen, welche ebenfalls bei Übertretungen in Frage kommen soll und sogar noch deutlich längere Höchstfristen als die Behandlung Alkoholkranker vorsieht.<sup>401</sup>

395 f. N. 33) kritisieren die vorgeschlagene Regelung allerdings als unklar.

<sup>394</sup> Z.B. BEAT SCHNELL, Teilweise quer in der Landschaft, Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Kriminalistik 48 (1994) 283 ff., 284, 286.

<sup>395</sup> Oben, I. B 3.

<sup>396</sup> VE ExpK, Art. 64. Und auch nur dann, wenn eine geeignete Institution *gefunden* werden kann, die geeignet und bereit ist, die spezifischen Lebensprobleme des Betroffenen zu therapieren (VE ExpK, Art. 60 Abs. 2). Faktisch realisiert ist die sozialtherapeutische Anstalt für junge Erwachsene damit noch nicht (vgl. auch WIPRÄCHTIGER [Fn. 393], 408). Auch fehlt es bekanntlich nach wie vor an einer ausreichenden Anzahl geeigneter *Drogentherapieplätze* bzw. geschulter Therapiefachleute (s. z.B. THOMMEN [Fn. 161], 97).

<sup>397</sup> Bericht ExpK (Fn. 263), 79. – Wie eine ernsthafte Sozialtherapie mit den Mitteln des Strafvollzuges realisiert werden soll, bleibt allerdings ein Rätsel (für eine Trennung von Regelvollzug und Sozialtherapie auch GÜNTHER KAISER, Neue Wege im schweizerischen Massnahmenvollzug, ZStW 100 [1988] 228 ff., 244). Nüchtern betrachtet, wird mit der «Vollzugslösung» über 25jährigen Tätern, welche eine sozialtherapeutische Massnahme *benötigen* und *akzeptieren* würden (das sind freilich bei weitem nicht alle!), eine wirksame Hilfe aus finanziellen Gründen vorenthalten. Eine solche kriminalpolitische Weichenstellung muss nicht a priori falsch sein. Die Vollzugskosten können nicht ins Uferlose wachsen. Als Sozialtherapie sollte ein Strafvollzug mit begleitenden «sozialpädagogischen Bemühungen» jedoch nicht bezeichnet werden. Und auch die Folgekosten des *Verzichtes* auf teure sozialtherapeutische Anstalten müssten mitbedacht werden.

<sup>398</sup> Bericht ExpK (Fn. 263), 82; s. auch GÜNTHER STRATENWERTH, Zur Rechtfertigung freiheitsbeschränkender sichernder Massnahmen, ZStrR 105 (1988) 105 ff., 120 f.

<sup>399</sup> «Die Dauer des Freiheitsentzuges wird für den Regelfall auf *ein Jahr* begrenzt» (Bericht ExpK, 83). Bei Rückversetzung nach bedingter Entlassung soll sie insgesamt gar *zwei Jahre* betragen können (VE ExpK, Art. 62 Abs. 2).

<sup>400</sup> Massnahmen nach Art. 44 StGB setzten bisher die Verübung eines *Verbrechens oder Vergehens* voraus. Bei Übertretungen verlangte das bisherige Recht (selbst für die Anordnung von ambulanten Behandlungen), dass die Massnahme im Gesetz *ausdrücklich vorgesehen* war (Art. 44 Ziff. 1 und 6, Art. 104 Abs. 2 StGB; s. TRECHSEL [Fn. 81], Art. 44 StGB N. 2); mit Bedenken auch WIPRÄCHTIGER (Fn. 393), 411.

<sup>401</sup> Nämlich drei bzw. fünf Jahre (VE ExpK, Art. 63 Abs. 3; vgl. Bericht, 83). Hier erlaubte allerdings Art. 19a Ziff. 4 BetmG i.V.m. Art. 104 Abs. 2 StGB bereits nach *bisher* geltendem Recht Massnahmen gemäss Art. 44 StGB. Diese waren jedoch auf Übertre-

Eine begrüßenswerte Verfeinerung des «dualistisch-vikariierenden» Systems hat die 1991 erfolgte Revision von Art. 44 Ziff. 6 Abs. 2 StGB gebracht. Danach kann der Richter den zu einer Strafe verurteilten Drogenabhängigen auch noch *nachträglich* in eine Anstalt für Rauschgift-süchtige einweisen und den Vollzug der noch nicht verbüßten Strafe *aufschieben*, falls der Süchtige ein entsprechendes Gesuch stellt und sich als behandlungsbedürftig, behandlungsfähig und behandlungswillig erweist.<sup>402</sup> Diese Teilrevision des Massnahmenrechtes war eine direkte Folge des Drogenelends und des diesbezüglich gewachsenen gesellschaftspolitischen Problembewusstseins.<sup>403</sup>

## 2. «Andere» Massnahmen

Von den «persönlichen» Massnahmen des bisherigen Rechts hatten nur die Urteilspublikation<sup>404</sup> und vor allem der Strafregistereintrag<sup>405</sup> praktische Bedeutung.<sup>406</sup> Im Zentralstrafregister eingetragen werden nach geltendem Recht die Verurteilungen wegen Verbrechen und Vergehen sowie schwerwiegenderen bundesrechtlichen Übertretungen<sup>407</sup> auf dem Gebiet der Schweiz sowie von Schweizern im Ausland.<sup>408</sup> Die Revision von 1991 ist mit dem registerrechtlichen «Recht auf Vergessen» sehr weit gegang-

---

tungen i.S.v. Art. 19a Ziff. 1 BetmG als Anlasstaten beschränkt und werden in der Praxis höchst selten angeordnet (vgl. BIGGER [Fn. 386], 56).

<sup>402</sup> In Kraft seit 1. Januar 1992. Für nicht massnahmewillige Suchtkranke zwischen 18 und 25 Jahren kommt allenfalls auch die Einweisung in eine Arbeitserziehungsanstalt (Art. 100<sup>bis</sup> StGB) in Frage.

<sup>403</sup> Vgl. SCHULTZ (Fn. 345), 11; s. zur soziologischen Implementierung des Drogenstrafrechts auch oben, § 1 III. B 2.

<sup>404</sup> Art. 61 StGB; zur Urteilsveröffentlichung im Falle von Ehrverletzungen durch die Presse s. BGE 113 IV 113; zu Änderungsvorschlägen im Rahmen der Revision des Medienstrafrechts s. VE ExpK, Art. 70 Abs. 5. Der VE SCHULTZ möchte die (allein) im öffentlichen Interesse anzuordnende Urteilspublikation angesichts ihrer «Prangerwirkung» streichen. Ihr Zweck werde insbesondere durch die Gerichtsberichterstattung ausreichend erfüllt. Festgehalten wird an der Urteilsveröffentlichung im Interesse des Verletzten, Antragsberechtigten oder Freigesprochenen (vgl. SCHULTZ [Fn. 283], 195 ff.).

<sup>405</sup> Art. 62, 359 ff. StGB.

<sup>406</sup> Zur Friedensbürgschaft (Art. 57 StGB) als nur beschränkt tauglicher Massnahme zur Verhütung von Straftaten s. REHBERG (Fn. 255), 183 f.; s. demgegenüber jedoch SCHULTZ (Fn. 283), 195.

<sup>407</sup> Welche mit Haft oder mit Busse von mehr als Fr. 500.– bestraft werden, bei Bussen jedoch (seit der Revision von 1991) nur, wenn bei erneuter Widerhandlung eine Busse mit bestimmter Mindestgrenze oder eine Haft- oder Gefängnisstrafe möglich ist (Art. 360 lit. a-b StGB i.V.m. Art. 9 Ziff. 2-2<sup>bis</sup> Strafregisterverordnung, SR 331; vgl. dazu JÜRIG GIGER, Das neue Strafregisterrecht, ZStrR 111 [1993] 197 ff., 203 f.).

<sup>408</sup> Die kantonalen *Verkehrsstrafkontrollen* sind seit 1. Januar 1992 *aufgehoben*. Diese umfassten (zuletzt) die Bussenurteile von Fr. 80.– bis Fr. 500.– und die Ordnungsbussen ab Fr. 80.– im Strassenverkehr (altArt. 123 Abs. 4 VZV [SR 741.51], altArt. 5 OBV [SR 741.031]). Eintragungen nach bisherigem Recht sind gemäss den Übergangsbestimmungen (AS 1991 III 2540) bis spätestens 1. Januar 1997 sukzessive zu entfernen. Zu den übrigen (unselbständigen bzw. fakultativen) kantonalen Strafregistern und Strafkontrollen s. GIGER (Fn. 407), 198 f., 205.

gen.<sup>409</sup> Obwohl damit gleichzeitig die Datenmeldeflut eingedämmt und das Registerwesen entschlackt werden konnte, hat dies berechtigte Bedenken hervorgerufen.<sup>410</sup> Im Rahmen der Revision des Allgemeinen Teils des StGB soll der Strafregistereintrag zwar normiert bleiben, aber keine Sanktion mehr darstellen.<sup>411</sup>

Zu den «sachlichen Massnahmen» werden die Einziehung<sup>412</sup> und der Verfall<sup>413</sup> gezählt. Kritik ist weniger der Regelung dieser Massnahmen erwachsen, als den kleinlichen gesetzlichen Voraussetzungen für die *Verwendung* (von eingezogenen oder verfallenen Vermögenswerten sowie Bussen<sup>414</sup>) *zugunsten des Geschädigten* (Art. 60 StGB).<sup>415</sup> Das Opferhilfegesetz vom 4. Oktober 1991<sup>416</sup> hat eine deutliche Verbesserung der Rechtsposition des Opfers gebracht. Während der alte Art. 60 Abs. 1 StGB die Verwendungen zugunsten des Geschädigten ins richterliche Ermessen stellte («Kann»-Vorschrift), sind sie nach neuem Recht zwingend durchsetzbar.<sup>417</sup> Im Zuge der separaten StGB-Revision zur Bekämpf-

<sup>409</sup> Insbesondere: Möglichkeit der Entfernung von bedingt aufgeschobenen Zuchthausstrafen bis zu eineinhalb Jahren (Art. 13 Ziff. 4 Strafregisterverordnung), Aufhebung der kantonalen SVG-Strafkontrollen (altArt. 123 Abs. 4 VZV), Beschränkung der Eintragung von Übertretungsstrafen (praktisch) auf Haftfälle (Art. 9 Ziff. 2-2<sup>bis</sup> Strafregisterverordnung). – Damit wird der *Wert der Vorstrafenlosigkeit faktisch geschmälert*.

<sup>410</sup> Vgl. GIGER (Fn. 407), 205, 211; eine weitere *Privilegierung von Wiederholungstätern* im Zuge der hängigen Revision des Allg. Teils StGB befürchtet MAURER (Fn. 317), 400.

<sup>411</sup> Vgl. Bericht ExpK (Fn. 263), 93; als «Massnahme» beibehalten (wenn auch mit modifizierter Regelung über die Mitteilung der Eintragungen) will der VE SCHULTZ den Eintrag im Strafregister (vgl. SCHULTZ [Fn. 283], 197, 256 ff.); zur *Neuregelung der Löschung bzw. Entfernung* von Daten aus dem Zentralstrafregister (in Kraft seit 1. Januar 1992) s. GIGER (Fn. 407), 206 ff.

<sup>412</sup> Von Gegenständen und Vermögenswerten, die durch eine strafbare Handlung hervorgebracht oder erlangt worden sind, an oder mit denen eine strafbare Handlung begangen wurde oder die zur Begehung einer strafbaren Handlung bestimmt waren. Die Einziehung kann vom Richter zur Beseitigung eines unrechtmässigen Vorteils oder Zustandes oder zur Gefahrenabwehr verfügt werden (Art. 58 Abs. 1 StGB). Die Rechte unbeteiligter Dritter bleiben grundsätzlich vorbehalten (Art. 58<sup>bis</sup> StGB).

<sup>413</sup> Von Geschenken und anderen Zuwendungen, die bestimmt waren, eine strafbare Handlung zu veranlassen oder zu belohnen (Art. 59 StGB).

<sup>414</sup> S. auch CHRISTIAN LENZ, *Amerikanische Punitive Damages vor dem Schweizer Richter*, Diss. ZH 1992.

<sup>415</sup> Vgl. REHBERG (Fn. 255, 5. Aufl.), 127; SCHULTZ (Fn. 283), 198 f.; TRECHSEL (Fn. 81), Art. 60 StGB N. 8; im VE SCHULTZ (Art. 76) wird eine etwas grosszügigere Regelung (insbesondere der Verwendung von Bussen zugunsten von Geschädigten) vorgeschlagen. Der VE der ExpK für die Revision des AT StGB (Art. 75) entspricht den per *Opferhilfegesetz* eingeführten Neuerungen.

<sup>416</sup> SR 312.5, in Kraft seit 1. Januar 1993.

<sup>417</sup> Auf Verlangen des Opfers sowohl hinsichtlich eingezogenen Gegenständen und Vermögenswerten sowie verfallenen Zuwendungen als auch hinsichtlich Ersatzforderungen, Bussen und Friedensbürgschaften (rev.Art. 60 Abs. 1 StGB). Das neue Recht macht die Zuwendung von Bussen auch nicht mehr davon abhängig, dass das Opfer «erheblich geschädigt» wurde und dadurch «in Not» gerät (altArt. 60 Abs. 2 StGB). Die übrigen Voraussetzungen der Verwendung zugunsten des Geschädigten blieben praktisch unverändert. Für den Fall, dass die Zuspreehung nicht schon im Strafurteil möglich ist, haben



fung des organisierten Verbrechens<sup>418</sup> ist eine weitere Modernisierung des Einziehungsrechtes erfolgt. Neu kann das «Betriebskapital» einer kriminellen Organisation (Art. 260<sup>ter</sup> StGB) ohne Nachweis seiner Herkunft eingezogen werden («Beweislastumkehr»)<sup>419</sup>. Erleichterte Möglichkeiten zur Abschöpfung deliktischer Gewinne könnten sich besonders auch beim illegalen Waffenhandel, bei der Hehlerei und Geldwäscherei,<sup>420</sup> im Umwelt- und Insiderstrafrecht oder bei deliktischen Spekulationsprofiten aufdrängen, die mit besonders sozialschädlichen Mitteln erzielt werden.<sup>421</sup> Mangels statistischer Erfassung der Gewinnabschöpfungspraxis lässt sich über die Effizienz des bisherigen Einziehungsrechtes wenig Konkretes sagen.<sup>422</sup>

---

die Kantone neu ein einfaches und rasches Verfahren vorzusehen (rev.Art. 60 Abs. 3 StGB).

<sup>418</sup> Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision des Einziehungsrechts, Strafbarkeit der kriminellen Organisation, Melderecht des Financiers) vom 30. Juni 1993, BBl 1993 III 277 ff. (mit Zusatzbotschaft vom 12. Januar 1994, BBl 1994 I 1145 ff.).

<sup>419</sup> Art. 59 Ziff. 3 StGB (Änderung vom 18. März 1994, BBl 1994 II 275 [vgl. auch Botschaft, BBl 1993 III 305, 319 f.]); es handelt sich dabei streng genommen um eine Beweisregel (Herkunftsvermutung). Die Untersuchungsbehörde kann auch *Beschlagnahmen zur Durchsetzung von Ersatzforderungen* anordnen (Art. 59 Ziff. 2 Abs. 3 StGB). Das Gericht hat alsdann die Möglichkeit, den Umfang schwer ermittelbarer einzuziehender Vermögenswerte zu *schätzen* (Art. 59 Ziff. 4 StGB). Die *Sicherungseinziehung* und die *Einziehung zur Abschöpfung unrechtmässiger Gewinne* werden im übrigen klar getrennt und der (bisher separat geregelte) *Verfall* wird in die Bestimmungen über die *Einziehung integriert* (s. BBl 1994 II 274 f., 1993 III 305, 311, 330; vgl. auch GUNTHER ARZT, Beweiserleichterungen bei der Einziehung, recht 11 [1993] 77 ff.; PETER GASSER, Von der vermuteten Unschuld des Geldes – Die Einziehung von Vermögenswerten krimineller Herkunft, in: M. PIETH [Hrsg.], Bekämpfung der Geldwäscherei – Modellfall Schweiz?, Basel 1992, 157 ff.).

<sup>420</sup> S. dazu PAOLO BERNASCONI, Das schweizerische Bankgeheimnis vor neuen Normen gegen die «Geldwäscherei», in: Internationale Steuer-Informationen Nr. 4/1988, 90 ff.; IRMA WEISS, Die Einziehung in der Schweiz liegender Vermögen aus ausländischem Drogenhandel, ZStrR 102 (1985) 192 ff.; zum *Rechtsgüterschutz* durch die Geldwäscherei- und Insiderstrafnormen s. unten, § 4 III. A 1.-2.

<sup>421</sup> Wieso ist z.B. die Inbesitznahme leerstehenden Wohnraumes grundsätzlich strafbar (Art. 186 StGB), die sozial und volkswirtschaftlich regelmässig um einiges schädlichere Immobilienspekulation mit Wohnraum dagegen nicht? Zur Einziehung unrechtmässigen Gewinnes aus der Vermietung einer ohne Bewilligung errichteten Dachwohnung (Bau-polizeirecht) s. GVP 1990 Nr. 62 (kritisch dazu WILLY HEIM, Police des constructions, confiscation de l'avantage illicite, JdT 138 [1990] IV 2); zu denken ist auch an strafrechtlich relevante Kartellrechts- oder UWG-Verstösse sowie an Korruptionsfälle; für einen Ausbau des Einziehungsrechts plädiert auch GÜNTHER KAISER, Gewinnabschöpfung als kriminologisches Problem und kriminalpolitische Aufgabe, in: Festschrift Tröndle, Berlin 1989, 685 ff., 693 f.; s. auch AXEL DESSECKER, Gewinnabschöpfung im Strafrecht und in der Strafrechtspraxis, Freiburg i.Br. 1992.

<sup>422</sup> Vermutungsweise war diese kaum höher als in Deutschland und damit unbefriedigend (vgl. KAISER [Fn. 421], 695 f.).

### 3. Jugendstrafrechtliche Sanktionen

Für Kinder und Jugendliche zwischen sieben und siebzehn Jahren sieht das Strafgesetzbuch ein grundsätzlich «monistisches»<sup>423</sup> System von Disziplinarstrafen und Massnahmen vor, welches sich nicht am Tatunrecht und Täterschulden, sondern an den spezialpräventiven Bedürfnissen des Kindes oder des Jugendlichen orientiert. Falls der minderjährige Straftäter einer besonderen erzieherischen Betreuung bedarf, kann ein *fürsorgerischer Beistand* (Erziehungshilfe), *therapeutische Behandlung* oder nötigenfalls die *Unterbringung* in einer Fremdfamilie oder in einem Erziehungsheim<sup>424</sup> angeordnet werden. Zeigt die Abklärung der persönlichen Verhältnisse, dass keine Behandlungsbedürftigkeit besteht, kommt eine *Strafe* in Frage<sup>425</sup> (Verweis, Verpflichtung zu einer Arbeitsleistung, Schularrest sowie Geldbusse und Einschliessung für Jugendliche).<sup>426</sup> Das monistische System hat sich als starr, schwerfällig und lückenhaft<sup>427</sup> erwiesen. Es wird im Zuge der Revision des Allgemeinen Teils StGB ebenfalls modernisiert.

Die Expertenkommission hat<sup>428</sup> die Anwendung von Strafrecht auf siebenjährige Kinder als ausserordentlich empfunden und eine Anhebung des *Strafmündigkeitsalters* auf 12 Jahre vorgeschlagen.<sup>429</sup> Neu sollen Strafen

<sup>423</sup> Der Jugendrichter kann (von Ausnahmen abgesehen, Art. 91 Ziff. 1 Abs. 2, Art. 95 Ziff. 1 Abs. 2 StGB) nur entweder Massnahmen oder Strafen anordnen.

<sup>424</sup> Art. 84, Art. 85, Art. 91, Art. 92, Art. 93<sup>bis-ter</sup> StGB.

<sup>425</sup> Grundsatz der *Subsidiarität* der Strafe im Jugendstrafrecht.

<sup>426</sup> Art. 87, Art. 95 StGB.

<sup>427</sup> Unklarheiten ergeben sich etwa aus der gesetzlich nicht geregelten Frage, inwiefern jugendstrafrechtliche Sanktionen schuldhaftes Verhalten voraussetzen oder wie Minderjährige zu behandeln sind, die sowohl vor als auch nach Erreichen des 18. Altersjahres Straftaten verübt haben. Ebenfalls nicht geregelt war die zeitliche Dauer der Verpflichtung zur Arbeitsleistung sowie deren Empfänger. Bei besonders gefährlichen schwerstkriminellen Jugendlichen wurde die in Art. 91 Ziff. 2 StGB vorgesehene Einweisung in ein Erziehungsheim für mindestens zwei Jahre als ungenügende Sanktion bemängelt. Bedauert wurden auch die ungenügenden Kompetenzen des für die Erziehungshilfe eingesetzten Betreuers gegenüber Jugendlichen und Eltern (vgl. dazu Bericht ExpK [Fn. 263], 135 f.; ANNE FRANÇOISE COMTE FONTANA, Une loi pénale pour les mineurs: Continuité ou révolution?, in: BAUHOFFER/BOLLE [Hrsg.], Reform der strafrechtlichen Sanktionen, Reihe Kriminologie Bd. 12, Zürich 1994, 349 ff.; MARTIN STETTLER, La révision du droit pénal des mineurs, in: Aktuelle Probleme der Kriminalitätsbekämpfung, Festschrift SKG, ZStrR 110 [1992] 331 ff.; DERS., Les enjeux de la révision du droit pénal des mineurs. Un essai de synthèse, in: BAUHOFFER/BOLLE [Hrsg.], Reform der strafrechtlichen Sanktionen, Reihe Kriminologie Bd. 12, Zürich 1994, 391 ff.; DERS., Die Grundzüge des Vorentwurfs für ein Bundesgesetz über die strafrechtliche Stellung von Kindern und Jugendlichen, ZStrR 105 [1988] 138 ff.).

<sup>428</sup> Gestützt auf einen Vorentwurf von MARTIN STETTLER.

<sup>429</sup> Mit 12 Jahren läge das Strafmündigkeitsalter im internationalen Vergleich immer noch ausgesprochen *tief* (vgl. dazu FRIEDER DÜNKEL, Das Jugendgerichtsgesetz Deutschlands im internationalen Vergleich, in: Grundfragen des Jugendkriminalrechts und seiner Neuregelung, Bonn 1992, 92 ff., 96). Spätestens seit dem aufsehenerregenden Liverpooller Tötungsdelikt im Jahre 1993 wurde indessen ins Bewusstsein gerufen, dass schon zehn- und elfjährige Kinder in der Lage sein können, schreckliche Gewalttaten zu verüben.

nur dann ausgesprochen werden können, wenn der Jugendliche nicht nur tatbestandsmässig und rechtswidrig, sondern zudem auch schuldhaft gehandelt hat.<sup>430</sup> Ist dies der Fall, sollen aber auch Strafen mit verschuldensunabhängigen Massnahmen *verknüpft* werden können, um flexible, auf den Einzelfall zugeschnittene Lösungen zu ermöglichen. Die Expertenkommission möchte die bestehenden Jugendstrafen und -Massnahmen sodann effizienter ausgestalten und mit neuen Sanktionen ergänzen. So soll unter der Bezeichnung «Aufsicht»<sup>431</sup> geeigneten Personen oder Stellen<sup>432</sup> Einblick und Auskunft über die von Inhabern der elterlichen Gewalt getroffenen Betreuungs- und Behandlungsmassnahmen gegeben werden. Mit der Anordnung der Aufsicht kann der Richter weitere Weisungen an die Eltern verbinden.<sup>433</sup> Bei der «persönlichen Betreuung» ist dem Jugendlichen ebenfalls ein persönlicher Helfer zur Seite zu stellen, der «ständig und aktiv» die Erziehungsberechtigten unterstützt und den Jugendlichen betreut.<sup>434</sup> Die urteilende Behörde kann dem Betreuer sogar bestimmte Erziehungsbefugnisse übertragen und die elterliche Gewalt entsprechend beschränken.<sup>435</sup> Auch die «ambulante Behandlung» von Störungen mit Krankheitswert<sup>436</sup> soll gegen den Willen der Eltern durchgesetzt werden können.<sup>437</sup> Falls die genannten Massnahmen nicht ausreichen, wird (wie bis anhin) eine «Unterbringung» des Jugendlichen bei Privatpersonen oder in Erziehungs- und Behandlungseinrichtungen möglich sein.<sup>438</sup>

Nach dem Entwurf der Expertenkommission kommen bei schuldhafter Delinquenz (allenfalls neben Massnahmen) *Jugendstrafen* in Frage, sofern ein Absehen von der Bestrafung<sup>439</sup> oder ein Aussetzen des Entscheides<sup>440</sup> nicht möglich ist. Neben der Verwarnung,<sup>441</sup> der Busse<sup>442</sup> und der

<sup>430</sup> VE ExpK, Art. 19 Ziff. 1; vgl. STETTLER (Fn. 427 [1992]), 336.

<sup>431</sup> VE ExpK, Art. 11.

<sup>432</sup> Insbesondere Jugendämter und Sozialarbeiter/-innen.

<sup>433</sup> Z.B. medizinische Untersuchung, Einleitung einer Therapie oder Beratung usw.

<sup>434</sup> VE ExpK, Art. 12; Bericht ExpK (Fn. 263), 152. Die jugendstrafrechtlichen Massnahmen «ne s'adressent pas seulement au mineur, mais aussi à ses parents, voire même (...) à toute la communauté familiale», STETTLER (Fn. 427 [1992]), 333.

<sup>435</sup> Die ExpK nennt etwa den Abschluss eines Lehrvertrages.

<sup>436</sup> Insbesondere gesundheitliche, psychische sowie Alkohol- und Drogenprobleme.

<sup>437</sup> VE ExpK, Art. 13; Bericht (Fn. 263), 153.

<sup>438</sup> VE ExpK, Art. 14. Für den Fall einer Einweisung in eine *geschlossene* Einrichtung muss die Behandlungsbedürftigkeit und die Notwendigkeit einer solchen Unterbringung durch *Gutachten* festgestellt sein (Art. 14 Ziff. 4, Bericht, 153 f.).

<sup>439</sup> VE ExpK, Art. 20.

<sup>440</sup> VE ExpK, Art. 21.

<sup>441</sup> VE ExpK, Art. 22.

<sup>442</sup> Die Geldstrafe (bis zu Fr. 2 000.–) soll weiterhin an ein Mindestalter von 15 Jahren gebunden sein. Der VE ExpK (Art. 25) schlägt indessen eine vom Erwachsenenstrafrecht abweichende besondere Regelung hinsichtlich Höhe und Vollzug der Busse vor. Für die Jugendbusse ist – wie bis anhin – der bedingte Strafvollzug möglich (Art. 29 Ziff. 1).

(schon 1971 eingeführten) Verpflichtung zu einer Arbeitsleistung<sup>443</sup> ist neu ein *Fahrverbot* bis zu zwei Jahren<sup>444</sup> vorgesehen. Gegenüber mehr als 16 Jahre alten Straffälligen soll für bestimmte besonders schwerwiegende Delikte<sup>445</sup> neu eine *qualifizierte Freiheitsentziehung* von bis zu vier Jahren möglich sein.<sup>446</sup> Im Bericht der Expertenkommission wird indessen nachdrücklich betont, dass eine derart schwere Bestrafung Jugendlicher nur in besonderen Ausnahmefällen<sup>447</sup> möglich sein kann.

Noch stärker als die Revision des Erwachsenen-Sanktionenrechts entspricht die Zielrichtung des neuen Jugendstrafrechts meines Erachtens den Bedürfnissen und Problemen der heutigen Konsum- und Wohlstandsgesellschaft. Es wird in besonderem Masse an die Selbstverantwortlichkeit appelliert, der straffällige Jugendliche wird (unter Einbezug des Erziehungsumfeldes) als Individuum ernst genommen und die Auswahl und Anpassung auf den Einzelfall zugeschnittener Sanktionen verbessert sich.

<sup>443</sup> Die Arbeitsleistung kann ausser im Interesse der Allgemeinheit (z.B. Säuberung von Seeufern, Parkanlagen und Wäldern) und zu gemeinnützigen Zwecken (z.B. Mithilfe im Altersheim) auch zu Gunsten des *Geschädigten* erfolgen (VE ExpK, Art. 23 Ziff. 1). Dies ist sehr zu begrüßen, da damit *an die soziale Verantwortlichkeit des Jugendlichen appelliert* werden kann und ein realer «Sinn» der Strafe einsichtig wird.

<sup>444</sup> VE ExpK, Art. 24; nötigenfalls kann das Fahrzeug (in Frage kommen insbesondere Mofas und Mopeds zum persönlichen Gebrauch) amtlich verwahrt werden.

<sup>445</sup> Insbesondere vorsätzliche Tötung, Mord, qualifizierter Raub, qualifizierte Vergewaltigung, ferner schwere Körperverletzung, falls der Täter «besonders skrupellos» gehandelt hat (VE ExpK, Art. 26 Ziff. 2; Bericht [Fn. 263], 172).

<sup>446</sup> VE ExpK, Art. 26 Ziff. 2. – Das *bisherige* Recht sah für Jugendliche ab 15 Jahren die «Einschliessung» von einem Tag bis zu einem Jahr vor (Art. 95 Ziff. 1 Abs. 1 StGB). Möglich war gemäss Art. 91 Ziff. 2 StGB auch die Einweisung in ein *Erziehungsheim* für eine Mindestdauer von zwei Jahren (schon Ziff. 1 nannte diesbezüglich *keine Höchstdauer* der entsprechenden Massnahme; zur Einweisung in eine *Arbeitserziehungsanstalt* bzw. in ein *Therapie-* oder *Nacherziehungsheim* s. Art. 93<sup>bis</sup> Abs. 2, Art. 93<sup>ter</sup> StGB). Der VE STETTLER (Art. 19 Ziff. 3) hat gar eine Freiheitsstrafe von bis zu *sechs* Jahren vorgeschlagen, und dies sogar für *Fünfzehnjährige*, vgl. REHBERG (Fn. 255, 5. Aufl.), 156; STETTLER (Fn. 427 [1988], 151). STETTLER weist allerdings darauf hin, dass nach geltendem Recht die Versuchung bestanden hat, zeitlich *unbegrenzte* freiheitsentziehende Sanktionen unter der «Etikette» Erziehungsheim zu «verstecken», vgl. STETTLER (Fn. 427 [1992], 337); DERS. (Fn. 427 [1988]), 151 f.; s. auch HANNES TANNER, Effekte des Massnahmenvollzuges bei besonders erziehungsschwierigen Jugendlichen in der Schweiz, Krim.Bull. 1992 1/2, 53 ff. Die Revision führt insofern zu *klarerer rechtsstaatlichen Schranken*.

<sup>447</sup> Nämlich bei schwersten Gewaltdelikten, welche «verhältnismässig kurz vor dem Erreichen des vollen Strafmündigkeitsalters» von 18 Jahren verübt wurden, und falls andere Sanktionen nicht möglich bzw. wirkungslos erscheinen (vgl. Bericht [Fn. 263], 170 ff.). «Im Normalfall» wird die Höchstdauer der Freiheitsentziehung «bei einem Jahr belassen» (VE ExpK, Art. 26 Ziff. 1; Bericht, 170). Bedenklich könnte (im Lichte von Art. 6 Ziff. 1 EMRK) erscheinen, dass Art. 34 VE ExpK den Kantonen (insbesondere für schwere Sanktionen dieser Art) zwar eine *richterliche Instanz* vorschreibt, jedoch nicht bestimmt, dass diese mit *voller Kognition* bezüglich Rechts- und Tatfragen ausgestattet sein müsse. Danach könnte theoretisch eine Verwaltungsbehörde einen 16jährigen für vier Jahre einsperren, und die Rechtskontrolle durch ein kantonales Kassationsgericht müsste genügen.

Gleichzeitig sind die Reformer bestrebt, schädliche bzw. kontraproduktive Wirkungen von Sanktionen zu entschärfen, einer ausufernden Kriminalisierung und Pönalisierung entgegenzusteuern und (insbesondere bei schwerwiegenden Sanktionen) die rechtsstaatlichen Schranken zu festigen. Die «Subsidiarität» der Strafe (insbesondere des Freiheitsentzuges) zugunsten von Prävention,<sup>448</sup> Diversion (Absehen von förmlichen Verfahren), Wiedergutmachung, ambulanten Massnahmen und Erziehungshilfen steht denn auch im Mittelpunkt der von UNO und Europarat empfohlenen jugendstrafrechtlichen Mindestgrundsätze.<sup>449</sup> Ebenso beginnt sich im Bereich der Jugend-Schwerstkriminalität die zeitlich *begrenzte* Freiheitsstrafe gegenüber der unbestimmten Jugendstrafe (Erziehungsheim<sup>450</sup>) weltweit durchzusetzen.<sup>451</sup>

Die internationale Entwicklung des Jugendstrafrechts ist um so aufmerksamer zu verfolgen, als ihm eine historisch belegbare *Vorreiterfunktion* für die Reformen des Erwachsenenstrafrechts zukommen kann.<sup>452</sup> Leider ist das Jugendstrafrecht in der Schweiz (immer noch) die Domäne einiger weniger Spezialisten.

#### D) Kriminalpolitische Wertung – Der unausweichliche Konflikt zwischen Rechtsgüterschutz und Durchsetzung von Sanktionsbedürfnissen

Den Reformen des Sanktionenrechts wird mit beharrlicher Regelmässigkeit vorgehalten, sie verfolgten eine übertriebene «Humanisierung» des Strafrechts. Die Straftäter würden mit «Samthandschuhen» angefasst, und der Vollzugsalltag nähere sich allmählich bequemen «Pfadfinderlagerverhältnissen». Bei allen Vorbehalten und Fragezeichen zu verschiedenen Revisionsvorschlägen vermag ich diese Ansicht (sei sie jeweils pole-

<sup>448</sup> Bei den Präventionsbemühungen müssen «über formelle Jugendkontrolle hinaus die grundlegenden sozialen und d.h. für das Verhalten von Jugendlichen entscheidenden Prozesse einbezogen werden» (HANS-JÖRG ALBRECHT, Präventive Notwendigkeit jugendkriminalrechtlicher Interventionen jenseits von Diversion und Täter-Opfer-Ausgleich, in: Grundfragen des Jugendkriminalrechts und seiner Neuregelung, Bonn 1992, 254 ff., 265).

<sup>449</sup> S. Nr. 17.1c der von der Vollversammlung der Vereinten Nationen erlassenen «Beijing-Grundsätze» (ZStW 99 [1987] 253ff., 273) sowie die Empfehlung R (87) 20 Nr. 13 des Ministerkomitees der Mitgliedstaaten des Europarates.

<sup>450</sup> Art. 91 Ziff. 2, Art. 93<sup>ter</sup> StGB.

<sup>451</sup> Dem Beispiel Skandinaviens folgten bisher z.B. Grossbritannien, Deutschland, Österreich, Kanada und Neuseeland (vgl. DÜNKEL [Fn. 429], 94); s. auch VE ExpK, Art. 26 Ziff. 2.

<sup>452</sup> Vgl. DÜNKEL (Fn. 429), 95; JUNG (Fn. 325), 103 ff.; s. als neueres Beispiel den oben, B 1., erwähnten «Aussergerichtlichen Tatausgleich» in Österreich, der ab 1988 im Jugendstrafrecht erprobt und 1992 auch im Erwachsenenstrafrecht versuchsweise eingeführt worden ist. Allerdings sind «Analogien» zwischen Jugend- und Erwachsenenstrafrecht nur unter *Vorbehalten* zulässig, welche sich namentlich aus der grundsätzlich noch nicht voll entwickelten Verantwortungsfähigkeit Jugendlicher ergeben können.



misch-überspitzt oder vorsichtig-diplomatisch formuliert) im Hinblick auf die jüngsten Reformtendenzen *nicht* zu teilen.

Zwar trifft es zu, dass im Laufe der Strafrechtsgeschichte unmenschliche Foltern und Körperstrafen als staatliche Inquisitions- und Bestrafungspraktiken zunehmend vergleichsweise «humaneren» prozessualen Zwangsmitteln und Sanktionen gewichen sind.<sup>453</sup> Irreführend wäre es jedoch, die Reformentwicklung als Ausfluss einer allgemeinen Nachsichtigkeit gegenüber dem Täter oder gar als humanistische «Gefühlsduselei»<sup>454</sup> interpretieren zu wollen.<sup>455</sup> Im einleitenden Paragraphen haben wir gesehen, dass die Kriminalreform *Produkt und Spiegelbild äusserst vielschichtiger Prozesse gesellschaftlichen Wandels* darstellt. Was das Sanktionenrecht betrifft, ist über die Jahrhunderte und Jahrzehnte nicht nur die Eingriffsintensität der Strafen und Massnahmen tendenziell<sup>456</sup> gesunken, mit dem Anstieg des Lebensstandards in der Konsum- und Wohlstandsgesellschaft geht gleichzeitig eine erhöhte Strafempfindlichkeit einher.<sup>457</sup> Zugleich können gewandelte Wertanschauungen zu veränderten Gewichtungen unter den tangierten Rechtsgütern der Allgemeinheit und der direkt Betroffenen (insbesondere Opfer, Täter und ihre Angehörige) führen. Der *Kompromiss* zwischen diesen antinomischen Interessen stellt geradezu die Essenz des kriminalpolitischen Prozesses dar. Sodann verlangt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit bzw. die Konzeption des Strafrechts als *ultima ratio*, dass bei ungefähr gleicher präventiver Effizienz (bzw. Ineffizienz!) die für den Betroffenen «mildere» Sanktion verhängt wird.<sup>458</sup>

<sup>453</sup> S. dazu oben, § 1 II. C. Art. 3 des Vorentwurfes von 1894 zum Urner Strafgesetzbuch lautete wie folgt: «Der Zuchthaussträfling erhält zum Antritt der Strafzeit 10 Tage Dunkelarrest bei schmaler Kost; er verbüsst das erste Jahr in Einzelhaft, die ersten drei bis sechs Monate mit Fussketten» (zitiert nach SCHULTZ [Fn. 100], 194).

<sup>454</sup> Etwa von sogenannten «Linken und Netten».

<sup>455</sup> ARNOLD KOLLER (Fn. 201, 347) spricht im Zusammenhang mit sinkenden Pönalisierungstendenzen bei der «traditionellen» Kriminalität von einem «neuen Empfinden im Strafrecht». HANS SCHULTZ (Fn. 171, 808) bezeichnet die «Milderung des Strafrechts» gar als «die massgebende allgemeine Tendenz der Kriminalpolitik»; zum «mouvement moderne de dépenalisation» s. auch MARC ANCEL, Directions et directives de politique criminelle dans le mouvement de réforme pénale moderne, in: Festschrift Jescheck, Bd. 2, Berlin 1985, 779 ff., 787. – Zu einem *neuen kriminalpolitischen Denken* (vor allem im Strafprozessrecht) hat auf der anderen Seite aber auch die *Opferperspektive* geführt (vgl. z.B. HORST SCHÜLER-SPRINGORUM, Kriminalpolitik für Menschen, Frankfurt/M. 1991, 218 ff., 224); s. für den Bereich des Sanktionensystems auch die Hinweise zum Täter-/Opfer-Ausgleich, oben, B I.

<sup>456</sup> Als Beispiel einer *gegenläufigen* Entwicklung s. etwa den im vorangegangenen Abschnitt erwähnten Art. 26 Ziff. 2 des VE ExpK zu einem neuen Bundesgesetz über die Jugendstrafrechtspflege (oder den oben in C I. erwähnten Vorschlag der ExpK betreffend die stationäre Behandlung Alkoholsüchtiger im Falle von Übertretungen).

<sup>457</sup> Zur Entwicklung von Strafsensibilität s. DAVID GARLAND, Punishment and Modern Society, Oxford 1990; PIETER SPIERENBURG, The Spectacle of Suffering, Cambridge 1984.

<sup>458</sup> Vgl. KUNZ (Fn. 218), 62; SCHULTZ (Fn. 345), 29; s. zum «ultima ratio»-Gedanken auch NIGGLI (Fn. 182), 236 ff. Die *Beweislast* des Gesetzgebers («in dubio pro libertate») gilt nicht nur für die Frage der Wahrscheinlichkeit einer Rechtsgutsverletzung (s. dazu

Wie ebenfalls schon gezeigt,<sup>459</sup> hat die moderne (empirisch orientierte) Strafrechtswissenschaft ausserdem begonnen, Teilbereiche der Kriminalität als Resultat und Ausdruck *sozialer Konflikte* zu begreifen.<sup>460</sup> Dies kann zu mehr Verständnis und Solidarität gegenüber Straffälligen, zu Aufgeschlossenheit gegenüber der «Normalität» von abweichendem Verhalten und Alltagskriminalität sowie zu einem rationaleren und selbstkritischeren Umgang mit Straffälligen führen.<sup>461</sup> – Eine so verstandene stärkere «Toleranz» gegenüber Straftätern ist freilich nicht zu verwechseln mit Billigung der Straftat oder rechtsfeindlicher Haltungen. Auch Toleranz hat ihre Grenzen. Gegenüber rücksichtslosen Schwerverbrechern wäre sie fehl am Platz.<sup>462</sup> Ein moderneres Sanktionensystem setzt sodann ein gewisses Minimum an *Akzeptanz und Problembewusstsein* in der Bevölkerung voraus. Das Strafrecht darf sich nicht zu weit von den tradierten Anschauungen der Bürger entfernen. Andernfalls setzt es sich als Mechanismus der Sozialkontrolle selber ausser Funktion. Wo die Ablehnung von sinnvollen Reformbemühungen hingegen auf Vorurteilen, mangelnder Information und billiger politischer Effekthascherei beruht, sollte mit sachlicher Aufklärung dagegen angekämpft werden.<sup>463</sup> Die Kriminalreform stützt sich nicht zuletzt auch auf die Erkenntnis, dass wichtige Teile des bisherigen Sanktionensystems der Verbesserung, Ergänzung und Modernisierung bedürfen.<sup>464</sup>

---

oben, § 3 III.), sondern auch für die *Präventionstauglichkeit* einer Sanktion (vgl. KUNZ [Fn. 218], 63).

<sup>459</sup> S. dazu oben, § 1 III. B.

<sup>460</sup> Insbesondere Sucht- und Drogenproblematik, Migrations- und Ausländerproblematik, Arbeitslosigkeit sowie andere ungelöste wirtschaftliche, soziale und kulturelle Konfliktherde.

<sup>461</sup> Der Abbau von Hypokrisie und Schadenfreude gegenüber Straffälligen hat leider mit dem Abbau übermässig belastender Sanktionen nie ganz Schritt gehalten. HANS SCHULTZ (Wege des Strafrechts, ZBJV 130 [1994] 313) spricht in diesem Zusammenhang von einer «pharisäische(n) Scheidung der Welt der Guten von der der Bösen». Auch die der (zahlenmässig eher geringen) Schwerekriminalität entgegengebrachte *übertriebene Publizität und Sensationslust* kann eine aufgeschlossene Haltung gegenüber Straftätern gefährden (vgl. SCHULTZ [Fn. 100], 199; s. auch EVA WYSS, Kriminalitätsberichterstattung und ihre Wirkung auf öffentliche Meinung und Kriminalpolitik, in: BAUHOFFER/BOLLE [Hrsg.], Reform der strafrechtlichen Sanktionen, Reihe Kriminologie Bd. 12, Zürich 1994, 291 ff.).

<sup>462</sup> Allerdings nimmt diese Täterkategorie einen – kriminalstatistisch gesehen – *sehr kleinen Anteil der Straffälligen* ein. 1991 wurden in der Schweiz insgesamt 47 098 Freiheitsstrafen verhängt. Lediglich 0,2% davon betrafen Freiheitsstrafen von fünf Jahren Dauer und länger; mehr als ein Jahr Gefängnis wurde in insgesamt 0,7% aller Fälle verhängt (Quelle: Bundesamt für Statistik, Statistisches Jahrbuch der Schweiz).

<sup>463</sup> Die Frage ist nur: Wer leistet diese Aufklärungsarbeit? Die Presse? Die Behörden? Die juristische Fachliteratur?

<sup>464</sup> Auch die «Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft», welche sich zum Grossteil aus Strafjustizpraktikern zusammensetzt und zu den strengsten Kritikern des Vorentwurfes der Expertenkommission gehört, hat in ihrer Jahresversammlung vom 9./10. Juni 1994 in Fribourg *auf sehr vielen Teilgebieten eine Änderung des StGB befürwortet*

Bei allen Vorbehalten in – mehr oder minder wichtigen – Details will mir scheinen, dass sich die sanktionenrechtliche Strafreform in der Schweiz unter diesem Licht betrachtet auf dem richtigen Weg befindet.<sup>465</sup> Sie ist bemüht, die Strafzwecke zu versachlichen, die divergierenden Ziele und Teilaspekte des Rechtsgüterschutzes und der Rechtsstaatlichkeit zu harmonisieren sowie die Eigenverantwortlichkeit des Straffälligen und die Versöhnung mit dem Opfer zu fördern. In der tagespolitischen Auseinandersetzung um «innere Sicherheit» (mit den «Gravitationszentren» Verbrechensfurcht, Ausländerimmigration und Drogenbekämpfung) dürfte eine auf rationale Argumente bauende Strafrechtsreform freilich *keinen leichten Stand* haben.

#### § 4 Die normative Wirkung des gesellschaftlichen Wandels

Die formale Korrektur des strafrechtlichen Rechtsgüter- und Sanktionenkataloges erfolgt auf gesetzgeberischem Wege und zum Teil über die Strafrechtspraxis. Wir haben allerdings bemerkt, dass das Strafrechtssystem von divergierenden Wertanschauungen und vom politischen Meinungskampf ständig «informell» beeinflusst wird. Auch der Richterstuhl ist keine ideologiefreie Insel.<sup>466</sup> Das Recht (und besonders das Kriminal-

---

(insbesondere: Zurückdrängung der kurzfristigen Freiheitsstrafe, Einführung der Geldbusse nach dem Tagessatzsystem, Einführung des «sursis partiel», der Gemeinnützigen Arbeit und des richterlichen Fahrverbotes; begrüsst wird auch das von der Expertenkommission vorgeschlagene neue Massnahmenrecht; zum letzteren s. WIPRÄCHTIGER [Fn. 393], 405 ff.).

<sup>465</sup> Skeptischer – zumindest gegenüber den Vorschlägen des VE SCHULTZ – äussert sich REHBERG (Fn. 309), 227. Zum *Expertenentwurf* von 1993 haben sich CVP und SP im *Vernehmlassungsverfahren* am positivsten ausgesprochen, skeptischer die FDP und am stärksten ablehnend die SVP. Bei den Kantonen kam die deutlichste Ablehnung aus dem Kanton Waadt, deren Regierung gar den Sinn der Totalrevision grundsätzlich anzweifelt (vgl. dazu «NZZ» Nr. 112 vom 16. Mai 1994). Stark ablehnend ist auch der Bericht der Arbeitsgruppe der *Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft* (SKG) zuhanden der Generalversammlung vom 9./10. Juni 1994 ausgefallen; s. auch Vernehmlassung zur Totalrevision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches, ZStrR 112 (1994) 354 ff. (*kritisch* zum Expertenentwurf [«teilweise quer in der Landschaft»] auch FELIX BÄNZIGER, Bedenken gegen Strafgesetzrevision, die Stellungnahme der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft zur Totalrevision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Kriminalistik 48 [1994] 501 ff.; BERNARD BERTOSSA, Une réforme surréaliste: Peut-on encore parler de peines privatives de liberté?, ZStrR 112 [1994] 430 f.; MAURER [Fn. 317], 388 ff.; SCHNELL [Fn. 394]). Arg zerzaust wird die kritische Stellungnahme der SKG zum Expertenentwurf dagegen von RIKLIN (Fn. 335). Eine detaillierte Entgegnung auf Kritik am Vorentwurf der Expertenkommission findet sich ferner bei FRANZ RIKLIN, Neue Sanktionen und ihre Stellung im Sanktionensystem, in: BAUHOFFER/BOLLE (Hrsg.), Reform der strafrechtlichen Sanktionen, Reihe Kriminologie Bd. 12, Zürich 1994, 143 ff.; s. auch GÜNTER STRATENWERTH, Gesellschaftliche Sicherheit und Strafrechtsreform, Plädoyer 1994 Nr. 3, 24 ff.

<sup>466</sup> Und soll dies auch nicht sein (vgl. dazu oben, § 1 I.).

recht) erweist sich als Sozial- und Kulturprodukt,<sup>467</sup> es beeinflusst seinerseits die tägliche Realität.<sup>468</sup> Die sich wandelnden gesellschaftlichen «Realien» wiederum bestimmen die Wahrnehmung von Kriminogenität, die Definition der Sozialschädlichkeit eines Verhaltens<sup>469</sup> sowie die kriminalpolitischen Tendenzen bei der Anpassung des strafrechtlichen Sanktionensystems.<sup>470</sup>

Ohne *gesetzgeberischen oder richterlichen Willen* gibt es indessen keine Korrekturen des strafrechtlichen Rechtsgüter- und Sanktionenkataloges. Es fragt sich nun, ob Strafreformer und Richter bei der Bildung dieses Willens völlig frei sind, oder ob dem Wandel der gesellschaftlichen «Realia» ein normbildender Status<sup>471</sup> zukommt. Anders gefragt: Inwiefern *müssen* Gesetzgeber und Richter auf den Wandel der Erkenntnisse und Wertanschauungen Rücksicht nehmen und das Kriminalrecht modernisieren?

## I. *Entpolitisierung der Strafgesetzgebung und Versachlichung der Kriminalpolitik*

### A) Formelle und «informelle» Strafgesetzgebung

Von BISMARCK soll die Behauptung stammen, Würste und Gesetze würden einem weniger schmecken, wenn man mehr über ihre Herstellung wüsste. Zuerst fragt sich, welche Instanz und welcher Prozess überhaupt gemeint ist, wenn wir von «Strafgesetzgebung» sprechen. Aus formalstaatsrechtlicher Sicht scheint jedenfalls die Frage nach dem «formellen» Gesetzgeber im Bereich des strafrechtlichen Rechtsgüter- und Sanktionenkataloges leicht beantwortbar.<sup>472</sup> Diese Perspektive ist allerdings zu eng. Aus rechtssoziologischer und politikwissenschaftlicher Warte erweist sich

<sup>467</sup> Vgl. dazu oben, § 1 II. Der rechtssoziologische, rechtshistorische und rechtsvergleichende Forschungsstand lässt konkretere Aussagen zu als den allgemeinen Hinweis auf «wabernde Zeitströmungen» (JUNG [Fn. 325], 192).

<sup>468</sup> S. die Beispiele oben, § 1 I. B.

<sup>469</sup> Und damit den Rechtsgüter- und Tatbestandskatalog (vgl. dazu oben, § 1 III., § 2).

<sup>470</sup> Vgl. oben, § 3 II.

<sup>471</sup> In der Gesetzgebungstheorie ist in diesem Zusammenhang von der «rechtsgestaltenden Kraft der Lebensbedürfnisse» oder von «normbildender Kraft der Realia» die Rede (s. PRISCA JERMANN, Die Vorgegebenheiten und Randbedingungen der Rechtssetzung, in: KURT EICHENBERGER et al. [Hrsg.], Grundfragen der Rechtssetzung, Basel 1978, 189 ff., 191, 193).

<sup>472</sup> Im Bund treten als formeller Strafgesetzgeber die Bundesversammlung (64<sup>bis</sup> Abs. 1 i.V.m. Art. 84 BV) sowie indirekt (über das Gesetzesreferendum, Art. 89 Abs. 2 BV) die Stimmbürger auf (s. z.B. ULRICH KLÖTI, Politikformulierung, in: Handbuch Politisches System der Schweiz, Bd. 2, Bern 1984, 313 ff., 329 ff.; ROLF ZWAHLEN, Opposition in der direkten Demokratie, Diss. ZH 1979, 147 ff.); im Sanktionen-Vollzugsrecht des Bundes sind sodann materielle Gesetzgebungsdelegationen an den Bundesrat erfolgt (Art. 397<sup>bis</sup> StGB; s. auch MARCEL BUTTLIGER, Die Verordnungstätigkeit der Regierung insbesondere deren Kontrolle durch das Parlament mittels Verordnungsvorbehalt, Diss.

der Gesetzgebungsvorgang als äusserst komplex und verschlungen. In die politischen Prozesse der Strafgesetzgebung (und teilweise auch der Rechtsfortbildung) sind die verschiedensten informellen Einflussgrössen eingebunden. Ausser den zuständigen politischen Gremien mit ihrem «Unterbau» (nebst Parteien,<sup>473</sup> Kantonen und Interessenverbänden<sup>474</sup> ist insbesondere an die vorbereitenden parlamentarischen Kommissionen<sup>475</sup>, Expertengruppen<sup>476</sup> und «federführenden» Verwaltungsabteilungen<sup>477</sup> zu denken) üben zahlreiche Impulsgeber der kriminalrechtlichen Lehre und Praxis<sup>478</sup> ihren Einfluss aus.<sup>479</sup> Wie noch zu zeigen sein wird, betätigen sich

---

ZH 1993, 7 ff.). Im Bereich des kantonalen Verfassungs- und Strafprozessrechtes fungieren ebenfalls Parlamente und Stimmbürger als formelle Gesetzgeber; im kantonalen Übertretungsstrafrecht und Strafvollzugsrecht werden regelmässig materielle Gesetzgebungskompetenzen an die Exekutiven der Kantone und Gemeinden delegiert.

<sup>473</sup> S. ERICH GRUNER, in: ULRICH KLÖTI (Hrsg.), Handbuch Politisches System der Schweiz, Bd. 2, Basel 1984, 135 ff.; WOLF LINDER, Politische Entscheidung und Gesetzesvollzug in der Schweiz, Bern 1987, 212 ff.; RENÉ A. RHINOW, Funktionen und Probleme der politischen Parteien der Schweiz, recht 4 (1986) 105 ff.; GERHARD SCHMID, Politische Parteien, Verfassung und Gesetz, Basel 1981.

<sup>474</sup> S. MAX FLÜCKIGER, Die Anhörung der Kantone und der Verbände im Gesetzgebungsverfahren, Diss. BE 1986, insbes. 18 ff., 175 ff.; FRANÇOIS HÖPFLINGER, in: ULRICH KLÖTI (Hrsg.), Handbuch Politisches System der Schweiz, Bd. 2, Basel 1984, 163 ff.; MAARTEN HELMUT WILLEMSSEN, Die Schweizerische Eidgenossenschaft als lebensfähiges System, Diss. SG 1992, 103 ff.; für die Strafgesetzgebung Englands und der USA s. z.B. MICK RYAN, The Politics of Penal Reform, New York 1983, für Deutschland HELMUTH SCHULZE-FIELITZ, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung – besonders des 9. Deutschen Bundestages (1980-1983), Berlin 1988, 139 ff.; zur Beteiligung der Kantone s. JÜRGE GEIGER, Konsultation der Kantone im Vernehmlassungsverfahren des Bundes, Diss. ZH 1986; s. zum Adressatenkreis des Vernehmlassungsverfahrens auch MARTIN ZOGG, Das Vernehmlassungsverfahren im Bund, Diss. BS 1988, 34 ff.

<sup>475</sup> S. URS W. KAMBER, Die Übertragung von Rechtssetzungskompetenzen vom Parlament auf Parlamentskommissionen, Basel 1980.

<sup>476</sup> S. WALTER BUSER, Das Vorverfahren der Gesetzgebung, ZBl 85 (1984) 145 ff., 149 ff.; JACQUES-MICHEL GROSSEN, L'organisation des travaux préliminaires de législation, in: Probleme der Rechtssetzung, Referate zum Schweizerischen Juristentag 1974, 349 ff.; KLÖTI (Fn. 472), insbes. 321 ff.

<sup>477</sup> S. z.B. RAIMUND E. GERMANN, Regierung und Verwaltung, in: ULRICH KLÖTI (Hrsg.), Handbuch Politisches System der Schweiz, Bd. 2, Basel 1984, 45 ff.; REINHOLD HOTZ, Methodische Rechtsetzung, eine Aufgabe der Verwaltung, Zürich 1983, insbes. 67 ff.; KARL MEIER, Kooperation von Legislative und Exekutive bei der Rechtssetzung im Bunde, Basel 1979, insbes. 114 ff. Den faktischen Einfluss von National- und Ständerat gegenüber den Vorlagen des Bundesrates (etwa bei der Revision des Betäubungsmittelgesetzes von 1975) hat ERNST ZEHNDER untersucht (Die Gesetzesüberprüfung durch die schweizerische Bundesversammlung, Diss. SG 1988, 73 ff., 150 ff.).

<sup>478</sup> Zum Kommunikations- und Rezeptionssystem von juristischer Lehre und Praxis s. FORSTER (Fn. 33), insbes. 149 ff.; die Rechtsprechung des Bundesgerichtes beeinflusst in besonderem Masse die Gesetzgebung, vgl. dazu MARTIN KELLER, Einflüsse des Bundesgerichtes auf die Bundesgesetzgebung, in: Mélanges A. Grisel, Neuchâtel 1983, 301 ff.

<sup>479</sup> Zu denken ist an die interessierten Justizbehörden des Bundes und der Kantone, welche bei Revisionsvorlagen in das Vernehmlassungsverfahren einbezogen werden, an die wissenschaftliche und rechtspolitische Diskussion in der Fachöffentlichkeit oder an die



auch das Bundesgericht<sup>480</sup> und manchmal sogar die kantonalen Strafjustizbehörden<sup>481</sup> als «eidgenössischer Ersatzgesetzgeber». Auf die immer stärker werdende Wirkung der Medien und anderer Träger der «öffentlichen Meinung» auf den politischen Prozess ist bereits hingewiesen worden.<sup>482</sup> Die moderne Normgeneseforschung versucht die Frage auszuleuchten, inwieweit der «formelle» Gesetzgeber tatsächlich die Gesetze inhaltlich ausarbeitet und nicht bloss deren hoheitliche Verbindlichkeit ex post «absegnet».<sup>483</sup> Nicht zuletzt über «informelle» Impulse beeinflusst der gesellschaftliche Wandel die Strafreform.

## B) Kriminalpolitik und Strafrechtsreform im Kraftfeld von Fakten, Kenntnissen und Wertvorstellungen

### 1. Die «Realien» der Strafgesetzgebung

Dass das heutige Strafrecht ein «Sozialprodukt» der Konsum- und Wohlstandsgesellschaft darstellt, haben wir bereits konstatiert.<sup>484</sup> Mit seinen Hinweisen auf die «Realien» der Gesetzgebung hat EUGEN HUBER verdeutlicht, dass Rechtsnormen «ebenso dem Wechsel unterworfen sind, wie die Materialien des gesellschaftlichen Lebens, die sozialen Tatbestände, selber».<sup>485</sup> Schwieriger ist die Fragestellung, inwieweit dem Wandel

---

Berücksichtigung rechtspolitischer Entwicklungen in der *Rechtsanwendung* von Behörden und Gerichten. Dabei orientiert sich «der Gesetzgeber» – wie für die aktuelle Revision des Sanktionenrechtes an mehreren Beispielen gezeigt – nicht zuletzt an den *Entwicklungen im Ausland* und (besonders im Kriminalrecht) an der Praxis der *Rechtsprechungsorgane der Europäischen Menschenrechtskonvention* sowie den Vertragswerken und Resolutionen des Europarates und der Vereinten Nationen (für den in den Gesetzgebungsmaterialien direkt nachweisbaren Einfluss der EMRK auf die Revision der kantonalen Strafprozessgesetze s. z.B. MARC FORSTER, EMRK als Argument: Die ausdrückliche Berücksichtigung der EMRK bei der Revision der kantonalen Strafprozessgesetze und in der Bundesgerichtspraxis zum Strafprozessrecht, Praetor 1988/1, 37 ff.). Auch Standes- und Berufsverbände von Richtern und Anwälten sowie andere *Juristenvereinigungen* (wie z.B. der Schweizerische Juristenverein oder die Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft) schalten sich mit ihren öffentlichen Veranstaltungen und Publikationen in den rechtspolitischen Meinungsbildungsprozess ein. Wie etwa das Beispiel von CARL STOOSS zeigt, können sogar einzelne herausragende Persönlichkeiten die kriminalpolitische Entwicklung stark prägen.

<sup>480</sup> S. dazu unten, II., insbesondere C 1.-3.

<sup>481</sup> S. unten, II. C 4.

<sup>482</sup> S. oben, § 1 I. A.

<sup>483</sup> Entsprechend wird auch von der blossen «Mitwirkung» der Bundesversammlung am Gesetzgebungsprozess bzw. von «Gesetzesüberprüfung» gesprochen (s. ZEHNDER [Fn. 477], 3 ff.).

<sup>484</sup> S. oben, § 1 II.-III.

<sup>485</sup> Der «Vater des ZGB» (1849-1923) hat die Entstehung von Rechtssätzen auf zwei «allmächtige Momente» zurückgeführt, die «Ideen» und die «Realien». «Die Ideen schaffen den Antrieb, in der Ordnung der menschlichen Gesellschaft die Gerechtigkeit zu verwirklichen, sie gebären zwar nicht die Interessen, aber sie verlangen nach der vernünftigen Ordnung derselben im Zusammenleben der Menschen. (...) Die Realien aber stellen sich uns als die tatsächlichen Verhältnisse, als die realen Mächte dar, mit

der gesellschaftlichen Realien ein *normbildender Rechtsquellenstatus* zukommt, inwieweit der Gesetzgeber der Entwicklung von Fakten, Kenntnissen und Wertvorstellungen Rechnung tragen *muss*.

Gemäss einer Grundregel der Rechtsetzungslehre sollte sich der Gesetzgeber hinsichtlich der Bedingungen, Ziele und Wirkungen seiner Tätigkeit nicht mit Vermutungen begnügen, wo er sich Kenntnisse verschaffen kann.<sup>486</sup> Als traditionelle Gebiete der kriminalpolitischen «juristischen Faktenanalyse» gelten Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und die sogenannte «Rechtstatsachenforschung».<sup>487</sup> Letztere versucht, die sozialen, kulturellen, wirtschaftlichen und technischen Ursachen und Begleitumstände des bisherigen Rechts zu erhellen, umgekehrt aber auch die rechtlichen Ursachen für bestimmte gesellschaftliche Entwicklungen und Zustände aufzuzeigen.<sup>488</sup> Den Kriminalpolitiker müssten insbesondere empirische Forschungsergebnisse zu den gesamtgesellschaftlichen kriminogenen Faktoren<sup>489</sup> und zu den Wirkungen von Sanktionen<sup>490</sup> interessieren. Leider wird in der Gesetzgebungspraxis zu oft noch aufgrund von vorgefassten Meinungen und Wertvorstellungen, laienhaftem «Erfahrungs-» und Alltagswissen, ungeprüften Statistiken und vermeintlichen wissenschaftlichen Erkenntnissen oder kühnen Spekulationen legifert.<sup>491</sup> Sachkenntnis begünstigt die «Entpolitisierung» des Strafrechts.

---

denen unter jeder menschlichen Vergesellschaftung gerechnet werden muss» (EUGEN HUBER, *Recht und Rechtsverwirklichung*, 2. Aufl., Basel 1925, 281 f.); zum Verhältnis zwischen Norm und Realität als «Schlagerthema» von Rechtsphilosophie und Rechtstheorie» s. auch RENÉ A. RHINOW, *Rechtsetzung und Methodik*, Basel 1979, 72 ff.

<sup>486</sup> Vgl. PETER NOLL, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek 1973, 87; die wissenschaftliche Ausleuchtung des Zusammenwirkens von Rechtstatsachenforschung und Gesetzgebung (auch «Politikberatung» genannt) steht noch in ihren Anfängen (s. dazu LINDER [Fn. 473], 5; ULRICH KLÖTI/GERALD SCHNEIDER, *Die Informationsbeschaffung des Gesetzgebers*, Grösch 1989, 15 ff.).

<sup>487</sup> S. NOLL (Fn. 206), 88, 92 ff. Teilweise wird auch noch die *Rechtsphilosophie* (als tragende Säule für kriminalpolitische *Wertentscheidungen*) dazugezählt (vgl. HEINZ ZIPP, *Kriminalpolitik*, 2. Aufl., Heidelberg 1980, 20); zur kriminalpolitischen Rolle der Strafrechtswissenschaft, insbesondere der Strafrechtsvergleichung, s. KNUT AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, ZStW 92 (1980) 19 ff., 35 ff., 44.

<sup>488</sup> Die Tendenz zu *interdisziplinärer* Forschung wird von PETER NOLL als «Folge der zunehmenden Spezialisierung und ein Versuch, deren Nachteile hinterher wieder zu beseitigen» interpretiert (NOLL [Fn. 206], 64). KURT EICHENBERGER (Zur Lage der Rechtsetzung, in: *Grundfragen der Rechtsetzung*, Basel 1978, 3 ff., 5) hat eine «offene Vielzahl von Disziplinen» zur Teilnahme an der Gesetzgebungswissenschaft ermuntert.

<sup>489</sup> S. dazu oben, § 1 III.

<sup>490</sup> S. die Literaturhinweise oben, § 3.

<sup>491</sup> Soweit kriminalpolitisch verwertbare Untersuchungen überhaupt existieren und «den Gesetzgeber» erreichen, fragt es sich, ob die jeweiligen am Gesetzgebungsprozess Beteiligten sich auch objektiv und systematisch damit auseinandersetzen oder nicht vielmehr eine (bewusste oder unbewusste) *Auswahl* treffen, welche ihren vorläufig gefassten Meinungen und Wertvorstellungen entgegenkommt (zur Problematik des hermeneutischen «Zirkelschlusses» und des «konsonanten Argumentierens» s. z.B. FORSTER [Fn. 33], 189 ff., 267 ff.). Oft sind empirisch tätige Wissenschaftler auch mehr an der Exaktheit und Erkenntnissicherheit ihrer Untersuchungen interessiert als an deren

## 2. Funktionen der Wissenschaft im kriminalpolitischen Prozess

Die Grenzen des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes und die Fundamente des Sanktionensystems werden im kriminalpolitischen Prozess<sup>492</sup> ausgehandelt. Gesetzgebung ist ein «Bazar» der sich widerstreitenden politischen Wertungen und Interessen. Die Wissenschaft kann hier lediglich rationale Leitplanken und «Marktregeln» beisteuern. Den Bemühungen um «endogen-dogmatische» Rechtsgüterdefinition<sup>493</sup> sind, wie gezeigt, enge Grenzen gesetzt.<sup>494</sup> Ähnliches gilt für die Sanktionenlehre.<sup>495</sup> Wissenschaftliche Erkenntnisse aus allen relevanten Bereichen der strafrechtlichen «Realia» und ein nach rechtsstaatlichen Regeln geführter öffentlicher und transparenter kriminalpolitischer Diskurs<sup>496</sup> tragen bei der Revision des Rechtsgüter- und Sanktionensystems jedoch zur Versachlichung<sup>497</sup> der Diskussion um die Sozialschädlichkeit eines inkriminierten Verhaltens bzw. um die Präventionseignung und Angemessenheit von Sanktionen bei.<sup>498</sup> Die Wissenschaft muss sich in den kriminalpolitischen Reformprozess einschalten und diese ihr zugewiesene (und allein von ihr zu leistende) «gesetzgeberische» Aufgabe wahrnehmen.<sup>499</sup>

---

kriminalpolitischer Aussagekraft und Verwendbarkeit (vgl. NOLL [Fn. 206], 96; zu den Möglichkeiten und Grenzen der *Kriminologie* als «Beratungshilfe» bei der Strafgesetzgebung s. AMELUNG [Fn. 487], 32 ff.). Sachliche Probleme für den Kriminalpolitiker ergeben sich auch dadurch, dass empirische Untersuchungen sich nicht selten widersprechen und selber vor ideologischen Einflüssen nicht gefeit sind (zu den *Spannungsfeldern* zwischen den kriminalpolitisch relevanten Wissenschaftsbereichen, insbesondere der Kriminologie und der Strafrechtsdogmatik s. AMELUNG [Fn. 487], 45 f.; ZIPF [Fn. 487], 7 ff.).

<sup>492</sup> «Kriminalpolitik» wird in der Lehre allgemein definiert als «Gewinnung und Realisierung der Ordnungsvorstellungen im Bereich der Strafrechtspflege» (ZIPF [Fn. 487], 7). SCHULTZ (Fn. 171, 791) spricht von der «Gesamtheit der *unmittelbar* auf die Bekämpfung der Kriminalität gerichteten staatlichen Vorkehren».

<sup>493</sup> Etwa bei den Bemühungen um einen «materiellen Verbrechensbegriff» oder im Rahmen der strafrechtswissenschaftlichen «ultima-ratio»-Diskussion.

<sup>494</sup> S. zur «blauen Blume» der Rechtsgüterlehre oben, § 2 II. A.

<sup>495</sup> Auch die Rechtstatsachenforschung zu den Bedingungen und Wirkungen von kriminalrechtlichen Sanktionen ist werturteils- und ideologieanfällig, sofern nicht nur «Fliegen gezählt» werden. Trotzdem können empirische Erkenntnisse den Bereich der rechtspolitischen Spekulationen, Vorurteile und Unsicherheiten reduzieren; sogar Werturteile sind einer gewissen rationalen Durchleuchtung zugänglich.

<sup>496</sup> Das Gesetzgebungsverfahren setzt eine «verbindliche, rechtliche Diskussionsordnung» voraus (ARNOLD KÖLLER, Der Kampf ums Recht als Aufgabe des Juristen, SJZ 90 [1994] 109 ff., 115).

<sup>497</sup> Zur Typologie gesetzgeberischer Sachkunde s. ALEXANDER RUCH, Sachkunde und Entscheidungskompetenz in der Rechtssetzung, in: KURT EICHENBERGER et al. (Hrsg.), Grundfragen der Rechtssetzung, Basel 1978, 205 ff., 211 ff.

<sup>498</sup> S. dazu oben, § 2 II. A-B, § 3 II.; ein gewisses Mass an Unkenntnis und Unsicherheit bei der Gesetzgebung bleibt zwangsläufig unvermeidbar (vgl. WERNER BUSSMANN, Rechtssetzung unter Unsicherheit, Gesetzgebung heute 1992/2, 39 ff.).

<sup>499</sup> Nach den Worten von KURT EICHENBERGER soll sich die Gesetzgebungswissenschaft gegenüber der Gesetzgebungspraxis zwar keine «Selbstanpreisung mit Werbung» zumuten, sie hat jedoch «die *eigene Tauglichkeit* unter Beweis zu stellen und dem Empfänger die *Praktikabilität darzutun*» (Die Gesetzgebungslehre in der Staatspraxis, in: Gedäch-

Worin bestehen nun die grundsätzlichen *Funktionen* der «Gesetzgebungswissenschaft» im kriminalpolitischen Prozess? Sie kann schon bei der *Problemdefinition*, bei der Beschreibung des faktischen Ist-Zustandes<sup>500</sup> auf «empirische» und «normative» Rationalität hinwirken. Wie ganz zu Anfang erwähnt, spielt beim Ruf nach neuem oder schärferem Strafrecht etwa die Kriminalitätsfurcht eine massgebliche Rolle.<sup>501</sup> Als kriminalpolitischer Wegweiser taugt sie erst, wenn geklärt ist, worauf sie beruht und ob sie im wesentlichen rational begründet erscheint. Gefühle von Unsicherheit und Angst können vom wirtschaftlich-sozialen «Klima» oder von der Medienberichterstattung jedenfalls mitbeeinflusst sein. Manchmal werden sie von politischen Interessengruppen sogar bewusst angeheizt. Auch «irrationale» Ängste der Bevölkerung sind ernst zu nehmen. Die Wissenschaft muss sie jedoch – gegebenenfalls – als solche enttarnen und zu ihrem Abbau bzw. zur Versachlichung beitragen.<sup>502</sup>

Die Beschwörung einer rationalen Vernunft darf jedoch nicht zur «Selbstbeschwörung» werden. Aus empirischen Erkenntnissen allein resultiert noch keine Kriminalpolitik. Besonders bei der Festlegung kriminalpolitischer Ziele sind zahlreiche *Wertentscheidungen* zu treffen.<sup>503</sup> Die Gesetzgebungswissenschaft kann freilich – bis zu einem gewissen Grade – nicht nur zu empirischer<sup>504</sup> sondern auch zu «normativer» Rationalität beitragen. Der Gesetzgeber besitzt kein Wertungsmonopol. Seit MAX

---

nisschrift für Peter Noll, Zürich 1984, 37 ff., 39); zu den geschichtlichen Wurzeln der Gesetzgebungswissenschaft in der Schweiz s. HANS SCHULTZ, Gesetzgebung als Aufgabe der Rechtswissenschaft in der Schweiz, in: Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich 1984, 157 ff., mit besonderen Hinweisen auf EUGEN HUBER, CARL STOOSS, WALTHER BURCKHARDT, OSKAR ADOLF GERMANN und PETER NOLL

<sup>500</sup> Im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechtes zum Beispiel sind Soziologie, Kriminologie, Human- und Sozialmedizin, Psychiatrie, Sozialpädagogik, Pharmakologie und Chemie zur Klärung der problemrelevanten gesellschaftlichen Verhältnisse und zur Sichtung der sozialen, kulturellen, wirtschaftlichen und technischen «Realien» prädestiniert.

<sup>501</sup> S. dazu oben, § 1 II. B.

<sup>502</sup> Wenn der Bundesrat seine Vorschläge zu einem (teilweise) schärferen fremdenpolizeilichen Zwangsmassnahmenrecht mit Zürcher Statistiken zur Kriminalität von Asylbewerbern begründet (vgl. BBl 1994 I 305 ff., 309), wäre es beispielsweise die Aufgabe der Wissenschaft, zu untersuchen, inwiefern die Zürcher Zahlen *stichhaltig* und für die Schweiz *repräsentativ* sind. Bei den neuen bundesrechtlichen Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht soll es sich ja – gemäss Bundesrat – nicht um eine «Lex Lettensteg» handeln.

<sup>503</sup> «Was sein soll, ergibt sich nicht aus dem, was ist, sondern aus der Entscheidung für eine bestimmte Gestaltungsmöglichkeit» (ZIPF [Fn. 487], 14). Zum Beispiel: «Erkennt (...) der empirisch arbeitende Kriminologe, dass die Strafsanktion Nebenwirkungen hat, die er für schädlich hält, so ist er aufgerufen, diese Wertung in den Zielfindungsprozess einzubringen» (AMELUNG [Fn. 487], 25). Ohne wertende kriminalpolitische Entscheidung verkümmern kriminologische Forschungsergebnisse unweigerlich zum «Datenfriedhof».

<sup>504</sup> «Je mehr empirische Daten man hat, desto mehr reduziert sich der Bereich der freien Wertentscheidung» (PETER NOLL, Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung, ZStW 92 [1980] 73 f.). Allerdings kann auch die Erhebung und Darstellung von Fakten *ideologisch gefärbt* sein (s. zu den Grenzen «wertfreier» wissenschaftlicher Erkenntnis z.B. FORSTER [Fn. 33], 288 ff.).

WEBER sind zumindest die «Werterhellung» (im Sinne einer Klärung und Bewusstmachung von Wertmassstäben<sup>505</sup>) sowie die Interessenanalyse und «Ideologiekritik» als Forschungsgegenstände anerkannt. Insofern gibt es keine «freiwillige Selbstbeschränkung» der Gesetzgebungswissenschaft gegenüber der Politik.<sup>506</sup> Falls kriminalpolitische Zielvorgaben die Einführung neuer Strafnormen implizieren, stellt sich die Frage, ob das anvisierte Verhalten *Rechtsgüter* tangiert. Zwar lässt sich das Vorliegen eines strafrechtlich zu schützenden Rechtsgutes nach den bisherigen Ergebnissen nicht dogmatisch-abstrakt nachweisen. Der Gesetzgeber muss jedoch den «Beweis» für die Sozialschädlichkeit des inkriminierten Verhaltens antreten und seine Beweisführung zur Überprüfung und Diskussion stellen.<sup>507</sup>

Als nicht weniger heikel erweist sich die legislatorische Umsetzung von Forschungsergebnissen zur *Präventivwirkung kriminalrechtlicher Sanktionen*.<sup>508</sup> Gleichwohl ist der Gesetzgeber auf empirische Daten angewiesen. Auch in diesem Bereich können sie zur Versachlichung der kriminalpolitischen Diskussion beitragen. Dafür, dass ein bestimmtes Sanktionsmodell ein Optimum an Präventionsaussichten bei minimalen unerwünschten Nebeneffekten in sich vereine,<sup>509</sup> besteht ein erheblicher Begründungs- und Argumentationsbedarf. Es kommt jedoch noch die Problematik hinzu, dass Prävention nicht alleiniges kriminalpolitisches Programm sein kann. Ein präventives Zweckstrafrecht muss Konzessionen einräumen, insbesondere gegenüber dem Gedanken des gerechten Schuldausgleichs oder der Normstabilisierungsfunktion des Strafrechts.<sup>510</sup>

<sup>505</sup> Zu den engen Voraussetzungen von wissenschaftlichem «Wertengagement» s. ALOIS RIKLIN, Unvermeidbare und vermeidbare Werturteile, in: Beiträge zur Methode des Rechts, St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981, Bern 1981, 37 ff., 59 ff.

<sup>506</sup> Vgl. NOLL (Fn. 206), 62.

<sup>507</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung wären dabei die Sensibilität der betroffenen *Interessen*, die Wahrscheinlichkeit des *Schadenseintritts* und die *sozialen Folgen* einer Kriminalisierung oder Nichtkriminalisierung *gegeneinander abzuwägen*. Die Wahrscheinlichkeit der Gefährdung (oder Verletzung) sensibler Interessen wäre nach Massgabe der verfügbaren empirischen Erkenntnisse zu begründen, und diesbezüglich ist mehr als eine blosse «abstrakte Möglichkeit» zu verlangen (vgl. zum Ganzen oben, § 2 II.-III.). Eine *normative* Komponente bleibt freilich unvermeidlich: Die Interessen müssen *gewichtet* und in einer Rangordnung der tragenden sozialen Werte *eingeordnet* werden.

<sup>508</sup> Diese sind regelmässig schwer überschaubar, unkoordiniert, umstritten und widersprüchlich (s. z.B. AMELUNG [Fn. 487], 35; ZIPF [Fn. 487], 11 ff.).

<sup>509</sup> Nach dem Verhältnismässigkeits- und dem strafrechtlichen «ultima-ratio»-Prinzip ist im Zweifel (bzw. bei ungefähr gleicher präventiver Effizienz) dem geringeren Eingriff der Vorzug zu geben (vgl. dazu oben, § 3 II. D).

<sup>510</sup> Andernfalls lebt ein «rationalistisches» Zweckstrafrecht an den gesellschaftlichen Verhältnissen, die es regeln sollte, vorbei und verfehlt seine primäre friedenserhaltende Aufgabe (s. dazu ausführlich oben, § 3 I. A, B 2.).



Ist ein kriminalpolitischer «Handlungsbedarf» erkannt, so sind die Handlungsspielräume und die zur Verfügung stehenden *gesetzgeberischen Instrumente* zu klären.<sup>511</sup> Besonders die Kriminalpolitik ist dabei auf eine Koordination mit anderen rechts- und gesellschaftspolitischen Bereichen angewiesen. Ungelöste gesellschaftliche Krisen und soziale Konflikte lassen sich nicht allein mit den Mitteln des Strafrechts regulieren.<sup>512</sup> Das «Drogenproblem» zum Beispiel erweist sich als Problem der allgemeinen Gesellschaftspolitik. Nur ganzheitlich-vernetzte Lösungsansätze vermögen weiterzuhelfen.<sup>513</sup> Die legislatorischen Instrumente sind sodann auf die angestrebten kriminalpolitischen Ziele<sup>514</sup> hin zu «operationalisieren» und es ist eine *Effizienzprüfung* («Evaluation», Folgenkontrolle, Kosten-/Nutzenanalyse) vorzunehmen.<sup>515</sup> Der Mangel an einer – wenigstens nachträglichen – «Erfolgskontrolle» durch den Strafgesetzgeber wird häufig beklagt.<sup>516</sup>

Um die «Implementierung»<sup>517</sup> kriminalpolitischer Korrekturen des Rechtsgüter- und Sanktionenkataloges in das Kriminalrechtssystem zu gewährleisten, ist schliesslich noch ihr instrumenteller «Unterbau» sicher-

<sup>511</sup> Zum Entwurf von gesetzgeberischen Problemlösungsalternativen s. NOLL (Fn. 206), 107 ff.

<sup>512</sup> «Strafrecht hat zwar viel mit Kriminalpolitik zu tun, Kriminalpolitik aber nur wenig mit Strafrecht» (NOLL [Fn. 504], 77); zum Verhältnis zwischen Kriminal- und Sozialpolitik sowie zum akzessorischen, fragmentarischen und subsidiären Charakter des Strafrechts s. WOLFGANG NAUCKE, Entwicklungen der allgemeinen Politik und der Zusammenhang dieser Politik mit der Reform des Strafrechts in der Bundesrepublik Deutschland, in: W. HASSEMER (Hrsg.), Strafrechtspolitik, Frankfurt 1987, 15 ff., sowie ZIPF (Fn. 487), 52 f., 167 f.

<sup>513</sup> S. dazu oben, § 1 III. B 2.

<sup>514</sup> Beispiel: Mit welcher Sanktion wird die möglichst grosse Respektierung einer Verhaltensnorm bei möglichst wenig unerwünschten Nebeneffekten erreicht? Zur Klärung dieser Frage sind empirische Erhebungen, «Planspiele» und Modellversuche nötig (zu letzteren s. LUZIUS MADER, La législation expérimentale en Suisse, in: Evaluation législative et lois expérimentales, Crans 1992, 220 ff.; PHILIPPE MASTRONARDI, Experimentelle Rechtsetzung im Bund, ZSR NF 110 [1991] I 449 ff.); für Beispiele von gesetzgeberischen Modellversuchen im Bereich des Täter-/Opfer-Ausgleichs s. oben, § 3 II. B 1.

<sup>515</sup> Zur *Wirkungsprognose* und *Wirkungskontrolle* im Bereich der Gesetzgebung s. ARMIN HÖLAND, Interdisziplinarität der Gesetzesevaluation, Gesetzgebung heute 1990/2, 23 ff.; CHARLES-ALBERT MORAND, L'obligation d'évaluer les effets des lois, in: Evaluation législative et lois expérimentales, Crans 1992, 79 ff.; KLÖTI/SCHNEIDER (Fn. 486), 3 ff., 236 ff.; NOLL (Fn. 206), 120 ff., 146 ff.; LEO SCHÜRMANN, Zur Gesetzgebungspolitik von Bund und Kantonen, in: Festgabe Rötheli, Solothurn 1990, 105 ff., 110 f.; CHRISTOPH STEINLIN, Die Technik der Gesetzesevaluation, Gesetzgebung heute 1992/1, 71 ff.

<sup>516</sup> S. z.B. MARTIN SCHUBARTH, Das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung im Wirtschaftsstrafrecht, ZStW 92 (1980) 80 ff., 90; Ähnliches gilt für andere Rechtsgebiete, s. THOMAS FLEINER, Voraussetzungen für den Erlass «richtiger Normen», in: MANFRED REHBINDER (Hrsg.), Schweizerische Beiträge zur Rechtssoziologie, Berlin 1984, 51 ff., 52 f. Gemäss KLÖTI/SCHNEIDER (Fn. 486, 17 f.) sind 1978-88 in der Bundesverwaltung insgesamt immerhin 130 Wirkungsanalysen durchgeführt worden (zum Fehlen von gesetzgeberischen *Wirkungsprognosen* s. ebenda, 231 ff.).

<sup>517</sup> S. dazu AMELUNG (Fn. 487), 28; LINDER (Fn. 473), 217 ff.

zustellen. Ein noch so ausgefeilter und sorgfältig evaluierter Straftatbestand wird seine Wirkung verfehlen, wenn ihm die strafprozessualen und die vollzugsrechtlichen Mittel zu seiner Durchsetzung vorenthalten werden. Wozu sollte beispielsweise eine «Verschärfung» des repressiven Drogenstrafrechts taugen, wenn nicht einmal die strafprozessualen und vollzugstechnischen Mittel zur Durchsetzung des bisherigen Rechts gegeben waren?

Wie gezeigt, konkurriert die Stimme der Wissenschaft im Gesetzgebungsprozess noch mit zahlreichen anderen, teilweise «informellen» Einflussgrössen.<sup>518</sup> Schwer tut sich der Strafgesetzgeber regelmässig damit, Allgemeininteressen auf Kosten mächtiger Partikularinteressen durchzusetzen.<sup>519</sup> Der allgemeine kriminalpolitische Interessenpluralismus führt leider auch dazu, dass die Rationalität (gegenüber vorgefassten Meinungen und Wertvorstellungen, kurzfristigen politischen «Strömungen» und kollektiver Unvernunft) oft nicht oder nur unvollständig die Überhand gewinnt.<sup>520</sup> Ein Mangel an gesetzgeberischer Rationalität ist als solcher aber immer kritikwürdig.<sup>521</sup>

### 3. Kriminalpolitische «normative Kraft» der Realia?

Inwieweit kann sich der Gesetzgeber Informationslücken, Irrationalität und ideologische Vorurteile nun aber von *Recht* wegen erlauben? Dass

<sup>518</sup> S. oben, A.

<sup>519</sup> Etwa auf dem Gebiet des Umweltstrafrechts. «Unbequeme» Gutachten verschwinden gelegentlich in den Schubladen der Verwaltung oder werden «auf Eis gelegt». Andere heikle Vorschläge «werden schon während der Kommissionsarbeit mit dem unüberprüfbar Argument der politischen Undurchsetzbarkeit zu Fall gebracht» (AMELUNG [Fn. 487], 70). «Die neuere Geschichte der Kriminalpolitik (...) legt die Vermutung nahe, dass der moderne Staat die Wissenschaft benutzt, soweit ihm das zweckmässig erscheint, dieser Wissenschaft aber nicht folgt, sobald wissenschaftliche Ergebnisse sich als inopportun erweisen» (WOLFGANG NAUCKE, Über deklaratorische, scheinbare und wirkliche Entkriminalisierung, in: Goldammer's Archiv 1984, 199 ff., 217). Die Gründe, weshalb in der Schweiz langfristige Allgemeininteressen oftmals Mühe bekunden, sich gegenüber kurzfristigen Partikularinteressen durchzusetzen, liegen teilweise im schweizerischen politischen *Konkordanz- und Referendumssystem* begründet (s. dazu LINDER [Fn. 473], 202 f.).

<sup>520</sup> Zu den systembedingten Hindernissen einer «optimalen Sachkunde» des Gesetzgebers s. RUCH (Fn. 497), 209 ff. Beklagt wird demgegenüber auch ein gewisser *Mangel an kriminalpolitischem Problembewusstsein* auf seiten der *Lehre* (s. SCHUBARTH [Fn. 516], 80 ff.); zu den allgemeinen «Kommunikationsdefiziten» zwischen juristischer «Theorie» und «Praxis» s. auch FORSTER (Fn. 33), 156 ff. Auch die *Information der Öffentlichkeit* über Sinn und Zweck von Gesetzgebungsprojekten erscheint verbesserungsbedürftig; es ist zu hoffen, dass das in Vorbereitung stehende *Regierungs- und Verwaltungs-Organisationsgesetz des Bundes* Grundlagen für eine sachgerechte moderne Informations- und Kommunikationspolitik der Behörden enthalten wird.

<sup>521</sup> «Da, wo zwischen Prioritäten nicht mehr objektiv begründbar gewählt werden kann, ersetzt auch die Macht des Stärkeren die objektive Begründung nicht» (NOLL [Fn. 206], 62).

der Gesetzgeber den gesellschaftlichen Realia, dem Wandel von Fakten, Erkenntnissen und Wertanschauungen, Rechnung tragen *soll*, wurde gerade gezeigt. Ein Kriminalrecht, welches auf einem überholten faktischen Kenntnisstand und auf leblosen ideologischen und moralischen Vorstellungen aufbaut, gerät in Konflikt mit der gesellschaftlichen Realität und setzt sich als Mechanismus sozialer Kontrolle selbst ausser Funktion.<sup>522</sup>

Bleibt es nun beim «frommen Wunsch»? Wir wollen im folgenden einen Schritt weitergehen und fragen, inwieweit der Gesetzgeber den sozialen Wandel von Rechtes wegen beachten muss.

Aus den bisherigen Ergebnissen lässt sich dazu folgendes resümieren: Ebenso wie die Gesetzgebungswissenschaft hat der formelle Strafgesetzgeber seine ihm (von der Verfassung) zugewiesene Aufgabe im Kernbereich selber zu bewältigen.<sup>523</sup> Bei allem Bemühen um Rationalität und Wertepluralismus kann er kriminalpolitische Entscheide nicht an Experten und Meinungsforscher «delegieren». Die Realia der Gesetzgebung sind grundsätzlich «Objekte von Normen» und stellen nicht selber übergeordnete Normen dar.<sup>524</sup> Wie weit der Wandel der Realia kriminalpolitisch berücksichtigt werden muss, bestimmt sich somit nach dem im gesetzlich-rechtsstaatlichen Verfahren<sup>525</sup> gebildeten politischen Willen des zuständigen demokratisch legitimierten Gesetzgebers.<sup>526</sup>

Zu diesem Grundsatz ergeben sich für die Revision des strafrechtlichen Rechtsgüter- und Sanktionenkataloges nun aber *drei Einschränkungen*.

Der ersten davon sind wir bereits begegnet: Die «Beweislast» für die strafrechtlich relevante Sozialschädlichkeit eines inkriminierten Verhaltens und für die Präventionseignung und Angemessenheit der vorgesehenen Sanktion liegt bei den gesetzgebenden Instanzen.<sup>527</sup> Angesichts der Verankerung dieser Norm in Grundprinzipien des Verfassungs- und Strafrechts<sup>528</sup> handelt es sich dabei um eine *Rechtspflicht* des Gesetzgebers.<sup>529</sup>

<sup>522</sup> In diesem Fall blieben auch alle Strafrechtstheorien (s. dazu oben, § 3 I.) inhaltslose Hülsen.

<sup>523</sup> Art. 64<sup>bis</sup> Abs. 1 i.V.m. Art. 84 BV für das Bundesstrafrecht.

<sup>524</sup> Vgl. NOLL (Fn. 206), 100, der einschränkend auf die – selbstverständliche – faktische Geltung von Naturgesetzlichkeiten bzw. «Sachlogik» hinweist.

<sup>525</sup> Das Gesetzgebungsverfahren bedarf freilich in mancher Hinsicht der *Verbesserung* im Hinblick auf erhöhte Transparenz, Rationalität, Rechtsstaatlichkeit und Chancengleichheit (s. stellvertretend für die ganze Gesetzgebungswissenschaft nur NOLL [Fn. 206], 94 ff., sowie weiterführend das oben, lit. A, zitierte Schrifttum).

<sup>526</sup> Im Ergebnis ähnlich SCHÜRMANN (Fn. 515), 107.

<sup>527</sup> S. oben, § 2 III., § 3 II. D.

<sup>528</sup> Zu erinnern ist hier an die Grundsätze der Subsidiarität des Strafrechts und der Verhältnismässigkeit von staatlichen Zwangsmassnahmen, an das «ultima-ratio»-Prinzip, das Rechtsgleichheitsgebot und das Willkürverbot.

<sup>529</sup> Ob der Gesetzgeber – umgekehrt – verfassungsrechtlich verpflichtet sein kann, zum Schutze wichtiger Rechtsgüter *Strafbarkeitslücken* zu füllen, ist umstritten (s. dazu NOLL [Fn. 206], 104; ZIPF [Fn. 487], 105). Das Grundrecht der persönlichen Freiheit verpflichtet den Staat jedenfalls zum strafrechtlichen Schutz des Menschen vor Körperverletzung und Tötung, aber auch zu strafrechtlichen Sanktionen gegen umweltzerstörende Prakti-

Es ist aber nicht ersichtlich, welche *Rechtsfolgen* an die Verletzung dieser Pflicht geknüpft werden könnten, zumal eine justizielle Überprüfung des Erlasses von formellem Bundesgesetzesrecht ausscheidet.<sup>530</sup>

Die zweite Einschränkung ergibt sich aus der verfassungs- und völkerrechtlichen Einbettung der gesetzgeberischen Tätigkeit: Gesetzesvorlagen müssen mit der *Verfassung* und mit *völkerrechtlichen Verträgen* im Einklang stehen.<sup>531</sup> Eine Sanktionierung ist hier insofern möglich, als der Schweiz die völkerrechtliche Verpflichtung erwachsen kann, gesetzliches Unrecht zu korrigieren.<sup>532</sup> Diese Konstellation trat schon einige Male im Verhältnis zu Verpflichtungen der Schweiz aus der Europäischen Menschenrechtskonvention ein.<sup>533</sup>

---

ken (vgl. RUTZ [Fn. 81], 205). In seinem Urteil vom 26. März 1985 hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte den mangelnden strafrechtlichen Schutz vor sexuellem Missbrauch psychisch Behinderter nach niederländischem Recht als grundrechtswidrig (Art. 8 EMRK) angesehen (EGMR Série A, vol. 91, Ziff. 21 ff., 30). Völkerrechtliche «Bestrafungspflichten» ergeben sich auch aus den internationalen Verträgen zur Bekämpfung der *Sklaverei*, der *Folter*, des *Betäubungsmittelhandels*, der *Geiselnahme* und der *Rassendiskriminierung* (s. dazu PETER MÜLLER, Die neue Strafbestimmung gegen Rassendiskriminierung – Zensur im Namen der Menschenwürde?, ZBJV 130 [1994] 241 ff., 243 f.).

<sup>530</sup> Art. 113 Abs. 3 BV. – Bei der gesetzgeberischen «Begründungspflicht» handelt es sich insofern um eine «lex imperfecta». Bezüglich *kantonalem Strafrecht* ist hingegen eine abstrakte und vorfrageweise Normenkontrolle möglich (Art. 84 Abs. 1 OG). In Deutschland, das die justizielle Kontrolle von formellen Bundesgesetzen kennt, wird davon ausgegangen, dass der fehlende oder mangelhafte gesetzgeberische Nachweis der Sozialschädlichkeit eines inkriminierten Verhaltens jedenfalls nicht zur Nichtigkeit der betreffenden Strafnorm führt (vgl. ZIPF [Fn. 487], 105 f.).

<sup>531</sup> Die Auswirkungen des Legalitätsprinzips, insbesondere des Bestimmtheitsgebotes (Art. 1 StGB), des Rückwirkungsverbotes (Art. 2 StGB) oder des Übermassverbotes und Gleichheitsgebotes (Art. 4 BV) auf die Gesetzgebungspolitik können im Rahmen dieser Arbeit genausowenig untersucht werden wie die zahlreichen grundrechtlichen Probleme im Strafverfahren und beim Vollzug von Sanktionen.

<sup>532</sup> Zu denken ist im Falle der hoheitlichen Feststellung von Rechtswidrigkeit allenfalls auch an die Möglichkeiten der innerstaatlichen *Revision* (s. insbesondere Art. 139a OG) oder an *Verantwortlichkeits- und Staatshaftungsansprüche* des Betroffenen (Schadenersatz, Genugtuung); s. näher RHONA FETZER, Die Haftung des Staates für legislatives Unrecht, Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 649, Berlin 1994; JÖRG POLAKIEWICZ, Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 112, Berlin 1993; MICHAEL TRASSL, Die Wiedergutmachung von Menschenrechtsverletzungen im Völkerrecht, Diss. Bonn 1994. Im Fall *Schuler-Zraggen* musste das Eidgenössische Versicherungsgericht zum ersten Mal ein *höchstrichterliches Urteil gemäss Art. 139a OG revidieren* (Urteil EVG vom 24. März 1994 [I.336/93]). Die EMRK-Verletzung war zuvor vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte festgestellt worden (EGMR Série A, vol. 263); zur Verantwortlichkeit des Staates für mangelhafte Strafverfolgung s. REINHARD HÖRSTEL, Staatshaftung wegen nachlässiger Verfolgung von Straftätern durch Polizisten, Staatsanwälte und Richter, Monatsschrift für deutsches Recht 48 (1994) 633 ff.

<sup>533</sup> Insbesondere im *Bundeszivilrecht* gelangte der schweizerische Gesetzgeber zu völkerrechtswidrigen Interpretationen von Fakten und Werten: Gemäss dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 18. Dezember 1987 i.S. F. c. CH (Série A, vol. 128) verstösst

Schliesslich ist noch auf eine dritte, *indirekte* Möglichkeit der «Ahnung» gesetzgeberischer Trägheit gegenüber dem sozialen Wandel hinzuweisen. Es besteht die Gefahr, dass durch unzeitgemässe Gesetze kriminalpolitisch schwer erträgliche Strafbarkeitslücken entstehen können, die den Richter zu rechtsstaatlich bedenklichen «Feuerwehraktionen» provozieren. So sah sich das Bundesgericht (mangels eines modernen Vermögens- und Urkundenstrafrechts, welches der Entwicklung der elektronischen Datenverarbeitung und dem bargeldlosen Zahlungsverkehr Rechnung getragen hätte) beispielsweise gezwungen, den Begriff der «Urkunde» oder der «fremden beweglichen Sache» in einer mit dem Legalitätsprinzip<sup>534</sup> nur schwer zu vereinbarenden Weise auszudehnen.<sup>535</sup> In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht den Erlass einer «zeitgemässen Gesetzgebung» denn auch unmissverständlich verlangt.<sup>536</sup>

Ein legislatorisches «Nachhinken» gegenüber dem gesellschaftlichen Wandel kann somit zur unliebsamen Folge haben, dass der Richter sich entweder mit unerträglichen Strafbarkeitslücken konfrontiert sieht oder gegen das strafrechtliche Legalitätsprinzip bzw. Analogieverbot verstossen muss.<sup>537</sup> Ein solcher Verstoss könnte die justizielle Aufhebung von Strafurteilen und insofern eine «Sanktionierung» nach sich ziehen. *Umgekehrt* kann (besonders bei Bagatell- und Alltagsdelikten) das «Verschlafen» des sozialen Wandels zu einem kriminalpolitisch «hypertro-

---

das *Wiederverheiratsverbot* von Art. 150 ZGB gegen Art. 12 EMRK; im Rahmen der Revision des Ehescheidungsrechtes ist die *Streichung* von Art. 150 ZGB vorgesehen (s. dazu LUKAS IMARK, *Aufhebung von Rechtssätzen in der Schweiz*, Diss. BS 1993, 102 f.). In seinem Urteil vom 22. Februar 1994 i.S. *Burghartz c. CH* hat der Gerichtshof eine *Diskriminierung des Ehemannes* beim Recht auf Voranstellen des eigenen bisherigen Namens vor den gewählten Familiennamen (Art. 160 Abs. 2 ZGB) festgestellt (EGMR Série A, vol. 280-B). Im Urteil vom 24. Juni 1993 i.S. *Schuler-Zgraggen c. CH* erkannte der Gerichtshof eine *sozialversicherungsrechtliche Diskriminierung der Frauen* (EGMR Série A, vol. 263). Einem verfassungswidrigen Wertungsverständnis bezüglich der Gleichheit der Geschlechter (Art. 4 Abs. 2 BV) unterlag auch die Appenzell-Innerrhoder Landsgemeinde, welche den Frauen das *Stimmrecht* in kantonalen Angelegenheiten bis 1990 verweigerte (BGE 116 Ia 359). Im Bereich des *Bundesstraf- und Strafprozessrechtes* haben die Strassburger Organe das alte Militärdisziplinarrecht von 1889/1907 (Revision MStG/MStP, in Kraft ab 1. Januar 1980) und das Auslieferungsgesetz von 1892 (neues IRSG, in Kraft seit 1. Januar 1983) als EMRK-widrig angesehen (vgl. dazu OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, *Problèmes de législation pénale révélés par la jurisprudence de Strasbourg: perspective de droit suisse et de droit comparé*, Assemblée générale de la Société suisse de droit pénal, Basel 1989 [Maschinenschrift], 26 ff.; STEFAN TRECHSEL, *Der Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Schweiz*, ZStW 100 [1988] 667 ff., 682 ff.). Mit dem strafrechtlichen Schutz vor *Vergewaltigung in der Ehe* (Art. 189 Abs. 1-2 StGB) hat der Gesetzgeber 1992 eine «völkerrechtliche Verpflichtung» eingelöst (vgl. TRECHSEL [Fn. 4], 594 f.).

<sup>534</sup> Art. 1 StGB, Art. 7 EMRK.

<sup>535</sup> S. dazu unten, II. C 1.

<sup>536</sup> BGE 116 IV 353 E. 8.

<sup>537</sup> S. dazu ausführlich unten, II. C 1.-2.



phen» Strafrecht und zu ausufernder Kriminalisierung führen. Falls ein allgemeiner gesellschaftlicher Konsens über die Sozialschädlichkeit des inkriminierten Verhaltens verloren geht,<sup>538</sup> besteht die Tendenz, dass die Strafjustiz prozessuale oder methodologische «Verarbeitungsstrategien» zur Überwindung der kriminalpolitischen Dissonanz entwickelt: Das als veraltet und unerwünscht beurteilte Gesetz wird etwa durch Nichtanwenden (strafprozessuales «Opportunitätsprinzip»), Neuinterpretation («teleologische» oder «objektiv-zeitgemässe» Auslegung) oder dogmatische Kunstgriffe<sup>539</sup> zum toten Buchstaben degradiert.<sup>540</sup> Darin liegt fraglos auch eine Art «Sanktion».

Im aufgezeigten Rahmen «muss» der Gesetzgeber dem Wandel der Fakten und Kenntnisse Rechnung tragen und sich auch einer ständigen Wertediskussion<sup>541</sup> stellen. Wissen und Werterhellung führen zur Versachlichung der Kriminalpolitik und in diesem Sinne zur «Entpolitisierung» des Strafrechts.

### C) Die kriminalpolitische Problematik der Bagatellkriminalität

#### 1. Die Kriminalisierung des Alltagslebens als Bekämpfung einer hausgemachten «Landplage»

Unter «Bagatell-» oder «Kleinkriminalität» sollen im folgenden die massenhaft, oft (auch) von sozial unauffälligen Delinquenten begangenen Straftaten von eher geringer Sozialschädlichkeit verstanden werden.<sup>542</sup>

<sup>538</sup> Als Beispiel ist an die früheren kantonalen *Konkubinatsverbote* zu denken.

<sup>539</sup> Z.B. über den Rechtfertigungsgrund der «sozialen Adäquanz».

<sup>540</sup> S. dazu unten, C 3.

<sup>541</sup> Im zitierten (Fn. 533) EGMR i.S. Burghartz (aber auch im Fall Schuler-Zgraggen) wird dem Schweizer Gesetzgeber beispielsweise implizit vorgeworfen, dass er den *gewandelten Anschauungen zur ehelichen Partnerschaft bzw. zur Gleichstellung der Geschlechter* zuwenig Rechnung getragen habe: «La Cour rappelle que la progression vers l'égalité des sexes est aujourd'hui un but important des Etats membres du Conseil de l'Europe. (...) Au demeurant, la Convention doit s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui et en particulier de l'importance attachée au principe de non-discrimination» (EGMR Série A, vol. 280-B, Ziff. 27 f.). – Die strassburgische «Ironie des Schicksals» wollte es, dass dort ausgerechnet die Diskriminierung eines *Mannes* geahndet worden ist. «Wer sich mit dem Zeitgeist vermählt, wird bald Witwer sein», soll KIERKEGAARD gesagt haben (zitiert nach SCHÜLER-SPRINGORUM [Fn. 455], 280). Die Rechtspolitik im allgemeinen und die Strafreform im besonderen dürfen «dem flüchtigen Zeitgeist nicht nacheilen», sie müssen aber «offen sein gegenüber gewichtigen und dauerhaften gesellschaftlichen Wandlungen» (KOLLER [Fn. 201], 342). Die geschichtliche Erfahrung zeigt in der Tat, dass sozialer Wandel nicht zwingend einen Wandel zum Besseren implizieren muss (vgl. ERNST BLOCH, Differenzierungen im Begriff Fortschritt, in: Bd. 13 Gesamtausgabe, Frankfurt/M. 1977, 120 ff.; zu den Unterschieden zwischen «Modeströmungen» und sozialem Wandel s. MARC SPESCHA, Rechtsbruch und sozialer Wandel, Diss. ZH, Berlin 1988, 79 ff.; JOACHIM WEGE, Positives Recht und sozialer Wandel im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, Berlin 1977, 57 ff.).

<sup>542</sup> Die begriffliche Definition der Bagatellkriminalität, welche über dogmatische Leerformeln hinausginge, bereitet der Doktrin *erhebliche Schwierigkeiten*. Schon die Konkre-

Auch die Bagatellkriminalität ist ein Produkt des sozialen Wandels. Bei der Analyse der bestimmenden kriminogenen Faktoren unserer aktuellen Epoche<sup>543</sup> haben wir konstatiert, dass diese uns nebst riesigen globalen Problemen ökologischer und sozialer Natur<sup>544</sup> zunehmenden «relativen Wohlstand» beschert hat.<sup>545</sup> Mit diesem gekoppelt ist eine grössere Mobilität der Menschen sowie ein Anwachsen der Konsumgütermenge bis zum Überfluss (bei gleichzeitig immer raffinierteren Verkaufs- und Werbemethoden und leichterem Zugang zu Kreditmitteln). Bequemlichkeit und «Anspruchsmentalität» haben Hochkonjunktur. Gemeinschaftssinn und Solidarität dagegen scheinen eher im Abwind zu sein. Gleichzeitig schreitet die Kommerzialisierung, Vermassung und Banalisierung wichtiger kultureller und gesellschaftlicher Bereiche fort. Es darf nicht erstaunen, wenn mit diesem Trend auch eine Zunahme der entsprechenden Kleinkriminalität<sup>546</sup> einhergeht.

---

tisierung der «geringen» Sozialschädlichkeit erweist sich als problematisch: Typische Bagatelldelikte wie Ladendiebstähle, geringfügige Sachbeschädigungen oder banale Verkehrsregelverletzungen sind als *Massenphänomene* durchaus ernst zu nehmen. Die jährlichen Deliktsbeträge beim Ladendiebstahl gehen in die Millionen, den Schaden tragen letztlich die ehrlichen Kunden (durch höhere Preise). Wenn viele Fahrzeuglenker «ein bisschen zu schnell» fahren, wird es für alle Strassenbenützer gefährlich. Wenn massenhaft und für alle sichtbar Sachbeschädigungen, Schmierereien und andere Vandalenakte an öffentlichem und privatem Eigentum verübt und womöglich nur halbherzig geahndet werden oder wenn immer mehr Lenker unbehelligt zu schnell fahren, wird dies der allgemeinen Rechtstreue schaden. Aber auch im *Einzelfall* kann z.B. bei auf Ladendiebstahl spezialisierten Banden oder bei unverbesserlichen «Rasern» im Strassenverkehr eine hohe Sozialschädlichkeit und kriminelle Energie vorliegen. HAUSER (Fn. 37, 296 f.) unterscheidet Definitionen der Bagatellkriminalität, die sich einerseits nach dem *Schuldgehalt* und strafrechtlichen *Erfolg* ausrichten und andererseits nach den *sanktionsrechtlichen Folgen*. In diesem Sinne rechnet er alle Straftaten, die mit Geldstrafe oder kurzfristiger Freiheitsstrafe geahndet werden, – somit sogar «die rückfälligen betrunkenen Automobilisten» (301) – zu den Bagatellfällen. Diese Begriffsausdehnung erscheint mir allerdings *zu weit*. Ein «FiaZ» ist genausowenig eine «Bagatelle» wie eine fahrlässige Tötung, die mit Busse geahndet wird; zur Unterscheidung in «eigentliche» («echte») und «uneigentliche» Bagatelldelikte und zu den *Schwierigkeiten einer begrifflichen Definition* der Bagatellkriminalität s. auch BECKMANN (Fn. 37), 15 ff., 103 f.; JOHANNES DRIENDL, Wege zur Behandlung der Bagatellkriminalität in Österreich und der Schweiz, ZStW 90 (1978) 1017 ff.; HANS JOACHIM HIRSCH, Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland, ZStW 92 (1980) 218 ff.; GÜNTHER KAISER, Möglichkeiten der Bekämpfung von Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland, ZStW 90 (1978) 877 ff.; JUSTUS KRÜPELMANN, Die Bagatelldelikte, Berlin 1966, 21 ff.; KUNZ (Fn. 37), 23 ff.; ZIPF (Fn. 487), 118 f.

<sup>543</sup> Zur Kriminalität der «Konsum- und Wohlstandsgesellschaft» s. oben, § 1 III.

<sup>544</sup> Umweltzerstörung, Überbevölkerung, «Nord-Südkonflikt», Massenarbeitslosigkeit, Masseneinwanderungen Arbeitssuchender, Rassismus und Nationalismus.

<sup>545</sup> Jedenfalls im Bereich der westlichen Industrienationen, vgl. dazu oben, § 1 III. B.

<sup>546</sup> ZIPF (Fn. 487, 126) spricht von einer «kriminalpolitischen Landplage». Zu denken ist in erster Linie an massenhaft begangene *Verkehrsdelikte* sowie Ladendiebstähle und andere leichtere *Vermögens-, Fiskal- oder Umweltdelikte*; zur alltäglichen «*Suchtdelinquenz*» im weiteren Sinne s. auch oben, § 1 III. B. 2. Mit ein Grund für das Missverstehen schwerer SVG-Verstösse (z.B. Geschwindigkeitsexzesse oder «FiaZ») als «Kavaliers-

Ein Anwachsen von «Alltagskriminalität» wird aber noch durch einen anderen Faktor begünstigt: Der Strukturwandel von der Agrar- und Industriegesellschaft in eine komplexe arbeitsteilige Hochtechnologie- und Dienstleistungsgesellschaft und die damit verbundene Anonymisierung, Verstädterung und Technisierung haben dazu geführt, dass immer mehr Bereiche des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenlebens rechtlich (und zum Schutze von wichtigen Rechtsgütern auch strafrechtlich) reguliert worden sind.<sup>547</sup> Der inflationäre Zuwachs an Normen im Bereich der Nebenstrafgesetzgebung<sup>548</sup> (insbesondere des Verwaltungsstrafrechts) konzentriert sich zu einem erheblichen Teil auf relativ geringfügige (oft als Fahrlässigkeitsdelikte<sup>549</sup> konzipierte und mit Geldbusse geahndete) «banale» Regelverstöße.

## 2. Kapazitätsgrenzen und «Dunkelziffern» als kriminalpolitische Faktoren

Das Anwachsen der «selbstgezüchteten» Alltagskriminalität bringt Polizei und Strafjustiz an die Grenzen ihrer Kapazität und Funktionalität. Die aus der Überlastung resultierenden Vollzugsprobleme beeinträchtigen wiederum die präventive und sozialregulierende Wirksamkeit<sup>550</sup> des Strafrechts. Bei Strafnormen, welche «massenhaft» übertreten werden, stellt sich zudem die Frage nach deren kriminalpolitischer Legitimität. Weist die Nichtbeachtung auf mangelnde soziale Akzeptanz oder Relevanz<sup>551</sup> der betreffenden Regelung hin? Muss die Regelung deshalb abgeschafft oder «restriktiv» angewendet werden?

Das *Dunkelfeld* als Differenz zwischen den tatsächlich begangenen und den amtlich registrierten Straftaten<sup>552</sup> ist bei der Bagatell- und Kleinkriminalität besonders hoch. Sei dies dadurch, dass eine Anzeige seitens des

---

und Körperverletzungsdelikte *Nebenstrafrecht* geblieben sind (vgl. dazu RIKLIN [Fn. 371], 82).

<sup>547</sup> Zu den anwachsenden *Steuerungs- und Kontrollaufgaben* des Strafrechts s. z.B. HASSEMER (Fn. 129), 381 f.

<sup>548</sup> Vgl. BECKMANN (Fn. 37), 85.

<sup>549</sup> Weil «Irren» (im sprichwörtlichen Sinne) «menschlich» und somit *alltätlich* ist, bilden strafrechtlich relevante fahrlässige Sorgfaltswidrigkeiten einen *Kernbereich* der «Alltagskriminalität».

<sup>550</sup> Zur friedenserhaltenden und normstabilisierenden Funktion des Strafrechts s. ausführlich oben, § 3 I.

<sup>551</sup> Zum Rechtsgüterschutz durch Abwehr *sozialschädlichen Verhaltens* als Aufgabe des Strafrechts s. oben, § 2 II.

<sup>552</sup> S. dazu (aus kriminalpolitischer und kriminologischer Sicht) etwa KAISER (Fn. 62), 220 ff.; KUNZ (Fn. 143), 238 ff.; SCHÜLER-SPRINGORUM (Fn. 455), 22 ff.; ZIPF (Fn. 487), 128 ff.; HANS SCHULTZ, Von der dreifachen Bedeutung der Dunkelziffer, in: Festschrift für Henkel, Berlin 1974, 239 ff.

Opfers kaum lohnend erscheint,<sup>553</sup> dass effizientere, insbesondere zivilrechtliche<sup>554</sup> oder informelle<sup>555</sup> Sanktionsalternativen zum Einsatz kommen oder dass enorme Aufdeckungs-<sup>556</sup> und Überwachungsdefizite<sup>557</sup> bestehen. Die kriminalpolitischen Postulate, die aus hohen Dunkelziffern abgeleitet werden, sind nicht selten diametral entgegengesetzt. Während die einen nach vermehrtem Polizeieinsatz und energischerem strafrechtlichem Durchgreifen rufen, wird von anderen aus dem massenhaften (und teilweise gar offenen) Missachten auf die Nutzlosigkeit und mangelnde Legitimität der betreffenden Strafnorm geschlossen.<sup>558</sup> Hier scheint mir eine Differenzierung nach den jeweiligen *sozial- und individualpsychologischen Hintergründen* der Gesetzesübertretung angebracht. Wenn eine Norm im gesellschaftlichen Konsens überwiegend als überholt oder kontraproduktiv abgelehnt und deshalb nicht mehr «gelebt» wird, verliert sie ihre Funktion und Legitimation als formalisiertes Steuerungsmittel der sozialen Kontrolle.<sup>559</sup> In solchen Fällen wird sich auch das «Opportuni-

<sup>553</sup> Etwa bei Kleindiebstählen, besonders bei mangelnder Versicherungsdeckung oder Deckungsausschluss (z.B. für Bargeld). In *Deutschland* (alte Bundesländer) geht man davon aus, dass *ca. 90%* der jährlich insgesamt knapp 5 Mio. *polizeilich registrierten Straftaten* (ohne Verkehrsdelikte) durch *Anzeigen* (und nicht etwa durch polizeiliches Einschreiten) bekannt werden. 1990 betrafen aber immerhin 50% der angezeigten Diebstahlsfälle Deliktsbeträge von nicht mehr als 100 DM. Sämtliche in den alten Bundesländern polizeilich *registrierte Straftaten* (mit Verkehrsdelikten *ca. 7 Mio.*) entsprechen nach Schätzungen *weniger als 10% der realen Kriminalität* (vgl. dazu KAISER [Fn. 62], 228/231, sowie SCHÜLER-SPRINGORUM [Fn. 455], 23 f., der Kriminalpolitik in diesem Zusammenhang als «Handeln unter den Bedingungen eines aufgeklärten Nichtwissens» [27] definiert). Die Zahl der jährlichen (registrierten) Straftaten in der *Schweiz* wird auf *ca. eine halbe Million* geschätzt (s. KAISER [Fn. 62], 233).

<sup>554</sup> Z.B. Erheben einer «Umtriebsgebühr» (statt polizeilicher Anzeige) bei Ladendiebstählen, Zahlung von Genugtuung oder Schadenersatz bei Ehrverletzungen bzw. Sachbeschädigungen.

<sup>555</sup> Z.B. «Ächtung», «Boykottierung» und andere soziale Retorsionsmassnahmen insbes. bei Ehrverletzungen.

<sup>556</sup> Etwa Fiskal- und Abgabendelikte (insbesondere Steuerhinterziehung), Versicherungsbetrug, kleinere Umweltdelikte, Baupolizeirecht, ANAG-Verstösse, Betäubungsmittelkonsum (nach Schätzungen werden weniger als 10% aller abhängigen Drogenkonsumenten und weniger als 1% aller Haschischfälle polizeilich ermittelt, vgl. SCHÜLER-SPRINGORUM [Fn. 455], 29). Angesichts des enormen Gefährdungspotentials bei «FiaZ» (ein Massen-, aber kein Bagatelldelikt) wird zunehmend die Einführung der anlassfreien Atemalkoholkontrolle verlangt (s. z.B. RENÉ SCHAFFHAUSER, Die anlassfreie Atemalkoholkontrolle, rechtsvergleichende und rechtspolitische Fragen, AJP 1993, 797 ff.; SCHUBARTH [Fn. 366], 444).

<sup>557</sup> Besonders im Bereich der kleineren *Verkehrsdelikte*. Die Bagatelldelinquenz von *Jugendlichen* (Entwendung, Laden- sowie Haus- und Familiendiebstahl, Sachbeschädigung etc. mit minimaler Aufklärungsquote) bezeichnet KAISER (Fn. 62, 223) als «im statistischen Sinne normal und nahezu ubiquitär».

<sup>558</sup> Vgl. als Beispiel dafür die Kontroverse zwischen ARZT (Fn. 203, 17 ff.) und KILLIAS/REHBINDER (Fn. 5, 300 ff.) am Beispiel der Revision des Jugend-Sexualstrafrechts («Schmuse- und Petting-Verbot» unter Jugendlichen).

<sup>559</sup> Dies galt insbesondere für das seit 1992 abgeschaffte frühere *Jugend-Sexualstrafrecht* (für «Bagatelldelikte» im Sinne des heutigen Art. 187 Ziff. 2-3 StGB) aber auch für die

tätsprinzip» bei der Strafverfolgung (offen oder verdeckt) auswirken.<sup>560</sup> Wenn die Berechtigung der Norm jedoch im gesellschaftlichen Konsens anerkannt wird, das erhebliche Dunkelfeld bzw. die massenhaften Normverstösse hingegen auf blosse individuelle Bequemlichkeit<sup>561</sup> oder auf sachliche und kapazitäre Vollzugsprobleme<sup>562</sup> zurückzuführen sind, verliert das Verbot seinen Sinn nicht. Die meisten chronischen «Parksünder» dürften die Notwendigkeit von Parkverboten einsehen. Der Steuerhinterzieher wird in der Regel befürworten, dass die – anderen – Steuerpflichtigen Abgaben entrichten müssen, damit der Staat die erwarteten Leistungen erbringen kann.

### 3. Die Kriminalisierung des Alltagslebens und ihre Grenzen als rechtspolitisches «Optimierungsproblem»

Die kriminalpolitische Problematik der Bagatel- und Kleinkriminalität erweist sich somit als heikles *Optimierungsproblem*, bei dem verschiedene (teilweise gegenläufige) Parameter differenziert und gewichtet werden müssen. Auf der einen Seite sollten Polizei und Strafjustiz nicht mit Aktenbergen an Bagatellfällen und «Kleinkram» eingedeckt werden, wodurch die Effizienz der eigentlichen Kriminalitätsbekämpfung und die präventive Kraft des Strafrechts geschwächt würden. Ebenso wenig kann es kriminalpolitisch erwünscht sein, dass ein immer grösser werdender Kreis von (überwiegend sozial unauffälligen) Personen für geringfügige Verstösse einer strafjustiziellen «Maschinerie» mit empfindlichen und manchmal stigmatisierenden sozialen Folgen zugeführt wird. Andererseits darf auch nicht hingenommen werden, dass (besonders im Bereich der Kleinkriminalität als offen nach aussen tretendes sozialschädliches Massenphänomen) die allgemeine Rechtstreue durch «folgenlose Hinnahme von Bagatelldelikten»<sup>563</sup> untergraben wird. Bei Strafnormen jedoch, welche keinen echten Rechtsgüterschutz durch kriminalrechtliche Abwehr sozialschädlichen Verhaltens zum Gegenstand haben,<sup>564</sup> bei denen ein

---

früheren *Konkubinatsverbote* nach kantonalem Strafrecht (im Kanton Glarus z.B. noch bis 1985).

<sup>560</sup> Was jedoch unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit problematisch erscheinen kann (s. zum «Opportunitätsprinzip» bei Bagatelldelikten HAUSER [Fn. 37], 306 f.; ROTH [Fn. 57], 169 ff.; SOLLBERGER [Fn. 57], 1 ff.). Kommt es zu Strafverfolgungen, kann auch die Justiz geneigt sein, zur Entkriminalisierung in Bagatellsachen schöpferische «Lösungsstrategien» zu entwickeln, etwa unter dem Gesichtspunkt der (Schuld oder Rechtswidrigkeit ausschliessenden) «sozialen Adäquanz» (s. dazu nachfolgend, Ziff. 3; zu den *kriminalpolitischen Zuständigkeiten* von Gesetzgeber respektive Richter vgl. ausführlich unten, II. A).

<sup>561</sup> Typisch: SVG-Parkbussen.

<sup>562</sup> Z.B. Ladendiebstähle, Steuerhinterziehung, Wirtschafts-Kleinkriminalität.

<sup>563</sup> ZIPF (Fn. 487), 126.

<sup>564</sup> Zu den grundsätzlichen sachlichen Kriterien, denen eine Strafnorm diesbezüglich standhalten muss, s. oben, § 2 II.



gesellschaftlicher Konsens<sup>565</sup> über die Sozialschädlichkeit des inkriminierten Verhaltens fehlt, durch gesellschaftlichen Wandel verloren gegangen oder zumindest stark umstritten ist, müssen kriminalpolitische Korrekturen im Sinne der «Entkriminalisierung»<sup>566</sup> erfolgen.

Die *kriminalpolitischen Lösungsstrategien* zur Behandlung der Kleinkriminalität können an dieser Stelle nur knapp skizziert bzw. in Erinnerung gerufen werden. Die jüngere Reformentwicklung des schweizerischen *Sanktionenrechts* im Bereich der kleineren und mittleren Erwachsenen- und Jugendkriminalität wurde bereits ausführlich dargestellt.<sup>567</sup> Im internationalen Vergleich spielt die kurzfristige Freiheitsstrafe bei der Behandlung der Kleinkriminalität in der Schweiz eine äusserst gewichtige Rolle. Dies soll sich gemäss VE SCHULTZ und dem Vorentwurf der Expertenkommission von 1993 entscheidend ändern.<sup>568</sup> Das geltende Strafbuch sieht zwar ein allgemeines «Sonderstrafrecht» für Übertretungen im technischen Sinne vor.<sup>569</sup> Es kennt aber weder einen allgemeinen Strafmilderungsgrund der «Geringfügigkeit» der Tat<sup>570</sup> noch eine «materielle Opportunitätsregel» im Sinne einer generellen gesetzlichen Kompetenz zur Strafausschliessung bei Bagatellen.<sup>571</sup> Für eine solche Möglichkeit der

<sup>565</sup> Zur Feststellung dieses Konsenses ist *nicht allein* der formelle politische Gesetzgeber zuständig. Es ist Aufgabe der kriminologischen, (kriminal-)politikwissenschaftlichen und strafrechtsdogmatischen Lehre, die betreffende gesellschaftliche Auseinandersetzung zu versachlichen sowie den «normbildenden» sozialen Wandel zu untersuchen und zu dokumentieren (s. dazu ausführlicher oben, § 4 I. A-B, sowie § 2 II.).

<sup>566</sup> S. zu Beispielen aus der Reform des StGB oben, § 2 II. B 2.

<sup>567</sup> Oben, § 3 II.

<sup>568</sup> Insbesondere zugunsten der neu (nach dem «Tagessatzsystem») konzipierten Geldstrafe, der Gemeinnützigen Arbeit, der Bedingten Verurteilung und (gegebenenfalls) des strafrechtlichen Fahrverbotes (s. dazu oben, § 3 II. B).

<sup>569</sup> Art. 101 ff. StGB. So sind Versuch und Gehilfenschaft bei Übertretungen nur in den vom Gesetz ausdrücklich erwähnten Fällen strafbar (Art. 104 Abs. 1 StGB). Zu denken ist auch daran, dass zahlreiche leichtere Straftaten als *Antragsdelikte* ausgestaltet sind (z.B. Art. 126 Abs. 1, Art. 138, Art. 173 ff. StGB [s. auch den neuen Art. 172<sup>ter</sup> StGB, BB1 1994 III 266]), dass (abgesehen von den mildernden Sanktionsrahmen) «leichte Fälle» beim *bedingten Strafvollzug* privilegierend wirken können (Art. 41 Ziff. 3 Abs. 1 StGB) und dass *strafprozessuale* Sondervorschriften des Bundes und der Kantone über die Behandlung der Kleinkriminalität bestehen (Ordnungsbussenverfahren, Strafbefehls- und Strafverfügungsverfahren, Privatstrafklageverfahren, disziplinarische Erledigung von leichteren Fällen im Militärstrafrecht, s. dazu HAUSER [Fn. 37], 301 ff.); zur Ausgestaltung des strafprozessualen «Opportunitätsprinzips» in den kantonalen Strafprozessgesetzen s. HAUSER (Fn. 37), 306 f.; zur Zuständigkeit der Kantone zum Erlass von *Übertretungs- und Steuerstrafrecht* s. Art. 335 StGB.

<sup>570</sup> S. dazu BECKMANN (Fn. 37), 119 ff.; das StGB ermöglicht immerhin bei *einzelnen* Delikten des Besonderen Teils eine Strafmilderung «in leichten Fällen» (z.B. Art. 123 Ziff. 1 Abs. 2 StGB) und kennt allgemeine Milderungsgründe bei der *versuchten* Straftat (Art. 21 ff.).

<sup>571</sup> *Gefordert* wurde eine entsprechende Regelung z.B. von BECKMANN (Fn. 37), 176; HAUSER (Fn. 37), 311; KUNZ (Fn. 37), 336 f.; SCHULTZ (Fn. 283), 138. Ein Strafverzicht bei «besonders leichten Fällen» war schon bei der Irreführung der Rechtspflege (Art. 304 Ziff. 2 StGB) möglich; das gleiche gilt für den (praktisch und quantitativ sehr bedeutsa-

*Strafbefreiung* spricht sich der Vorentwurf der Expertenkommission (Art. 54) aus. Von Strafverfolgung und Strafe kann danach abgesehen werden, falls das Unrecht oder die Schuld des Täters «geringfügig» ist.<sup>572</sup> Diese Lösung ist schon deshalb grundsätzlich<sup>573</sup> zu begrüßen, weil die bisherigen weitverstreuten Unterschiede bei der *strafprozessualen* Ausgestaltung des «Opportunitätsprinzips»<sup>574</sup> in den einzelnen Kantonen der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit äusserst abträglich waren. Im Zuge der Revision des Vermögensstrafrechts vom 17. Juni 1994 wurde der Bereich der nur auf *Antrag* verfolgten Straftaten auf alle Vermögensdelikte (ausser qualifiziertem Diebstahl, Raub und Erpressung) ausgedehnt, bei denen nur ein *geringer Vermögenswert oder Schaden* impliziert ist.<sup>575</sup>

Rechtsvergleichende Betrachtungen lassen sich angesichts der föderalen Struktur und der rechtskulturellen Besonderheiten der Schweiz oft nur beschränkt auf die hiesigen Verhältnisse transponieren. In Deutschland liegt das Schwergewicht auf *strafprozessualen* «Strategien» der Bewältigung der Kleinkriminalität.<sup>576</sup> Verglichen mit der Schweiz wird dieser Lösungsansatz durch das Bestehen einer zentralen Strafprozesskodifizierung<sup>577</sup> deutlich erleichtert. De lege ferenda wurde in Deutschland die

---

men) Bereich der *fahrlässigen Verkehrsdelikte* (Art. 100 Ziff. 1 Abs. 1 SVG). *Problematisch* erscheint im StGB das Vorhandensein vieler *Verbrechens- und Vergehenstatbestände*, bei denen die (relativ häufig vorkommende) «Bagatellvariante» *ungeregelt* ist bzw. als schwere Straftat behandelt werden muss (sogenannte «unechte Bagatelldelikte»). Vertauscht der Täter z.B. beim Wareneinkauf die Preisetiketten und erschwindelt er sich damit einen «Rabatt» von einigen wenigen Franken, begeht er formal einen Betrug (Art. 148 StGB Abs. 1 StGB) und damit ein Verbrechen, welches von Amtes wegen zu verfolgen und zumindest mit *Gefängnis* zu bestrafen wäre. «Echte» (als Übertretungen und Antragsdelikte geregelte) Bagatelldelikte sind demgegenüber etwa die *geringfügige Veruntreuung und Unterschlagung* (Art. 142 StGB) oder die *Entwendung* (Art. 138 StGB). Dass diese mit *Busse* geahndet werden konnten, der «Bagatell-Betrug» hingegen nicht, erscheint wenig befriedigend (s. nun aber Art. 172<sup>ter</sup> StGB).

<sup>572</sup> Nach dem Vorbild von § 42 des österreichischen StGB. Strafbefreiung soll laut Expertenkommission z.B. bei fahrlässiger Tötung (im Falle von «sehr leichter Sorgfaltswidrigkeit») oder bei geringer Sachbeschädigung (hier sogar trotz «boshaften Motiven») zulässig sein (Art. 54 VE ExpK, Bericht ExpK [Fn. 263], 76).

<sup>573</sup> Als nicht ganz befriedigend könnte das «Alles-oder-Nichts-Prinzip» (*entweder Kriminalstrafe oder Strafbefreiung*) erscheinen, welches ZIPF (Fn. 487, 122) schon beim österreichischen «Vorbild» (§ 42 öStGB) kritisiert hat. Denkbar wäre auch die (zusätzliche) Möglichkeit gewesen, den Täter (anstelle einer im Strafregister einzutragenden Kriminalstrafe) zur Zahlung eines Beitrages an eine gemeinnützige Organisation zu verpflichten oder ihm eine «Verwarnung» auszusprechen bzw. Verhaltensweisungen zu geben.

<sup>574</sup> S. dazu FELIX BÄNZIGER, Das gemässigte Opportunitätsprinzip in der Praxis des Kantons Appenzell A. Rh., ZStrR 99 (1982) 287 ff.; HAUSER (Fn. 37), 306 f.; SOLLBERGER (Fn. 57), 65 ff.

<sup>575</sup> Art. 172<sup>ter</sup> StGB («Geringfügige Vermögensdelikte», s. BBl 1994 III 266; die in den Räten umstrittene Regelung war vom Bundesrat vorgeschlagen worden, s. BBl 1991 II 1076 f., 1130). Als Strafe sieht das Gesetz *Haft oder Busse* vor.

<sup>576</sup> Vgl. ZIPF (Fn. 487), 119.

<sup>577</sup> S. zur Ausgestaltung des strafprozessualen «Opportunitätsprinzips» in Deutschland besonders §§ 153 ff. (insbes. § 153a) dStPO (vgl. auch WINFRIED HASSEMER, Legalität

Einrichtung einer «Dritten Spur» (zwischen Kriminalstrafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht<sup>578</sup>) angeregt, bei der Bagatelldelikte in einem *friedensrichterlichen Verfahren mit nichtkriminellen Sanktionen* geahndet würden.<sup>579</sup> Eine starke kriminalpolitische Ausstrahlung ist vom *materiellrechtlichen* Ansatz des österreichischen Strafrechts<sup>580</sup> ausgegangen. Wie erwähnt, hat er auch die jüngste Reformentwicklung in der Schweiz beeinflusst.<sup>581</sup> Nicht zu vergessen ist schliesslich, dass den Strafjustizbehörden auch im Bereich der *Methodologie* und *Strafrechtsdogmatik* ein «materielles» Instrumentarium zur Bewältigung der Bagatellkriminalität zur Verfügung steht. Gerade in denjenigen «kriminalisierten» Bereichen des «Alltagslebens», in denen der soziale Wandel den allgemeinen Konsens über die Strafwürdigkeit eines inkriminierten Verhaltens «aufgeweicht» hat, kann und soll der Strafurist die Gesichtspunkte der «sozialen Adäquanz» oder der «ultima-ratio»-Funktion des Strafrechts zu Rate ziehen.<sup>582</sup> Der Lehre fällt dabei die schwierige und vornehme Aufgabe zu, die kriminalpolitische Auseinandersetzung um die «Kriminalisierung des Alltags» zu versachlichen und die dahinter liegenden Prozesse des «normbildenden» sozialen Wandels zu erhellen. Die «Kriminalisierung des Alltagslebens» als differenzierende und massvolle Bekämpfung einer hausgemachten «Landplage» gehört zu den schwierigsten Aufgaben<sup>583</sup> der modernen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik.

---

und Opportunität im Strafverfahren. Eine Skizze, in: H. OSTENDORF [Hrsg.], *Strafverfolgung und Strafverzicht*, Köln u.a. 1992, 529 ff.; SOLLBERGER [Fn. 57], 104 ff.).

<sup>578</sup> Anders als in Deutschland erfolgte in der Schweiz keine strenge formale Unterscheidung in Verwaltungs- und Kriminalstrafrecht. Daher fehlt in der Schweiz ein «Ordnungswidrigkeitenstrafrecht» deutscher Prägung und Bedeutung als «Zweite Spur» strafrechtlicher Sozialkontrolle (vgl. dazu BECKMANN [Fn. 37], 86 ff.). Diesem am nächsten kommt noch das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (SR. 313.0).

<sup>579</sup> Vgl. HIRSCH (Fn. 542), 245 ff.

<sup>580</sup> «Mangelnde Strafwürdigkeit der Tat» (§ 42 öStGB).

<sup>581</sup> Strafbefreiungsgrund der «Geringfügigkeit», Art. 54 VE ExpK (vgl. Bericht ExpK [Fn. 263], 76).

<sup>582</sup> Im Falle der kantonalen «Konkubinatsverbote» beispielsweise hatte sich der Strafrichter zu fragen, ob der Wertentscheidung des historischen Gesetzgebers sklavisch Folge zu leisten sei, oder ob sich angesichts des tiefgreifenden Wertewandels auf dem Gebiet der Partnerschaft und des Zusammenlebens der Geschlechter eine Entkriminalisierung über den Rechtfertigungsgrund der «sozialen Adäquanz» (bzw. über eine restriktive «teleologische» bzw. «objektiv-zeitgemässe» Auslegung) rechtfertige. Wie nachfolgend noch zu zeigen sein wird (unten, II.), ist die Möglichkeit und Notwendigkeit solcher «kriminalpolitischer» richterlicher Korrekturen (im Sinne der «taktischen» Rechtsfortbildung) keineswegs auf Bagatelldelikte beschränkt.

<sup>583</sup> ZIPF (Fn. 487), 119.

## II. Richterliche Rechtsfortbildung und gesellschaftlicher Wandel

### A) Der Strafrichter als «Gesetzgeber»

Zur Klärung der Frage, inwieweit dem Wandel der ausserjuristischen Fakten, Kenntnisse und Wertvorstellungen kriminalpolitische Nachachtung verschafft werden kann und muss, ist die Fragestellung wie erwähnt nach den formellen und informellen Trägern der Strafgesetzgebung zu differenzieren.<sup>584</sup> Auch die rechtsanwendenden Behörden, insbesondere die *Höchstgerichte*, tragen wesentliches zur kriminalpolitischen Entwicklung<sup>585</sup> und Rechtsfortbildung<sup>586</sup> bei. Gesetzgebung und Justiz haben jedoch unterschiedliche verfassungsmässige Funktionen zu erfüllen.

Dass jede richterliche Rechtsfindung zugleich einen Akt der *Rechtsschöpfung* darstellt, gilt als anerkanntes Ergebnis der juristischen Hermeneutik.<sup>587</sup> Zur schöpferischen Rechtsfortbildung sind Schweizer Richter um so mehr gezwungen, als die hiesigen Kodifikationen regelmässig mit grosser Zurückhaltung und oft erst viele Jahre nach Einsetzen von Reformbemühungen den veränderten Verhältnissen angepasst werden.<sup>588</sup> Ist der Richter somit (auch) «als Gesetzgeber»<sup>589</sup> tätig? Oder ist er bloss «gehorsamer Diener des Gesetzes»,<sup>590</sup> der das positive Recht lediglich anzuwenden hat? Die Frage lässt sich in pauschaler Form nicht beantworten; zu differenzieren wäre insbesondere nach dem Verfassungsauftrag der verschiedenen Gerichtsinstanzen im jeweiligen Verfahren.<sup>591</sup>

<sup>584</sup> S. dazu oben, I. A.

<sup>585</sup> «Zu verkennen, dass die Träger der Dritten Gewalt *auch* Kriminalpolitik betreiben, würde schlicht die Realität verfehlen» (SCHÜLER-SPRINGORUM [Fn. 455], 60).

<sup>586</sup> S. z.B. für das Bundesgericht FORSTER (Fn. 154), 137 ff.

<sup>587</sup> Vgl. für viele HANS HUBER, Der Standort des Richters in der modernen Gesellschaft, in: HANS HUBER, Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Bern 1971, 435 ff., 442; JOSEF ESSER, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt/M. 1970, 178; FRANZ WIEACKER, Gesetz und Richterkunst, Karlsruhe 1958, 7.

<sup>588</sup> Vgl. MARTIN SCHUBARTH, Zur richterlichen Rechtsfortbildung, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 3 (1988) 86 ff., 95.

<sup>589</sup> So der programmatische Titel von ARTHUR MEIER-HAYOZ, Der Richter als Gesetzgeber, in: Festschrift Max Guldener, Zürich 1973, 189 ff. Zum «stellvertretenden Gesetzgeber» wird der Richter durch Art. 1 Abs. 2 ZGB für den Fall des Vorliegens einer Gesetzeslücke und des Fehlens von Gewohnheitsrecht erhoben (vgl. OSKAR ADOLF GERMANN, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. Aufl., Bern 1967). Nur in *diesem* Zusammenhang spricht MEIER-HAYOZ vom «Richter als Gesetzgeber», im übrigen bezeichnet er ihn als als «Schrittmacher des Gesetzgebers» (a.a.O., 192).

<sup>590</sup> Zum «legalistisch-positivistischen» Justizverständnis (etwa der österreichischen Verfassungsrechtsprechung) s. PETER-ALEXANDER MÜLLER, Gedanken zur richterlichen Rechtsbildung und Rechtsfortbildung, in: Mélanges Robert Patry, Lausanne 1988, 377 ff., 381.

<sup>591</sup> Vgl. dazu MÜLLER (Fn. 590), 381 ff.; FORSTER (Fn. 33), 17 f. Das verfassungsrechtliche Verbot, Bundesgesetze auf ihre Verfassungsmässigkeit hin zu überprüfen (Art. 113 Abs. 3 BV), kann nach der Möglichkeit rufen, über «kreative Gesetzesergänzung» grundrechtliche Gerechtigkeitsvorstellungen zu verwirklichen, die im gesetzten Recht allenfalls vernachlässigt worden sind (vgl. THOMAS FLEINER, Die verfassungsrechtliche Bedeutung von Art. 1 Abs. 2 ZGB, in: Gedächtnisschrift für Peter Jäggi, Freiburg 1977, 315 ff., 325 f.).

Bei der Frage, inwieweit dem Richter eine rechtsschöpferische Tätigkeit ausserhalb eigentlicher Gesetzeslückenfüllung zustehe,<sup>592</sup> ist für das Strafrecht eine besondere Einschränkung zu machen. Es gelten hier die Grenzen von Art. 1 StGB bzw. Art. 7 Ziff. 1 EMRK<sup>593</sup>: Zwar ist eine «extensive Auslegung» zulasten des Angeschuldigten zulässig, der Richter darf indessen *keine neuen Straftatbestände* schaffen. Eigentliche Gesetzeslücken dürfen auf Grund des «Analogieverbotes» nur zum Vorteil des Angeklagten oder dann auf dem Wege der Gesetzesänderung geschlossen werden.<sup>594</sup>

Eine kreative «gesetzesergänzende» Leistung wird den Gerichten bei Vorliegen von Gesetzeslücken oder unbestimmten Rechtsbegriffen<sup>595</sup> aufgenötigt. Gesetzgebung ist, wie dargelegt, ein «Markt» der sich widerstreitenden Gruppen- und Individualinteressen. Oft kommt ein politischer Konsens wegen Interessenkonflikten nur beschränkt oder unter Zuhilfenahme offener bis vager Bestimmungen zustande. Mit «dilatorischen

---

Umgekehrt sind auch in der Rechtssetzung Elemente der Rechtsanwendung eingeschlossen (vgl. RENÉ A. RHINOW, Zum Verhältnis von Rechtssetzung und Rechtsanwendung, in: KURT EICHENBERGER et al. [Hrsg.], Grundfragen der Rechtssetzung, Basel 1978, 95 ff.). In diesem Sinne ist *keine strikte funktionale Unterscheidung* zwischen Gesetzgebung und Justiz möglich.

<sup>592</sup> Bejaht wird dies – unter Berufung auf FRANÇOIS GENY – z.B. auch von PIERRE CAVIN (Remarques sur le pouvoir des juges, in: Mélanges Marcel Regamey, Lausanne 1980, 25 ff., 27): «l'autorisant à faire évoluer le droit, à l'adapter au changement économique, à l'évolution des idées».

<sup>593</sup> Legalitätsprinzip, «nulla poena sine lege scripta»; zu den Teilgehalten des strafrechtlichen Legalitätsprinzips s. PETER LEWISCH, Verfassung und Strafrecht, Habil. Wien 1993, 53 ff.

<sup>594</sup> BGE 119 IV 244 E. 1c; 116 IV 136, 350 E. 6; 112 Ia 112; 111 IV 119; 110 IV 1; 109 IV 78; 106 IV 101; 105 IV 14; 103 IV 31; 102 IV 265; 91 IV 195; 71 IV 136. Die Grenzen zwischen extensiver «teleologischer» bzw. «zeitgemässer» Auslegung und Analogie sind allerdings *fliessend* (s. zu BGE 111 IV 119 [EDV-Daten als «Schrifturkunden»] unten, C 1.-2.); s. zum Analogieverbot ausführlich LEWISCH (Fn. 593), 62 ff.

<sup>595</sup> Das StGB kennt im Besonderen und Allgemeinen Teil zahlreiche «Kann»- und Ermessens-Vorschriften, Generalklauseln, Blankettnormen und normativ-wertende Rechtsbegriffe, welche dem Strafrichter eine *erhebliche Autonomie* einräumen (s. z.B. BGE 117 IV 277 E. 3a; vgl. FRITJOF HAFT, Generalklauseln und unbestimmte Begriffe im Strafrecht, Juristische Schulung 15 [1975] 477 ff.; WOLFGANG NAUCKE, Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht, Tübingen 1973; TRECHSEL [Fn. 81], Art. 18 N. 6); besonders eklatant und rechtsstaatlich nicht immer unbedenklich ist der richterliche *Strafzumessungsspielraum* (s. kritisch TRECHSEL [Fn. 81], Art. 63 N. 5 ff.). Im Bereich der Verbrechensdogmatik schliesslich hat die Praxis *zahlreiche wichtige Rechtsfiguren* entwickelt, welche *im Gesetz nicht genannt werden* (z.B. die «Einwilligung des Verletzten» als Rechtfertigungsgrund, das Prinzip der «Tatherrschaft» bei der Teilnahmelehre, die Kausalitäts- und Fahrlässigkeitsbegriffe usw.); soweit daraus die Strafbarkeit bzw. Verschärfungen zu Lasten des Angeschuldigten abgeleitet werden (wie z.B. bei der Rechtsfigur des «unechten Unterlassungsdeliktes»), ergeben sich *Spannungen zum Legalitätsprinzip* (Art. 1 StGB). Im Strafprozessrecht hat das Bundesgericht (teilweise unter dem Einfluss der Strassburger EMRK-Rechtsprechung) besonders auf dem Gebiet der *Grundrechte* (Art. 4 BV, persönliche Freiheit) zahlreiche rechtsschöpferische Impulse beigesteuert (vgl. für viele TRECHSEL [Fn. 533], 667 ff.).



Formelkompromissen» kann die politische Verantwortung regelrecht an die Gerichte abgeschoben werden. Wo liegt nun aber die Grenze zwischen gesetzgeberischer und richterlicher Regelungszuständigkeit? Wissenschaft und Praxis scheinen sich hier ihrerseits auf eine Art «dilatorischen Formelkompromiss» geeinigt zu haben, indem etwa formuliert wird, dass die Höchstgerichte die grundlegenden politischen Weichenstellungen bzw. die «strategische» Rechtsfortbildung dem verfassungsmässigen formellen Gesetzgeber überlassen und im «engeren» Sinne Recht sprechen sollten.<sup>596</sup> Was konkret zu den «strategischen» oder «wesentlichen»<sup>597</sup> Bereichen zu zählen ist, kann allerdings äusserst kontrovers sein.<sup>598</sup>

Daraus ergibt sich eine *doppelte rechtspolitische Problematik*. Einerseits nimmt der Gesetzgeber die ihm von der Verfassung zugewiesene Verantwortung nicht wahr, wenn er rechtsstrategischen Entscheidungen durch Untätigkeit oder mittels «Formelkompromissen» aus dem Wege geht und die Zuständigkeit an die Gerichte delegiert.<sup>599</sup> Zu einer gesetzesvertretenden «Feuerwehrpolitik» war das Bundesgericht (mangels eines modernen Vermögens- und Urkundenstrafrechts) zuletzt vor allem im Bereich der Computerdelikte und des bargeldlosen Zahlungsverkehrs gezwungen.<sup>600</sup> Umgekehrt «verschanzt» sich aber auch der Richter in seinem Verantwortungsbereich manchmal zu Unrecht hinter dem Gesetzgeber. So wurde in BGE 106 IV 230 f. die Auffassung vertreten, es stehe dem Richter nicht zu, die Frage nach dem Suchtpotential von Cannabisprodukten abweichend vom Gesetzgeber zu beurteilen. Dies gelte selbst dann, wenn sich hiezu neue wissenschaftliche Erkenntnisse ergeben hätten.<sup>601</sup> Diese Praxis ist mit Recht kritisiert worden.<sup>602</sup> Streitig war, inwieweit der

<sup>596</sup> ARTHUR MEIER-HAYOZ (Strategische und taktische Aspekte der Fortbildung des Rechts, Juristen Zeitung 1981, 417 ff., 421) vertritt die Auffassung, dass die Gerichte «in den Grenzen der vom Gesetzgeber abgesteckten Strategie Rechtspolitik im Kleinen», somit «taktische» Rechtsfortbildung zu betreiben hätten; s. zur Grenzziehungsproblematik auch RITA ZIMMERMAN, Die Relevanz einer herrschenden Meinung für die Anwendung, Fortbildung und wissenschaftliche Erforschung des Rechts, Berlin 1983, 53 f., mit Hinweisen auf die «Wesentlichkeits»-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes.

<sup>597</sup> BVerfGE 49, 89 (124, 126).

<sup>598</sup> S. z.B. GERD ROELLECKE, Höchststrichterliche Rechtsprechung – politisch betrachtet, Deutsche Richterzeitung 61 (1983) 258 ff., 262.

<sup>599</sup> PETER ALBRECHT konstatiert in der neueren Strafrechtsentwicklung «eine gewisse Verlagerung der Verantwortung vom Gesetzgeber auf die Justiz» (Auf dem Weg zu einer Strafjustiz ohne öffentliche Kontrolle?, in: Geschlossene Gesellschaft?, Zürich 1993, 127 ff., 128, mit Hinweis auf RUDOLF WASSERMANN).

<sup>600</sup> S. dazu ausführlicher unten, C 1.-2.; passiv blieb der eidgenössische Gesetzgeber bisher beispielsweise im Bereich des *Abtreibungsstrafrechts* (s. dazu unten, C 4.). Auch bei den Bemühungen um Erlass eines modernen *Umweltschutz-* oder *Betäubungsmittelstrafrechts* hat er nicht gerade ein horrendes Tempo vorgelegt. Eine präventiv wirkende eidgenössische *Waffengesetzgebung* ist längst überfällig.

<sup>601</sup> Auch in diesem Fall wäre es laut Bundesgericht «am Gesetzgeber, die entsprechenden Konsequenzen zu ziehen» (E. 3, S. 231).

<sup>602</sup> Vgl. GUIDO JENNY, Der Begriff der Gesundheitsgefahr in Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG:

Konsum von Cannabis «die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen» könne.<sup>603</sup> Diese Frage hat der Gesetzgeber nicht im Sinne einer «grundlegenden rechtspolitischen Weichenstellung» beantwortet. Er hat sich vielmehr mit auslegungsbedürftigen unbestimmten Rechtsbegriffen<sup>604</sup> beholfen. Somit war es Aufgabe der Gerichte, zu entscheiden, ob und allenfalls unter welchen Bedingungen eine erhebliche Gesundheitsgefährdung durch Haschisch eintreten kann. Dabei durfte sich der Richter vor wissenschaftlichen Erkenntnissen nicht verschliessen.<sup>605</sup> BGE 117 IV 314 hat nun in Änderung der Rechtsprechung entschieden, dass Cannabis «nach dem derzeitigen Stand der Erkenntnisse» auch in grossen Mengen die Gesundheit vieler Menschen nicht in Gefahr bringen könne. Ob die Schlüsse, die der Kassationshof aus der Auseinandersetzung mit den wissenschaftlichen Erkenntnissen gezogen hat, inhaltlich überzeugen, soll hier nicht beurteilt werden. Anerkennung verdient das Bundesgericht jedenfalls insoweit, als es seine Pflicht zur «taktischen» Rechtsfortbildung wahrgenommen und dabei der Entwicklung der wissenschaftlichen Erkenntnisse Rechnung getragen hat.

Im Rahmen der Rechtsfortbildung nimmt die Justiz einen grossen Einfluss auf die Modernisierung des Strafrechts, insbesondere des Rechtsgüter- und Sanktionenkataloges. Wie gesehen, nimmt das Bundesgericht diese Aufgabe jedoch nicht immer mit der nötigen Konsequenz wahr. Auf der anderen Seite wird die Grenze zur «strategischen», grundsätzlich dem Gesetzgeber vorbehaltenen Rechtsfortbildung vom Höchstgericht manchmal auch *überschritten*. Häufig bleibt dem Bundesgericht gar keine andere Wahl, als kriminalpolitisch einzugreifen.<sup>606</sup> In selteneren Fällen betätigen sich sogar die *kantonalen* Strafjustizbehörden als «eidgenössischer Ersatzgesetzgeber».<sup>607</sup> Der «Strafrichter als Gesetzgeber» ist in diesem Sinne durchaus Realität. Wir werden darauf zurückkommen.

---

eine Kritik der neuesten Rechtsprechung, ZSR Beiheft 1, Basel 1982, 97 ff.; kritisiert wurde die Zurückhaltung des Bundesgerichtes auch im Vergleich mit anderen (kaum weniger wichtigen) Rechtsbereichen, etwa dem *kindesrechtlichen Vaterschaftsnachweis* (BGE 87 II 74), bei denen das Bundesgericht sich nicht gescheut hat, «rechtsfortbildend» in die Gesetzgebung einzugreifen (vgl. MEIER-HAYOZ [Fn. 596], 420 ff.).

<sup>603</sup> Im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG.

<sup>604</sup> «Gesundheit vieler Menschen» (...), «Gefahr». Selbst wenn der Gesetzgeber die Frage nach dem Gefährdungspotential von Cannabis beantwortet hätte, wäre zu fragen gewesen, ob es sich dabei um einen grundlegenden «strategischen» Entscheid des Gesetzgebers gehandelt hätte, an dem das Bundesgericht (auch wider bessere Erkenntnisse) hätte festhalten müssen. De lege lata besteht die für den Richter *verbindliche kriminalpolitische Weichenstellung* von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG darin, dass die blossen *Menge* der fraglichen Betäubungsmittel nur im Falle erheblicher *Gesundheitsgefährdung* zu einer *qualifizierten* Strafdrohung führen kann.

<sup>605</sup> Vgl. JENNY (Fn. 602), 110 f.

<sup>606</sup> Die spezifischen *Gründe* dafür und die daraus resultierenden *rechtsstaatlichen Probleme* werden unten (in Abschnitt C 1.-3.) näher ausgeleuchtet.

<sup>607</sup> S. den Nachweis unten, C 4.

## B) Die judizbildende Kraft des sozialen Wandels

Im ersten Abschnitt dieses Paragraphen ist die «Verbindlichkeit» des sozialen Wandels für die Gesetzgebung untersucht worden.<sup>608</sup> Es war dabei von der «normbildenden Kraft» der Realien die Rede. Bei der sich hier anschliessenden Frage, inwiefern der *Richter* den Wandel der gesellschaftlichen Fakten, Kenntnisse und Wertanschauungen berücksichtigen muss, soll von der «judizbildenden Kraft» der Realien gesprochen werden.

Rechtsanwendung ausserhalb des sozialen Kontextes, gleichsam im luft-, blut- und wertleeren Raum, ist undenkbar.<sup>609</sup> Was uns im folgenden Abschnitt besonders interessieren wird, ist die Frage, inwieweit der Richter berechtigt oder gar gehalten sein kann, unter dem Eindruck des «sozialen Wandels» von seiner eigenen bzw. der höchstrichterlichen Rechtsprechung *abzuweichen*.<sup>610</sup>

### 1. Die Bedeutung von Legalitätsprinzip und Rückwirkungsverbot für strafrechtliche Praxisänderungen

In welchem Rahmen sind Praxisänderungen im Strafrecht überhaupt zulässig? Der in Art. 1 StGB verankerte Grundsatz «nulla poena sine lege praevia» sowie die Bestimmung von Art. 2 Abs. 1 StGB über die zeitliche Geltung des Gesetzes verbieten «rückwirkende» Strafgesetze.<sup>611</sup> Wie schon angesprochen, ist auch die Schaffung neuer Strafnormen mittels Analogie<sup>612</sup> unzulässig, Gesetzeslücken dürfen nur zu Gunsten des Angeeschuldigten gefüllt werden.

<sup>608</sup> S. oben, I. B 3.

<sup>609</sup> «Es darf heute als unbestritten gelten, dass der Vorgang der Rechtsanwendung ohne Einbezug faktischer Zustände nicht mehr «denkbar» erscheint» (RHINOW [Fn. 485], 81).

<sup>610</sup> Allein im Jahre 1990 nahm das Bundesgericht 24 Praxisänderungen vor, 14 davon auf dem Gebiet des Strafrechts (s. THOMAS PROBST, Die Änderung der Rechtsprechung, Diss. SG 1992, Schriftenreihe des Instituts für internationales Recht und internationale Beziehungen der Universität Basel, Bd. 56, Basel 1993, 199 f., 731 ff., 1021). Ein statistischer Anstieg der Praxisänderungen kann in den letzten zwanzig Jahren indessen *nicht* festgestellt werden. So erfolgten beispielsweise auch 1972 immerhin 21 Praxisänderungen, während es 1987-88 jährlich weniger als zehn waren. Seit dem Zweiten Weltkrieg nahm die «Änderungsfreudigkeit» des Bundesgerichtes indessen tendenziell zu; PROBST geht von bisher über 700 Änderungen der Bundesgerichtspraxis aus, welche 2,5% aller bis 1990 publizierten Entscheide entsprechen.

<sup>611</sup> Beide Bestimmungen haben «Grundrechtscharakter» (s. auch Art. 7 Ziff. 1 EMRK, LEWISCH [Fn. 593], 96 ff.). Da sie im Bundesstrafrecht verankert sind, ist ihre Verletzung jedoch mit eidgenössischer Nichtigkeitsbeschwerde (und nicht mit staatsrechtlicher Beschwerde) zu rügen (vgl. TRECHSEL [Fn. 81], Art. 1 N. 1, Art. 2 N. 2); soweit die Anwendung von kantonalem Strafrecht streitig ist, kann die Verletzung des Legalitätsprinzips als Teilgehalt von Art. 4 BV allerdings auch mit staatsrechtlicher Beschwerde geltend gemacht werden (BGE 118 Ia 139 f. E. 1c).

<sup>612</sup> Zur Abgrenzung zwischen unzulässiger Analogie und extensiver Auslegung s. BGE 112 IV 82 E. d; 108 IV 33; 103 IV 129; 101 IV 20; 98 IV 199; 96 IV 16; 95 IV 68, problematisch BGE 111 IV 122 E. c (s. auch unten, C 1.-2.).

Es fragt sich, welche Auswirkungen diese Grundsätze auf strafrechtliche Praxisänderungen haben. Darf der Strafrichter von seiner bisherigen Rechtsanwendung zu Ungunsten des Angeschuldigten abweichen? Zwar wird ein «Vertrauensschutz» des Bürgers gegenüber Rechtsprechungsänderungen auch im Strafrecht als notwendig angesehen.<sup>613</sup> Ob ein schützwürdiges Vertrauen des Betroffenen in die bisherige Praxis besteht, ist jedoch im konkreten Fall zu prüfen.<sup>614</sup> Verneint wird dies, wenn der Angeschuldigte sein Verhalten auch nach der früheren Praxis für strafbar halten musste.<sup>615</sup> Das gleiche gilt für den Fall, dass der Täter ein Delikt begeht, welches nach früherer Rechtsprechung *milder* zu bestrafen war. Art. 1 StGB bezweckt nämlich nicht, dem Täter einen «kalkulierbaren Höchstattarif» für Straftaten zu garantieren.<sup>616</sup> Falls das fragliche Verhalten indessen nach alter Praxis *rechtmässig* war, ist die «Vertrauensschutzbestimmung» von Art. 20 StGB anwendbar und der Täter bei fehlendem Unrechtsbewusstsein freizusprechen.<sup>617</sup>

Besonders ausserhalb des Strafrechts lassen sich allerdings die Rückwirkungsprobleme bei Praxisänderungen nicht immer nach dem «Vorbild» der strafrechtlichen Irrtumsregeln sachgerecht lösen.<sup>618</sup> Es ist daher die gesetzliche Verankerung einer allgemeinen Verordnungskompetenz zu Gunsten des Bundesgerichtes vorgeschlagen worden, wonach das Bun-

<sup>613</sup> Vgl. PROBST (Fn. 610), 519 ff.; SCHULTZ (Fn. 107), 54; STRATENWERTH (Fn. 108), § 4 N. 39; TRECHSEL (Fn. 81), Art. 1 N. 19; BEATRICE WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel 1983, 263.

<sup>614</sup> Vgl. HANS-WOLFGANG ARNDT, Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung, Frankfurt/M. 1974, 19 ff.; HANS DUBS, Praxisänderungen, Basel 1949, 169 f.; FRIEDRICH EICHFELDER, Die Stellung der Gerichte, namentlich der obersten Bundesgerichte der Bundesrepublik Deutschland, Diss. Würzburg 1976, 731 ff.; FORSTER (Fn. 33), 71 f.; OSKAR ADOLF GERMANN, Präjudizielle Tragweite höchstrichterlicher Urteile, insbesondere der Urteile des schweizerischen Bundesgerichts, ZSR 68 (1949) 279 ff., 330 f.; PETER HÜNERFELD, Die Bedeutung von Präjudizien im Strafrecht, in: Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen und französischen Recht, Frankfurt/M. 1985, 105 ff., 122 ff.; s. auch BGE 104 Ia 1 E. 4; 74 IV 65.

<sup>615</sup> Wer sich nach einer richterlichen Senkung der Promillegrenze alkoholisiert ans Steuer setzt, kann sich gemäss BGHSt 21, 157, nicht auf sein «Vertrauen» in die frühere «mildere» Praxis berufen (a.M. ARNDT [Fn. 614], 42).

<sup>616</sup> Vgl. FORSTER (Fn. 33), 72; a.M. anscheinend PROBST (Fn. 610, 481), der die «Einbindung der rückwirkenden Rechtsprechungsänderung» in Art. 1 StGB «auch dort» verlangt, «wo kein schützenswertes Vertrauen vorhanden ist».

<sup>617</sup> Vgl. TRECHSEL (Fn. 81), Art. 1 N. 19; gl.M. FORSTER (Fn. 33), 72; so nun auch die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichtes, zur Publikation bestimmtes Urteil vom 17. Juni 1994 i.S. S., E. 2 (*entgegen* BGE 106 IV 93, wo auch bei Umgangnehmen von Strafe ein *Schuldspruch* verlangt wird); s. auch PROBST (Fn. 610), 482 f.

<sup>618</sup> Eher ablehnend für das *Verwaltungsrecht* WEBER-DÜRLER (Fn. 613), 241; EUGEN WETTSTEIN, Die Praxisänderung im Verwaltungsrecht, Diss. ZH 1983, 132. Auch eine Lösung durch «Ankündigungen» von Rechtsprechungsänderungen in Urteilen mittels «obiter dicta» ist nicht unproblematisch; immerhin können solche Ankündigungen und «prospective overruling» die *Voraussehbarkeit* der Rechtsprechung erhöhen und Praxisänderungen unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes *erleichtern* (s. dazu FORSTER [Fn. 33], 76 ff., 348 f., 357 ff.; PROBST [Fn. 610], 483 f., 684 ff.).

desgericht (in besonders akuten Fällen) eine *Übergangsregelung* erlassen könnte.<sup>619</sup>

## 2. Sozialer Wandel und Rechtssicherheit

Wann können veränderte gesellschaftliche Fakten, Kenntnisse und Wertanschauungen eine Praxisänderung rechtfertigen oder gar gebieten? Die schweizerische Lehre differenziert diesbezüglich zwischen der sogenannten «gebundenen» und der «freien» Rechtsfindung.

Bei der *gebundenen* Rechtsfindung als Regelfall wendet der Richter gesetzliche Bestimmungen auf den zu entscheidenden Sachverhalt an. Die auszulegenden Normen sichern bereits ein Minimum an «Berechenbarkeit», Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit.<sup>620</sup> Eine Praxisänderung setzt hier nur (aber immerhin) voraus, dass die neue Lösung aus «triftigen» bzw. «ernsthaften, sachlichen Gründen» als *besser* angesehen werden kann.<sup>621</sup> Falls der Strafrichter solche Gründe übersieht, können daraus (anfechtbare) Fehlurteile resultieren.<sup>622</sup> Allein schon das Interesse an deren Vermeidung gebietet somit, der fortschreitenden Entwicklung von Fakten,<sup>623</sup> Erkenntnissen<sup>624</sup> und ideellen Anschauun-

<sup>619</sup> Diese wäre in der amtlichen Urteilssammlung zu publizieren; denkbar sei auch eine – auf Antrag des Bundesgerichtes – durch den *Bundesrat* erlassene Verordnung (vgl. ROLF BÄR, Praxisänderung und Rechtssicherheit, in: Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift für Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, 1 ff., 21 ff., 25; s. neuerdings auch die methodologisch breit abgestützten Vorschläge für ein richterliches «intertemporales Kollisionsrecht» bei PROBST [Fn. 610], 707 f., 721). Für eine entsprechende Regelung sprechen vor allem Gründe der *Rechtsstaatlichkeit* und des *Vertrauensschutzes*.

<sup>620</sup> Vgl. dazu HENRI DESCHENAUX, Die Einleitungsartikel, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, Basel 1967, 127 f.; FORSTER (Fn. 33), 68 f.; GERMANN (Fn. 589), 256 ff.; ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, Bern 1966, N. 505 ff.; PROBST (Fn. 610), 378 ff. (der die von der Lehre getroffene Unterscheidung in «gebundene» und «freie» Rechtsfindung in diesem Zusammenhang übersieht [655 ff.]).

<sup>621</sup> S. z.B. BGE 111 II 310 E. 2; 108 Ia 125 E. 2a; 84 II 83. Auch bei der «gebundenen» Rechtsfindung kann es allerdings ausnahmsweise geboten sein, im Interesse der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes eine vom Richter als *unrichtig* erkannte Praxis aufrechtzuerhalten (insbesondere auf dem Gebiet prozessualer Verfahrensvorschriften, s. z.B. BGE 104 Ia 1 E. 4; 56 I 442).

<sup>622</sup> Gemäss dem «Drei-Faktoren-Konzept» von PROBST darf – und *muss* – der Richter seine Praxis ändern, «falls die Gründe, die gegen die bisherige Rechtsauffassung sprechen, sowie die Gründe, die für die neue Rechtsauffassung sprechen, gemeinsam gewichtiger sind als die Nachteile, die mit einem Wechsel von der bisherigen Rechtsprechung zur neuen Rechtsprechung verbunden sind» (Fn. 610, 664).

<sup>623</sup> Um ein besonders anschauliches *nichtstrafrechtliches* Beispiel zu erwähnen, hat das Eidgenössische Versicherungsgericht 1934 unter dem Eindruck der weltweiten *Wirtschaftskrise* seine Praxis zur Berechnung des Verdienstaufschlags bei der Unfallversicherung geändert (vgl. PROBST [Fn. 610], 259).

<sup>624</sup> BGE 71 II 54 berücksichtigte z.B. für den Vaterschaftsnachweis den wissenschaftlichen Fortschritt im Bereich der Blutanalyse; in der Kriminalistik hat neuestens die Möglichkeit des «genetischen Fingerabdrucks» (DNA-Analyse von Gewebe, Blut, Sperma und anderen Körpersubstanzen) revolutionäre Erkenntnismöglichkeiten gebracht (vgl.



gen<sup>625</sup> Rechnung zu tragen. Dies gilt selbstverständlich nicht nur für den Fall versäumter Praxisänderungen, sondern schlechthin für *jegliche* Rechtsanwendung.<sup>626</sup>

An *engere* Voraussetzungen geknüpft sind Praxisänderungen im Bereich der lückenfüllenden «freien» Rechtsfindung des Richters «modo legislatoris»,<sup>627</sup> wo der Richter eine fehlende gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche Norm zu ersetzen bzw. unvollständiges Gesetzesrecht zu ergänzen hat.<sup>628</sup> Ein Abweichen von Präjudizien kommt hier einer Gesetzesänderung nahe.<sup>629</sup> Die Rechtssicherheit und das Vertrauen der Rechtsunterworfenen in die richterliche «Norm» sind daher in qualifiziertem

---

WALTER BÄR, Die Identifizierung mit gentechnologischen Methoden in der Gerichtsmedizin, in: Aktuelle Probleme der Kriminalitätsbekämpfung, Festschrift SKG, Bern 1992, 426 ff.). Zu Begriff und Aufgabe der juristischen «Lehre» und deren allgemeinem Einfluss auf die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes s. FORSTER (Fn. 33), 99 ff., 166 ff., 227 ff.

<sup>625</sup> An erster Stelle hat sich der Richter an den in *Verfassung und Gesetz* verankerten elementaren Wertentscheidungen zu orientieren. Er muss aber gleichzeitig *sensibel und offen* sein für die aktuellen Probleme und Interessenkonflikte, welche die Öffentlichkeit beschäftigen, und sich einen *eigenen Wertehorizont* bilden (BGE 116 Ia 24 E. b; s. auch oben, § 1 I. A sowie BERND RÜTHERS, Wir denken die Rechtsbegriffe um...: Weltanschauung als Auslegungsprinzip, Osnabrück 1987). Der politisch bewusste und an gesellschaftlichen Konflikten und Entwicklungen interessierte Richter stellt damit seine *Bindung an das Gesetz* keineswegs in Frage (zur Forderung nach richterlicher «Wertetransparenz» s. FORSTER [Fn. 33], 273 ff.).

<sup>626</sup> Je nach Kognition der rechtsanwendenden Instanz können sich *Mängel* beim Einbezug der juristischen und ausserjuristischen Gegebenheiten als *fehlerhafte Rechts- oder Tatsachenerkenntnis* manifestieren. Möglichkeit, Art und Umfang einer «Sanktionierung» von solchen Fehlern hängen wiederum von Überprüfungsbefugnis und verfassungsmässigem Auftrag der (allfälligen) übergeordneten Instanz ab. Das fehlerhafte Umgehen mit *Fakten* kann sich juristisch – beispielsweise – als aktenwidrige Tatsachenfeststellung, als unzulässige (allenfalls willkürliche) Beweiswürdigung, als Verstoss gegen prozessuale Beweisregeln oder als Missachtung von Rechtsquellen manifestieren, im Falle der Revision können (neue) Fakten sogar einen formal «fehlerfreien» Rechtsanwendungsakt zu Fall bringen; fehlerhaftes *Werten* kann sich etwa als falsche Auslegung von normativen unbestimmten Rechtsbegriffen, als Verkennen des (zeitgemässen) Sinn und Zwecks einer Norm oder als Missachtung der Wertungsvorgaben von Verfassung und EMRK äussern (s. als Beispiele die EGMR i.S. Burghartz, Schuler-Zraggen und F. [oben, Fn. 533]; für bundesgerichtliche Praxisänderungen als Folge der Strassburger EMRK-Rechtsprechung s. z.B. PROBST [Fn. 610], 265 f.; zu neueren Beispielen der Rechtsfortbildung im Bereich des Strafrechts s. nachfolgend, C).

<sup>627</sup> Zur Funktion des Strafrichters als «Gesetzgeber» s. oben, A.

<sup>628</sup> Art. 1 Abs. 2 ZGB. Vorbehältlich der eben erwähnten Besonderheiten (Legalitätsprinzip, Analogieverbot, Rückwirkungsverbot) hat Art. 1 ZGB als Norm mit Verfassungsrang auch Bedeutung für das Strafrecht (vgl. FORSTER [Fn. 33], 8 f.); so ist das Ausfüllen von Gesetzeslücken zu Gunsten des Angeschuldigten nicht nur zulässig, sondern geboten (s. z.B. BGE 110 IV 2 f.; 90 IV 187; vgl. OSKAR ADOLF GERMAN, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. Aufl., Bern 1967, 194). Auch Art. 2 ZGB wird im Strafrecht analog angewendet (s. z.B. BGE 105 IV 229).

<sup>629</sup> Vgl. GERMAN (Fn. 628), 256.

Masse gefährdet.<sup>630</sup> Für die Zulässigkeit von Praxisänderungen wird daher *mehr* als eine «bessere» richterliche Einsicht oder eine graduelle Änderung gesellschaftlicher Wertanschauungen verlangt. Vorausgesetzt wird eine *tiefgreifende* Veränderung rechtlich relevanter Faktoren der Aussenwelt bzw. der Instrumente ihrer Erkenntnis oder eine *grundlegende* Wandlung der ethischen und sozialen Wert- und Interessenvorstellungen.<sup>631</sup> Auch im Bereich der «gesetzesergänzenden» Rechtsfortbildung *darf* der Strafrichter somit (unter restriktiveren Voraussetzungen) seine Praxis neuen Erkenntnissen und Anschauungen anpassen. Weiter oben haben wir schliesslich gesehen, dass der Strafgesetzgeber (und somit auch der lückenfüllende Strafrichter) sogar verfassungsrechtlich *verpflichtet* sein kann, dem gesellschaftlichen Wandel Rechnung zu tragen.<sup>632</sup>

### C) Kriminalisierende und dekriminialisierende Wirkungen des sozialen Wandels: Zur Praxis höchstrichterlicher Kriminalpolitik

Wir haben bereits die relativ kühne These gewagt, dass das Bundesgericht unter dem Druck des sozialen Wandels nicht selten die sicheren Pfade richterlicher Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung verlässt und – den Gesetzgeber vertretend – zu einer Modernisierung des Strafrechts schreitet. Es gilt nun, den Beweis dafür anzutreten. Gleichzeitig soll an konkreten Beispielen «höchstrichterlicher Kriminalpolitik» untersucht werden, unter welchen Bedingungen der soziale Wandel das Strafrecht verschärft oder mildert.

#### 1. Rechtsfortbildung im Kontext technisch-faktischer Entwicklungen

Wir haben den «sozialen Wandel» im weiteren Sinne als Änderung der kriminalpolitisch relevanten Fakten, Erkenntnisse und Wertvorstellungen definiert. Ein aufsehenerregender neuerer Fall, bei dem das Höchstgericht den *technischen Fortschritt und Wissensstand* judiziell umgesetzt hat, wurde bereits näher angesprochen.<sup>633</sup> Im «Haschisch-Entscheid»<sup>634</sup> hat das Bundesgericht erkannt, dass Cannabisprodukte «nach dem derzeitigen Stand der Erkenntnisse» auch in grossen Mengen die Gesundheit vieler Menschen nicht in Gefahr bringen könne. Damit änderte das Bundesgericht einerseits seine Praxis in der Weise, dass der Handel auch von grossen Mengen Haschisch – unter diesem quantitativen Kriterium allein – keiner

<sup>630</sup> Auf das Legalitätsprinzip und das Verbot rückwirkender Strafgesetze (Art. 1, Art. 2 Abs. 1 StGB) wurde bereits hingewiesen.

<sup>631</sup> Vgl. DUBS (Fn. 614), 138 ff.; FORSTER (Fn. 33), 68 ff., 70 f., 184; MEIER-HAYOZ (Fn. 620), N. 453; EGON SCHNEIDER, Über Gründe und Auswirkungen der Änderung einer höchstrichterlichen Rechtsprechung, Monatsschrift für deutsches Recht 25 (1971) 705 ff.

<sup>632</sup> S. dazu oben, I. B 3.

<sup>633</sup> S. oben, A.

<sup>634</sup> BGE 117 IV 314.

*qualifizierten* Strafdrohung<sup>635</sup> mehr unterliegt. Andererseits bejahte es (ebenfalls in Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung<sup>636</sup>) seine Zuständigkeit zur «taktischen» Rechtsfortbildung auf dem betreffenden Gebiet. Schliesslich hat das Bundesgericht auch eine Verpflichtung des Richters, dem «technischen Fortschritt» Rechnung zu tragen, grundsätzlich anerkannt. Allerdings wird im «Haschisch-Entscheid» betont, es gehe aus den *Materialien* hervor, dass sich der Gesetzgeber bewusst gewesen sei, die Gefährlichkeit von Cannabis «nicht endgültig beurteilen zu können», und dass die Forschung darüber «noch im Gang» war. Der Gesetzgeber habe es «als Sache des Richters» angesehen, «die zu erwartenden Forschungsergebnisse jedenfalls soweit zu beachten, als das Gesetz (...) dafür Raum lässt». <sup>637</sup>

Selbstverständlich hat das Bundesgericht den sozialen Wandel gerade in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht schon immer (ausdrücklich oder stillschweigend) rechtsfortbildend berücksichtigt. Die Rücksichtnahme auf den gesellschaftlichen Wandel erfolgte jedoch in einer gewissen *Beliebigkeit* und *Unbestimmtheit*. Das Bundesgericht hat zur normativen «judizbildenden» Wirkung der Realien bisher keine grundsätzlichen Erwägungen publiziert. Der Vorwurf trifft aber weniger das Bundesgericht<sup>638</sup> als die Doktrin, welche die Frage bisher kaum systematisch untersucht hat.

In neuerer Zeit hat das Bundesgericht kriminalpolitischen «Rechtsfortbildungsbedarf» besonders angesichts neuer Techniken und Methoden des *Wirtschaftslebens* erkannt. Dabei hat es sich gelegentlich in dem vorgegebenen starren Gefüge des Gesetzes verstrickt. So sah sich das Höchstgericht angesichts der sprunghaften Zunahme des *bargeldlosen Zahlungsverkehrs* und der damit verbundenen Missbrauchsgefahren zu wiederholten Praxisänderungen veranlasst. Im berühmten «Nehmad-Entscheid» wich es von der bisherigen Lehre und Rechtsprechung ab, welche

<sup>635</sup> Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG.

<sup>636</sup> Gegenüber BGE 106 IV 230 f.

<sup>637</sup> BGE 117 IV 319 f. E. dd. – Es könnte sich die Frage stellen, ob das Bundesgericht eine entsprechende *Willensäusserung* des «Gesetzgebers» als notwendige *Voraussetzung* für ein rechtsfortbildendes Eingreifen des Richters ansieht. Diese Auffassung wäre mit den bisherigen Ergebnissen der vorliegenden Untersuchung nicht zu vereinbaren: Eine rechtsfortbildende Anpassung an den gesellschaftlichen Wandel kann sich (aus verfassungs- oder völkerrechtlicher Sicht) auch in Fällen als notwendig erweisen, in denen der «Gesetzgeber» *keinen* entsprechenden ausdrücklichen «Vorbehalt» im Gesetz oder in den *Materialien* angebracht hat (s. dazu oben, B 2. sowie I. B 3.). Ebenso ist der Richter auch ohne ausdrücklichen gesetzgeberischen Auftrag zur «taktischen Rechtsfortbildung» zuständig bzw. sogar verpflichtet (s. oben, A). In den dargelegten Grenzen steht somit *jedes* Gesetz unter einem verfassungsmässigen «Rechtsfortbildungs-» oder «Revisionsvorbehalt». Die betreffenden Erwägungen des Haschisch-Entscheidung sind demnach als Hilfsargumente zu betrachten, welche dem Bundesgericht die spektakuläre Praxisänderung freilich erleichterten.

<sup>638</sup> Freilich gehört zu dessen verfassungsmässigen Aufgaben nicht nur das Entscheiden von Einzelfällen, sondern auch die Rechtsvereinheitlichung und Rechtsfortbildung.

unter den Begriff der «Sache» im Sinne des Vermögensstrafrechts nur körperliche Gegenstände, nicht jedoch Forderungen subsumiert hatten.<sup>639</sup> Beim Tatbestand der Veruntreuung (Art. 140 Ziff. 1 StGB) behandelte das Bundesgericht Forderungen demgegenüber nicht als «Sachen», sondern als «anvertrautes Gut».<sup>640</sup> Nachdem in BGE 103 IV 87 wiederum entschieden worden war, Forderungen<sup>641</sup> stellten *kein* «anvertrautes Gut»<sup>642</sup> dar, wurde diese Praxis sechs Jahre später (gleichsam «im Quadrat») neuerlich geändert.<sup>643</sup> BGE 116 IV 134 hat schliesslich auch den «Nehmad»-Entscheid ausdrücklich bestätigt, wonach Art. 141 StGB Forderungen (Postcheckguthaben) als «fremde bewegliche Sache» erfasse.<sup>644</sup>

Im Jahre 1985 sah sich das Bundesgericht gedrängt, die Definition der Urkunde<sup>645</sup> auf *elektronische Datenträger* auszuweiten und damit insbesondere auch die Fälschung von EDV-Buchhaltungen unter Strafe zu stellen. Auch hier ergab sich ein kriminalpolitischer «Handlungsbedarf» aus der fortschreitenden computergestützten Technisierung und Rationalisierung sozioökonomischer Abläufe und ihren Missbrauchsgefahren.<sup>646</sup> So verständlich die Kriminalisierung sozialschädlicher Verhaltensweisen im Interesse des Rechtsgüterschutzes auch war, hinterliess der Entscheid ein ungutes Gefühl im «Bauch» der Rechtsstaatlichkeit. Das Gesetz stellte bisher nämlich ausdrücklich nur «Schriften» (und Beweiszeichen) unter den Schutz des Strafrechts. Es bedurfte hingegen einiger Argumentations- und Abstraktionskünste, den *Schrift*charakter magnetisch gespeicherter elektronischer Daten nachzuweisen. Das Bundesgericht behalf sich zwar mit dem einleuchtenden Argument, moderne elektronische Buchhaltungen seien ebenso schützenswert wie herkömmliche in Bücherform.<sup>647</sup> Analogien zu Lasten des Angeschuldigten sind im Strafrecht jedoch

<sup>639</sup> BGE 87 IV 115 betreffend *Unterschlagung* (Art. 141 StGB).

<sup>640</sup> BGE 94 IV 137; es ging dabei um die Verwendung von *Lohnabzügen*.

<sup>641</sup> Es ging um eine durch *Grundpfandverschreibung* (und damit *nicht* wertpapierrechtlich) gesicherte Forderung.

<sup>642</sup> Wie z.B. Wertpapiere.

<sup>643</sup> BGE 109 IV 27, wonach von Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB *auch Forderungen* (Bank- und Postcheckguthaben, «Buchgeld») erfasst werden (bestätigt z.B. in BGE 118 IV 33 E. 2a).

<sup>644</sup> Es bleibt ein gewisser Widerspruch zur Veruntreuungs-Praxis, welche Forderungen *nicht* als Sache (sondern als «anvertrautes Gut») behandelt; für die (geteilte) Lehre s. z.B. TRECHSEL (Fn. 81), vor Art. 137, N. 2.

<sup>645</sup> i.S.v. Art. 110 Ziff. 5 i.V.m. Art. 251 StGB.

<sup>646</sup> «En l'espèce, on a vu que les moyens informatiques ont pris un tel essor que dans de nombreux secteurs de la vie moderne ils ont remplacé les documents en papier. Dans le domaine de la comptabilité, notamment, l'ordinateur s'est entièrement substitué aux livres. (...) D'ailleurs, le développement considérable et incessant des moyens informatiques favorise l'éclosion de la criminalité qui lui est liée, si bien que sa répression s'impose de manière pressante» (BGE 111 IV 122 f. E. c).

<sup>647</sup> «On doit ainsi admettre que si le législateur a voulu réprimer celui qui fausse les livres, il entendait que soit puni aussi sévèrement celui qui altère le support nouveau qui les remplace».

gefährlich.<sup>648</sup> In BGE 116 IV 343 ff. hat das Bundesgericht auf entsprechende Bedenken reagiert und die Auffassung, elektronisch gespeicherte Daten könnten eine Schrifturkunde darstellen, ausdrücklich «aufgegeben».<sup>649</sup> Dennoch sah sich das Bundesgericht (vor dem unveränderten kriminalpolitischen Hintergrund) nicht in der Lage, das Manipulieren von elektronischen Daten in krimineller Absicht für «straflos» zu erklären. Zwar soll nach der neuen Praxis lediglich die lesbare Sichtbarmachung der gespeicherten Daten in Form eines *Computerausdrucks* oder der *Bildschirmanzeige* eine Schrifturkunde darstellen können. Das Bundesgericht macht jedoch folgenden Vorbehalt: «Daraus wird deutlich, dass, wenn die Daten selber auch nicht als eine Schrift angesehen werden können, noch nicht gesagt ist, deren Veränderung könne keine Urkundenfälschung sein. Vielmehr fragt sich, ob ihr Erscheinungsbild im Geschäftsverkehr – nach der Sichtbarmachung – eine Urkunde und dessen Veränderung durch Abänderung der Daten eine Urkundenfälschung darstellen kann». Deshalb sei BGE 111 IV 121 E. 4 «lediglich entsprechend zu präzisieren».<sup>650</sup>

<sup>648</sup> S. oben, A. Das Bundesgericht erklärte dazu apodiktisch: «Il ne s'agit pas là d'une extension, au détriment de l'accusé, de la notion de titre qui conduirait à une violation du principe de la légalité (Art. 1<sup>er</sup> CP). Une interprétation même extensive de la loi pénale est admissible dans la mesure où elle permet d'en dégager le sens véritable, celui qui est seul conforme à la logique interne et du but de la disposition en cause». – Eine «extensive Auslegung», welche sich bei der Suche nach dem «wahren Sinn» des Gesetzes dermassen weit vom Wortlaut des Gesetzes entfernt («Schrift», «Sache» bei den obigen Beispielen), läuft indessen Gefahr, das Legalitätsprinzip zur leeren Hülse zu degradieren. Der Rechtsunterworfenen muss sich am *Gesetz* orientieren können und nicht an dessen «logique interne». Die überwiegende Lehre äusserte deshalb Bedenken zu BGE 111 IV 119 oder wollte den Strafschutz (in Erwartung einer Revision des Gesetzes) gar auf den *Computerausdruck* beschränken (s. für viele GUIDO JENNY/GÜNTER STRATENWERTH, Zur Urkundenqualität elektronischer Aufzeichnungen, ZStrR 108 [1991] 197 ff.; SCHULTZ [Fn. 345], 19; TRECHSEL [Fn. 81], vor Art. 251 N. 1; a.M. NIKLAUS SCHMID, Zur strafrechtlichen Erfassung von Missbräuchen im Bereiche des bargeldlosen, insbesondere elektronisch abgewickelten Zahlungs- und Kreditverkehrs, ZStrR 104 [1987] 135 ff., sowie HANS WALDER, Falsche schriftliche Erklärungen im Strafrecht, insbesondere die sogenannte «Falschbeurkundung» nach StrGB Art. 251, ZBJV 99 [1982] 78 ff.).

<sup>649</sup> E. 6, S. 350, mit dem Zugeständnis, dass die «aufgegebene» Auffassung «problematisch unter dem Gesichtspunkt des Grundsatzes nullum crimen sine lege wäre».

<sup>650</sup> Dieser «Krebsgang» ist kriminalpolitisch verständlich, vermag jedoch – juristisch – nicht vollständig zu überzeugen. Wenn elektronisch gespeicherte Daten, welche *nicht* per Ausdruck oder Bildschirmanzeige sichtbar gemacht sind, *keine* Urkunden sein können, dann kann die Manipulation solcher Daten auch keine Urkundenfälschung darstellen. Art. 251 StGB setzt das Vorliegen von Urkunden tatbeständlich voraus. Von irgendwelchen «virtuellen» Urkunden ist im Gesetz nicht die Rede. *Falls* nur die sichtbar gemachten Schriftzeichen den Urkundenbegriff erfüllen, nicht aber die magnetisch abgespeicherten Daten, dann könnte auch nur die Manipulation des «Erscheinungsbildes» (nicht aber der gespeicherten Daten) als Urkundenfälschung in Frage kommen. Die gegenteilige Konstruktion erinnert etwas an die «Quadratur des Kreises». Dennoch ist die Haltung des Bundesgerichtes verständlich. Für das Fehlen einer ausreichend klaren und modernen gesetzlichen Grundlage zur Erfassung der Computerkriminalität war das Bundesgericht



## 2. Der Richter als kriminalpolitischer «Feuerwehrmann»? Fragezeichen im Lichte der Rechtssicherheit und des Analogieverbots

Im Gegensatz zum «Haschisch-Entscheid» hat sich die höchstrichterliche Berücksichtigung des technisch-sozialen Wandels bei den Vermögens- und Urkundendelikten teilweise «kriminalisierend» ausgewirkt, d.h. der gesellschaftliche Wandel führte zu einer rechtsfortbildenden *Ausdehnung* des Strafrechts auf neue (heute «alltägliche») Interaktionstechniken des wirtschaftlichen und sozialen Lebens.

Die erwähnten einander in kurzer Folge ablösenden Praxisänderungen sind und waren der Rechtssicherheit nicht gerade zuträglich. Die (sehr) extensive Auslegung gesetzlicher Begriffe («fremde bewegliche Sache», «Schrift»/«Urkunde») könnte ausserdem im Lichte des Legalitätsprinzips und des Analogieverbots bedenklich erscheinen. – Muss (und darf) der Richter auf den Gesetzgeber «warten», wenn neue technische Entwicklungen und Gefahren ein strafrechtliches Einschreiten erfordern, welches die Grenzen des Analogieverbotes zu überschreiten droht? Beim «Haschisch-Entscheid» haben wir gesehen, dass der Richter zur «taktischen» Rechtsfortbildung (in den Grenzen des Analogieverbotes) nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet<sup>651</sup> sein kann. Wenn der Richter (am Beispiel des «Haschisch-Entscheid») zum Schluss kommt, der qualifizierenden Tatbestandsvariante mangle es aufgrund neuer Erkenntnisse an einer faktischen Voraussetzung, dann darf er die qualifizierende Norm nicht anwenden und muss er gegebenenfalls eine von der Realität überholte Praxis ändern. Anders liegen die Dinge bei der «strategischen»<sup>652</sup> richterlichen Rechtsfortbildung, insbesondere bei Fehlen ausreichender gesetzlicher Vorschriften bzw. im Falle der Kollision mit dem strafrechtlichen Analogieverbot. Hier ergeben sich rechtliche *Schranken* gegenüber richterlichen «kriminalpolitischen» Anpassungen an den gesellschaftlichen Wandel.<sup>653</sup>

Und trotzdem: Besteht eine Art «Notstandsrecht» des Richters, wenn der Strafgesetzgeber (etwa gegenüber rasant sich verändernden Verhält-

---

nicht verantwortlich. Ein Nichteingreifen der Strafjustiz gegenüber schwerwiegenden Missbräuchen wäre aber kriminalpolitisch unerträglich gewesen. Dies ändert allerdings nichts am Umstand, dass die frühere gesetzliche Situation *rechtsstaatlich unbefriedigend* und der Abschluss der Revision des Vermögens- und Urkundenstrafrechts dringend notwendig geworden war. Mit seiner modifizierten Argumentation hat das Bundesgericht die Problematik des strafrechtlichen Analogieverbotes methodologisch in keiner Weise entschärft oder gar gelöst, sondern eine *gesetzesvertretende Feuerwehrpolitik* betrieben. Dies zu vertuschen, wäre juristischer Euphemismus. Dass das Bundesgericht dies kaum verkannt hat, wird aus seinem abschliessenden obiter dictum deutlich: «Die vorliegende Begründung zeigt überdies, dass das geltende Recht den Richter mit Schwierigkeiten konfrontiert, die sich bei einer zeitgemässen Gesetzgebung vermeiden liessen» (BGE 116 IV 353 E. 8).

<sup>651</sup> S. dazu auch oben, B 2.

<sup>652</sup> S. oben, A.

<sup>653</sup> S. oben, B 1.

nissen) nicht rasch genug einschreiten kann und daraus erhebliche soziale Schäden drohen? Ich *zweifle* eher daran. Jedenfalls müsste ein solches richterliches «Notrecht» auf äusserst seltene aussergewöhnliche Fälle beschränkt sein, zumal die Verfassung ja auch ein Instrumentarium der «Notstandsgesetzgebung» zur Verfügung stellt.<sup>654</sup> Unzulässig erscheint mir ein «stellvertretendes» legislatorisches Einschreiten des Richters auf jeden Fall, wenn der Gesetzgeber die soziale Entwicklung «verschläft» und deswegen untätig bleibt.

Wie verhält es sich diesbezüglich im angesprochenen Bereich des Vermögens- und Urkundenstrafrechts? Die aus der Not geborene Praxis des Bundesgerichtes hat das Analogieverbot (Art. 1 StGB/Art. 7 EMRK) zumindest tangiert. Auf der anderen Seite stellte sich die Herausforderung, dass der Gesetzgeber für die dringend notwendige Klärung, Modernisierung und Harmonisierung das *ganze System* neu ordnen musste. Angesichts der sehr komplexen Materie und der unterdessen abgeschlossenen<sup>655</sup> Revisionsarbeiten an dieser «Grossbaustelle»<sup>656</sup> kann man dem Gesetzgeber wohl kaum Untätigkeit vorwerfen.<sup>657</sup> Für ein vorübergehendes «gesetzesvertretendes» Eingreifen des Bundesgerichtes sprach so dann das *enorme Missbrauchs- und Gefahrenpotential*<sup>658</sup> durch die betreffenden neuen Technologien. Die dargelegte sehr «extensive» und nicht immer konsequente Praxis scheint mir unter diesen Umständen – gesamt-haft gesehen – nachvollziehbar und (trotz berechtigter Bedenken von seiten der Lehre) gerade noch rechtsstaatlich vertretbar.

<sup>654</sup> Art. 89<sup>bis</sup> BV. Für «notrechtliche» judizielle Neukriminalisierungen müssten ausserdem rechtsstaatlich befriedigende *richterliche Übergangsregelungen* getroffen werden, was schwierig ist und wofür kaum ausreichende *gesetzliche Grundlagen* bestehen. Dies gilt jedenfalls für das *Bundesgericht* (s. dazu auch oben, B 1.).

<sup>655</sup> Revision vom 17. Juni 1994, BBl 1994 III 256 ff.

<sup>656</sup> Vgl. z.B. LUZI STAMM, Revision des Vermögensstrafrechts, Strafgesetzbuch als legislative «Grossbaustelle», Der Schweizer Treuhänder 67 (1993) 521 ff.; s. dazu auch unten, III. A 4.

<sup>657</sup> Allerdings kontrastiert die Langwierigkeit des Gesetzgebungsprozesses im Bereich der Vermögens- und Urkundendelikte stark mit dem Schnellzugstempo beim Erlass der Insider- und Geldwäschereistrafnormen (s. dazu unten, III. A 1.-2.). – Wieso hat man die dringlichen Bestimmungen gegen die Computer- oder Kreditkartenkriminalität nicht *prioritär* und *vorweg* behandeln können, wie dies z.B. bei den Geldwäschereistrafnormen möglich gewesen ist?

<sup>658</sup> Erhebliche Gefahrenpotentiale schlummern freilich auch auf anderen Gebieten, namentlich bei der *Umweltverschmutzung*, wo es ebenfalls an einer modernen und wirksamen Strafgesetzgebung fehlt. Ein Grund dafür, weshalb sich das Bundesgericht hier weniger zu gesetzesvertretenden «Feuerwehrrübungen» berufen fühlt, dürfte darin zu suchen sein, dass die betreffenden Gefahren weniger direkt und augenfällig Individualrechtsgüter betreffen bzw. eintretende Schäden vorderhand «sozialisiert» werden (Beispiel: Luftverschmutzung/Gesundheitswesen).

3. Rechtsfortbildung im Kontext eines spezifischeren «Wertewandels»  
Aber nicht nur die Entwicklung der technischen, sozialen, kulturellen und ökonomischen *Fakten* veranlasst das Bundesgericht zu Kriminalpolitik im Grenzbereich zwischen «taktischer» und «strategischer» Rechtsfortbildung. Auch der gesellschaftliche *Wertewandel* führt zu massiven kriminalpolitischen Korrekturen durch die Rechtsprechung. Wir haben konstatiert, dass jeder Rechtsanwendungsakt zwangsläufig auch mit Wertungsvorgängen verbunden ist.<sup>659</sup> In diesem Sinne war auch bei den besprochenen «Haschisch»- und EDV-Entscheiden ein gewisser «Wertebezug» gegeben. Dort kam den technisch-faktischen Elementen des sozialen Wandels jedoch ein ausschlaggebendes Gewicht zu.

Besonders stark von weltanschaulichen und sittlich-moralischen Wertungen geprägt ist das *Sexualstrafrecht*.<sup>660</sup> In BGE 117 IV 276 («Porno-Entscheid») hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung zum früheren Straftatbestand der unzüchtigen Veröffentlichung (Art. 204 aStGB) geändert.<sup>661</sup> Schon in BGE 96 IV 70 hatte das Bundesgericht erwogen, dass bei der Auslegung des normativen Begriffes «unzüchtig» der zeitbedingte Wandel der allgemeinen Anschauungen über Moral und Sitte zu berücksichtigen sei.<sup>662</sup> Die darauf gestützte Rechtsprechung betonte allerdings, dass eine Erweiterung der strafrechtlichen Toleranzgrenze nur für «Grenzfälle» in Frage komme, «die nicht unter die eigentliche Pornographie fallen».<sup>663</sup> Explizite aufdringliche Darstellungen von Geschlechtsakten und anderen sexuellen Handlungen blieben daher grundsätzlich strafbar. Im «Porno-Entscheid» wurde diese Praxis geändert und deutlich liberali-

<sup>659</sup> S. oben, A.

<sup>660</sup> S. dazu auch oben, § 2 II. B-III.

<sup>661</sup> Mit dem «Haschisch-Entscheid» hat der «Porno-Entscheid» gemein, dass das Bundesgericht eine *Dekriminalisierung* vorgenommen hat, ohne auf den Gesetzgeber zu warten. Im Unterschied zum «Haschisch-Entscheid» stand hier jedoch eine der neuen Praxis entsprechende *Gesetzesrevision* unmittelbar bevor. Beim «Haschisch-Fall» ging es sodann um die Einschränkung eines qualifizierenden Tatbestandsmerkmals («Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen») aufgrund fortgeschrittener medizinisch-biologischer Erkenntnisse, im «Porno-Fall» um eine einschränkende Auslegung eines objektiven Tatbestandsmerkmals («unzüchtige Veröffentlichung») auf Grund gewandelter Anschauungen zur Sexualmoral.

<sup>662</sup> So heisst es (durchaus im Zeitgeist der «68er Generation»): «Abgesehen davon, dass Sexualität in ständig steigendem Masse in den Dienst der Werbung, Anregung und Unterhaltung einbezogen wird und sexuell betonte Darstellungen nicht mehr als ungewöhnlich empfunden werden, ist unverkennbar, dass auf dem Gebiet der Sexualmoral, wie Meinungsäusserungen von Moralthologen, Pädagogen, Sexualforschern usw. zeigen, eine Neubesinnung im Gange ist, die sich darin auswirkt, dass geschlechtliche Vorgänge offen und frei erörtert werden und in Sexualfragen eine versachlichte und natürliche Betrachtungsweise Platz gegriffen hat. Diesem allgemeinen Wandel in der Einstellung zur Sexualität kann sich auch die Rechtsprechung nicht verschliessen.»

<sup>663</sup> BGE 109 IV 123.

siert. Sogenannte «weiche» Pornographie<sup>664</sup> wurde grundsätzlich freigegeben, sofern sie nur interessierten und ausreichend informierten Personen über 18 Jahren zugänglich war.<sup>665</sup> Das Bundesgericht berief sich dabei wiederum auf die (seit den siebziger Jahren neuerlich) gewandelten moralischen «Anschauungen».

Bei der unvermeidlichen Frage, anhand welcher Instrumente und Kriterien die «zeitbedingten Anschauungen der Allgemeinheit über Moral und Sitte» bzw. das «Sittlichkeits- und Schamgefühl des normal empfindenden Bürgers» denn ausreichend *festgestellt* und gemessen werden könnten, kamen dem Bundesgericht die fortgeschrittenen Revisionsarbeiten zum neuen Sexualstrafrecht<sup>666</sup> zu Hilfe. Im «Porno-Entscheid» wird eingeräumt, dass die vorherrschenden Wertanschauungen sich «nicht mit exakter Sicherheit feststellen» lassen. Auch Meinungsumfragen seien «dazu eher untauglich». «Mit der notwendigen Zurückhaltung» könnten indessen «beispielsweise in einem Gesetzes- oder Revisionsentwurf enthaltene Grundgedanken, insbesondere wenn sie unumstritten sind, als Ausdruck der allgemeinen «Entwicklungstendenz» auf einem bestimmten Gebiet gewürdigt und in diesem Sinn (...) übernommen werden».<sup>667</sup> In der Folge orientierte sich der «Porno-Entscheid» an den Grundzügen des vom Parlament verabschiedeten aber damals noch nicht in Kraft getretenen neuen Art. 197 StGB.<sup>668</sup>

Wie beim Urkunden- und Vermögensstrafrecht vollzog das Bundesgericht beim «Porno-Entscheid» somit einen «Vorgriff» auf die neue Gesetzgebung. Im Gegensatz zu den dort besprochenen Fällen wirkte sich hier der kriminalpolitische Vorgriff auf das neue Gesetz jedoch *dekriminalisierend* aus, und es kann kaum von der Behebung eines kriminalpolitischen «Notstands» (wie bei den «EDV-Entscheiden») gesprochen werden.<sup>669</sup>

Eine Überlegung drängt sich auf zur Frage nach der Allgemeingültigkeit des «Messinstrumentes», mit dem im «Porno-Entscheid» der soziale Wertewandel festgestellt wurde. Der mit der Gesetzesvorlage betrauten Verwaltungsabteilung oder Expertenkommission bzw. der bundesrätlichen Botschaft dürfte bei der Definition von «allgemeinen Wertanschauungen» wohl genausowenig ein «Monopol» zustehen wie den parlamentarischen Voten. Das vom Bundesgericht im «Porno-Entscheid» vorsichtig formulierte und ausdrücklich als *Beispiel* genannte Instrument

<sup>664</sup> Ohne Darstellung sexueller Handlungen mit Gewalt, Kindern, Tieren oder menschlichen Exkrementen.

<sup>665</sup> Vgl. BGE 117 IV 281 f. E. 3e.

<sup>666</sup> In Kraft seit 1. Oktober 1992.

<sup>667</sup> BGE 117 IV 279 E. 3c.

<sup>668</sup> Das Bundesgericht weist besonders darauf hin, dass dem Gesetzesentwurf im fraglichen Bereich weder im Vernehmlassungsverfahren noch im Parlament Opposition erwachsen sei (E. 3c, S. 280 f.).

<sup>669</sup> Der hier behobene «Notstand» war allenfalls ein *unter* der Gürtellinie liegender.

zur Eruierung eines tiefgreifenden gesellschaftlichen Wertewandels kann daher *keinen Exklusivitätsanspruch* erheben.<sup>670</sup>

#### 4. Die kantonale Strafjustiz als «eidgenössischer Ersatzgesetzgeber»

Wichtige kriminalpolitische Weichenstellungen durch die Rechtsprechung erfolgen aber auch in anderen besonders «werturteilsbelasteten» Bereichen, und zwar ohne dass ein neues Gesetz zu einem «Vorgriff» einlücke.<sup>671</sup> Dies gilt namentlich für das *Abtreibungsstrafrecht*. Hier hat eine kriminal- und staatspolitisch höchst bemerkenswerte Entwicklung stattgefunden.

Das Strafgesetz stellt bekanntlich die Abtreibung sowohl durch die Schwangere (Art. 118 StGB) als auch durch Drittpersonen (Art. 119 StGB) grundsätzlich unter Strafe. Abtreibungen sind nur legal, wenn die Schwangerschaft mit schriftlicher Zustimmung der Schwangeren durch einen patentierten Arzt nach Einholung eines Gutachtens eines zweiten patentierten (und behördlich speziell ermächtigten) Arztes unterbrochen wird und zwar, «um eine nicht anders abwendbare Lebensgefahr oder grosse Gefahr eines dauernden schweren Schadens an der Gesundheit von der Schwangeren abzuwenden» (Art. 120 Ziff. 1 StGB). Seit 1. Januar 1990 ist gar noch eine Verschärfung des Abtreibungsstrafrechts in Kraft, indem die Abtreibung durch Dritte mit (voraussehbarer) Todesfolge für die Schwangere mit Zuchthaus nicht unter drei Jahren bestraft wird.<sup>672</sup>

Entgegen dieser im internationalen Vergleich<sup>673</sup> restriktiven gesetzlichen Regelung ist in der Strafrechtspraxis eine «psychiatrische» bzw. soziale Indikation<sup>674</sup> für eine legale Abtreibung faktisch anerkannt. Unter den Kantonen bestehen allerdings extreme *Unterschiede*. Eine besonders «liberale» Abtreibungspraxis kennt der Kanton Basel-Stadt. Hier gilt der Schwangerschaftsabbruch (jedenfalls in den ersten Wochen) als nahezu «frei».<sup>675</sup>

<sup>670</sup> Zu den formellen und «informellen» Trägern der Strafgesetzgebung und zur Notwendigkeit einer «Versachlichung» des Gesetzgebungsverfahrens – gerade auch in Wertungsfragen – s. oben, I. A-B. Wie dort bereits erwähnt, sind eine empirische «Quantifizierung» von Wertanschauungen sowie Werterhellung und Wertediskussion in gewissen Grenzen durchaus möglich.

<sup>671</sup> Wie dies beim eben besprochenen «Porno-Entscheid» des Bundesgerichtes der Fall war.

<sup>672</sup> Art. 119 Ziff. 3 Abs. 2 StGB.

<sup>673</sup> S. z.B. JAKOB LOCHER, Landesbericht Schweiz, in: ESER/KOCH (Hrsg.), Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, Teil I Europa, Baden-Baden 1988, 1483 ff.; REED BOLAND, Abortion Law World-wide: A Survey of Recent Developments, in: Mélanges Jan Stepan, Zürich 1994, 89 ff.; MICHEL HOTTELLIER, L'évolution de la jurisprudence de la Cour suprême américaine en matière d'avortement, AJP 3 (1994) 1242 ff.

<sup>674</sup> Insbesondere wegen sozialen und privaten Erschwerissen oder voraussehbaren schweren Missbildungen des Kindes.

<sup>675</sup> Vgl. dazu LUCIA UDVARI, Die strafrechtliche Regelung des Schwangerschaftsabbruchs in der Schweiz, in: § 218, Dimensionen einer Reform, Heidelberg 1983, 115 ff.



Erstaunlich ist nun, dass so gut wie *keine Rechtsvereinheitlichung* des eidgenössischen Abtreibungsstrafrechts durch die Praxis des Bundesgerichtes erfolgt ist.<sup>676</sup> Unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit könnte dies bedenklich erscheinen. Für die fehlende Rechtsvereinheitlichung ist indessen nicht das Bundesgericht verantwortlich zu machen. Soweit strafrechtliche Verurteilungen oder Freisprüche kantonalen Gerichte wegen Abtreibung überhaupt erfolgen, werden diese nämlich nicht an das Bundesgericht weitergezogen.<sup>677</sup> Der Grund für das Fehlen einer höchstrichterlichen Praxis ist bei der *Urteils- und Strafverfolgungspraxis der Kantone* zu suchen. Die kantonalen Strafverfolgungsbehörden wenden das strafprozessuale «Opportunitätsprinzip»<sup>678</sup> im Abtreibungsstrafrecht ganz offensichtlich rigoros an. Wo es überhaupt zur Anklageerhebung kommt, erfolgen anscheinend regelmässig Freisprüche. Laut Kriminalstatistiken gibt es seit Jahren praktisch keine Verurteilungen mehr.<sup>679</sup>

Diese bedeutsame Dekriminalisierung und Liberalisierung im eidgenössischen Abtreibungsstrafrecht erfolgte (anders als z.B. im «Porno-Entscheid»), *ohne* dass eine «vorrückziehbare» in Aussicht stehende Gesetzesrevision dazu «eingeladen» hätte<sup>680</sup> und sogar ohne «Absegnung» durch das Bundesgericht. Dies bedeutet, dass auch die *kantonalen* Justizbehörden – allerdings seltener – Kriminalpolitik im Grenzbereich zur strategischen, gesetzesvertretenden Rechtsfortbildung betreiben.

Erstaunlich ist der Befund auch daher, weil es die kantonalen *Strafjustiz-* und insbesondere die *Anklagebehörden* waren, welche – entgegen einer unzweideutig *streng* formulierten Strafnorm – entscheidend zu einer Entkriminalisierung beigetragen haben. Es müssen schon schwerwiegen-

<sup>676</sup> Seit rund 25 Jahren sind *keine* strafrechtlichen Urteile des Bundesgerichtes zu Art. 118-120 StGB amtlich publiziert worden, in den Registern BGE 101-118 wird kein einziger Entscheid erwähnt. BGE 119 IV 207 behandelt eine fahrlässige Zerstörung der Leibesfrucht in utero, welche weder als fahrlässige Tötung noch als Abtreibung strafbar sei; s. ferner auch BGE 114 Ia 452 (derogatorische Kraft des Bundesrechts), 107 V 99 (Sozialversicherung), 101 Ia 575 (persönliche Freiheit).

<sup>677</sup> In der elektronischen Datenbank des Bundesgerichtes sind ebenfalls *keinerlei unveröffentlichte* strafrechtliche Entscheide zu Art. 118-120 StGB registriert (Stichdatum: Februar 1995). Das Abtreibungsstrafrecht ist auch nicht Gegenstand der bundesrätlichen Mitteilungsverordnung (SR 312.3), was zur Folge hat, dass der Bundesanwaltschaft auf diesem Gebiet die eidg. Nichtigkeitsbeschwerde nicht zusteht (Art. 265 Abs. 1 i.V.m. Art. 270 Abs. 6 BStP).

<sup>678</sup> S. dazu im Zusammenhang mit der Bagatel- und Alltagskriminalität oben, I. C 3.

<sup>679</sup> Von 300 Verurteilungen im Jahre 1965 sind die Zahlen auf *praktisch Null* gesunken (s. z.B. TRECHSEL [Fn. 81], vor Art. 118 N. 6). Damit lässt sich auch erklären, weshalb beim Bundesgericht in diesem Bereich so gut wie keine eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerden oder staatsrechtlichen Beschwerden erhoben werden.

<sup>680</sup> Im Gegenteil: Die fruchtlosen Reformbemühungen im Abtreibungsstrafrecht werden als «helvetisches Trauerspiel» bezeichnet (SCHULTZ, zitiert nach TRECHSEL [Fn. 81], Art. 120 N. 13). Am 3. Februar 1995 wurde im Nationalrat eine parlamentarische Initiative zur Revision des Abtreibungsstrafrechts überwiesen.

de kriminalpolitische Motive sein, welche die (sonst doch eher gestrengen) Damen und Herren Staatsanwälte zu derartiger Milde in der Auslegung und Anwendung einer Strafnorm veranlassen. An rein «faktischen» Gründen kann dies nicht liegen. Zwar hat sich seit den sechziger Jahren, als jährlich noch hunderte von Verurteilungen wegen Abtreibung erfolgten, auch auf medizinisch-technischem Gebiet einiges geändert.<sup>681</sup> Wenn man sich die heutige teilweise fast «routinemässige» Abtreibungspraxis vergegenwärtigt,<sup>682</sup> wird jedoch klar, dass sich diese deutliche Liberalisierung nur vor einem *veränderten Wertehintergrund* erklären lässt. Verändert haben sich seit den sechziger Jahren vor allem die Wertmassstäbe hinsichtlich der *Rolle und Selbstbestimmung der Frau* in Gesellschaft, Partnerschaft und Politik. Dieser gesellschaftliche Wandel hinterliess im Recht deutliche Spuren.<sup>683</sup> Eine erhebliche Rolle dürfte ausserdem die Einsicht gespielt haben, dass die nachteiligen sozialen Folgen eines allzu streng gehandhabten Abtreibungsstrafrechtes<sup>684</sup> überwiegen.

Es lässt sich somit nachweisen, dass auch die kantonalen Strafjustizbehörden «Kriminalpolitik» betreiben und dass dem Wandel der Wertanschauungen dabei eine erhebliche *normbildende Kraft* zukommt. – Die föderale Schweiz konnte sich nur deshalb den Verzicht auf ein modernes Abtreibungsstrafrecht leisten und kam nur deshalb um heftige politische Auseinandersetzungen betreffend «Fristenlösungen» oder «soziale Indikationen»<sup>685</sup> herum, weil kantonale Strafjustizbehörden fortschrittliche und mutige kriminalpolitische Entscheide gefällt haben, mit denen es sich vernünftig «leben lässt». Auf der Strecke bleiben dabei allerdings die Rechtssicherheit, Rechtsgleichheit und die föderale Gewaltenteilung.<sup>686</sup>

<sup>681</sup> Insbesondere waren die Verhütungsmöglichkeiten noch weniger weit fortgeschritten.

<sup>682</sup> Nicht nur im Kanton Basel-Stadt liegt die soziale oder «psychiatrische» Indikation bei annähernd 100% (vgl. UDVARI [Fn. 675], 122).

<sup>683</sup> Insbesondere: Einführung des *Frauenstimmrechts* auf eidgenössischer Ebene 1971, auf kantonalen Ebene gesamtschweizerisch ab 1990 (BGE 116 Ia 359). *Gleichstellungsartikel* (Art. 4 Abs. 2 BV) 1981. *Neues Ehegesetz* 1988 (Änderung des ZGB vom 5. Oktober 1984 [Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht, AS 1986 122], in Kraft seit 1. Januar 1988). Auch die konsequente Durchsetzung des sexuellen Rechtsgüterschutzes bei der seit 1. Oktober 1992 geltenden *Strafbarkeit der ehelichen Vergewaltigung* (Art. 189 StGB) war ein Resultat der *gewandelten gesellschaftlichen Anschauungen* zur Ehe als partnerschaftlicher Lebensgemeinschaft und zur Gleichberechtigung der Geschlechter.

<sup>684</sup> Zu denken ist insbesondere an Jugendschwangerschaften, Verlagerungen zu gefährlichen illegalen Abtreibungspraktiken, soziale Härten usw.

<sup>685</sup> Wie etwa in Deutschland um den berühmt-berüchtigten «Paragraphen 218».

<sup>686</sup> Die kantonale Strafjustiz als «eidgenössischer Ersatzgesetzgeber»: Eine typisch schweizerisch-pragmatische Lösung, die sich jedoch kaum widerspruchsfrei und schulmässig in die klassischen Lehren von Staatstheorie und Gewaltentrennung (Art. 64<sup>bis</sup> Abs. 1, Art. 84 BV) einfügt. Für diese *staatspolitisch heikle Situation* ist, wie gesehen, nicht das Bundesgericht verantwortlich. Auch die Kantone sind jedenfalls für ihre moderne Praxis zum Abtreibungsstrafrecht nicht zu tadeln. Die Ursache liegt beim eidgenössischen Gesetzgeber, der die politische Auseinandersetzung um ein zeitgemässes Abtreibungs-

## 5. Fazit: Lob des schlechten Gewissens

Allen kunstvollen Regeln der Strafrechtsdogmatik, der Methodologie sowie der Grundrechts- und Staatstheorie zum trotz sollte man sich keiner Illusion hingeben: Das Strafrecht der modernen Wohlstands- und Konsumgesellschaft ist eminent politisch; gleichzeitig sind die Marktregeln auf dem «Bazar» der sich widerstreitenden politischen Wertungen und Interessen wenig transparent und versachlicht. Der «Strafrichter als Gesetzgeber» existiert. Die Justiz verlässt zeitweise den sicheren Pfad klassischer Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung. Sie stellt «notfalls» strategische kriminalpolitische Weichen, wobei sich der gesellschaftliche Wandel normbildend auswirkt. Namentlich die Trägheit des gesetzgeberischen Meinungsbildungsverfahrens<sup>687</sup> kann – bei erheblichem Kriminalisierungs- oder Entkriminalisierungsdruck – zu «kriminalpolitischen Sachzwängen» führen, die den Richter zu strategischem, den Gesetzgeber vertretendem Eingreifen veranlassen. Dabei geraten zwangsläufig verfassungsmässige Grundrechte und Institute in Gefahr. Betroffen sind insbesondere das strafrechtliche Legalitätsprinzip und Analogieverbot, die Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit oder das Gewaltenteilungs- und Demokratieprinzip.

Dieser problembeladene Aspekt der «Politisierung» des Strafrechts ruft erneut nach einer Versachlichung und Modernisierung des formellen (und informellen) Gesetzgebungsverfahrens.<sup>688</sup> Gleichzeitig bedürfen die Phänomene «richterlicher Kriminalpolitik» einer besonders skeptischen Durchleuchtung und begleitenden Kommentierung durch die Wissenschaft. Ein richterliches «legislatives Notstandsrecht» ist grundsätzlich abzulehnen. Eine behutsame Lockerung der rechtsstaatlichen Massstäbe im Einzelfall kann dagegen als ultima ratio in Frage kommen. Sie setzt jedoch eine Abwägung und Offenlegung sämtlicher relevanter Fakten, Wertungen und Interessen und eine Orientierung an den Wertvorgaben der Verfassung voraus. Diese – und nicht ein wabernder «Zeitgeist» – weist den Weg. Es kann auch nicht schaden, wenn den Richter auf seinen (manchmal aus Not eingeschlagenen) kriminalpolitischen Um- und Abwegen ein «schlechtes Gewissen» begleitet. Dies bedingt aber, dass er den von der Verfassung gewiesenen Weg erkennt. Und nicht immer steht dem Richter ein stabil gebauter und gut beleuchteter «Pfad» zu Verfügung.

---

strafrecht nicht in Gang brachte oder scheute. MONTESQUIEU würde kaum ungetrübte Freude am «kantonalen Ersatzgesetzgeber» finden.

<sup>687</sup> Das schweizerische Gesetzgebungsverfahren ist «zu lang und zu kompliziert» (KOLLER [Fn. 496], 115).

<sup>688</sup> S. auch schon oben, I. Wie dort schon angedeutet, ergeben sich allerdings Zielkonflikte, insbesondere zwischen den Anliegen eines rationaleren und gleichzeitig rationelleren Gesetzgebungsverfahrens.

### III. Gesetzliche Entwicklungen im Bereich des Rechtsgüterschutzes

Wir haben gesehen, dass oft ein Zögern des «Gesetzgebers» oder die Schwerfälligkeit des Gesetzgebungsapparates dafür verantwortlich sind, dass der Strafrichter unter dem Druck des sozialen Wandels einschneidende kriminalpolitische Korrekturen am Gesetz vornimmt. Nicht überall ist der eidgenössische Gesetzgeber freilich derart untätig geblieben wie z.B. im Abtreibungsstrafrecht.<sup>689</sup> Im abschliessenden Abschnitt wollen wir an konkreten Beispielen untersuchen, wie sich der gesellschaftliche Wandel in jüngerer Zeit auf die Modernisierung des Rechtsgüterschutzes und die Einführung neuer Tatbestände<sup>690</sup> ausgewirkt hat.

#### A) Wirtschaftsstrafrecht

Geradezu «rekordverdächtig» schnell hat der Gesetzgeber beim Erlass der *Insiderstrafnorm*<sup>691</sup> von 1987 und der *Geldwäschereiartikel*<sup>692</sup> von 1990 gearbeitet. Welches waren die kriminalpolitischen Gründe für diese Eile? Welche Rolle haben dabei die «Realia» der internationalen wirtschaftlichen Verflechtung gespielt?

##### 1. Die Insiderstrafnorm an der Schnittstelle zwischen Wirtschafts- und Kriminalpolitik

Die Problematik des Ausnutzens vertraulichen Insiderwissens zur Erzielung «unlauterer» Gewinne im Wertschriftengeschäft wurde in den sechziger und siebziger Jahren weniger in der juristischen Fachwelt, sondern vor allem in der Wirtschaftspresse thematisiert. In Europa existierte damals praktisch kein wirksames strafrechtliches Instrumentarium gegen Insidermissbräuche. Auf Informationsvorsprung basierende unerwünschte Börsenmanipulationen wurden vornehmlich durch *systeminterne* Kontrollmassnahmen oder gestützt auf mehr oder weniger freiwillige «Ehrenkodizes» unter den institutionellen Börsenteilnehmern bekämpft.<sup>693</sup> Seither war das Kapitalmärktesystem von zunehmender *internationaler Verflechtung und Verästelung* geprägt. Dies hat die Weitergabe von Insider-tips über weitverzweigte und gut getarnte Informationskanäle begünstigt. Immer mehr Wertpapiergeschäfte sind mittels schwer kontrollierbarer Transaktionen über ausländische Firmen und Konten vollzogen worden. Gleichzeitig haben sich die Grossbanken selbst vermehrt in die Emissions- und Anlagetätigkeit eingeschaltet, was auch *personelle Ver-*

<sup>689</sup> S. dazu oben, II. C 4.

<sup>690</sup> Zur Revisionsentwicklung auf dem Gebiet des *Sanktionenrechts* s. oben, § 3 II.

<sup>691</sup> Art. 161 StGB.

<sup>692</sup> Art. 305<sup>bis</sup> und 305<sup>ter</sup> StGB.

<sup>693</sup> Vgl. PETER FORSTMOSER, *Insiderstrafrecht*, SAG 60 (1988) 122 ff., 123 f.; PHILIPP HELDMANN, *Insidermissbrauch und Rechtsgüterschutz*, SJZ 88 (1992) 305 ff.; NIKLAUS SCHMID, *Schweizerisches Insiderstrafrecht*, Bern 1988, 37 ff.

*flechtungen* zwischen Kapitalgesellschaften, Banken und Börsenorganen nach sich zog.<sup>694</sup> Einige besonders spektakuläre «Insiderfälle» und damit verknüpfte Börsenskandale haben in der Folge verschiedentlich zu schwerwiegenden *Funktionsstörungen* des internationalen Finanzsystems und zu *Vertrauensverlusten* in die Integrität des europäischen und amerikanischen Kapitalmarktes geführt.<sup>695</sup>

Anfangs der achtziger Jahre kam es vor diesem Hintergrund zu *massiven Einflussnahmen der USA* auf europäische Staaten und insbesondere auf die Schweiz<sup>696</sup> im Hinblick auf die Gewährung von Rechtshilfe in Insiderfällen bzw. auf die Schaffung eigener Insider-Strafbestimmungen.<sup>697</sup> Der kriminalpolitische Druck ging bis hin zu rigorosen Zwangsmassnahmen gegen Schweizer Unternehmen (insbesondere Banken, welche den amerikanischen Behörden Informationen über mutmassliche Insidergeschäfte verweigerten) bzw. bis zur «extraterritorialen» Anwendung des amerikanischen Anti-Insiderrechts.<sup>698</sup>

<sup>694</sup> S. z.B. BGE 119 IV 38 ff.

<sup>695</sup> Besonderes Aufsehen erregten beispielsweise die Fälle «Texas Gulf Sulphur & Co.», «Levine» und «Boesky» in den USA oder der Insider- und Steuerhinterziehungsskandal an der Frankfurter Wertpapierbörse im Sommer 1991 (mit Ermittlungen gegen 45 Börsenhändler und Makler); zur Phänomenologie mutmasslicher Insider-Transaktionen in der Schweiz bzw. unter Beteiligung schweizerischer Finanzinstitute s. SCHMID (Fn. 693), § 1 N. 4 ff., sowie PETER FORSTMOSER, Das neue schweizerische Insider-Recht, Hrsg. Bank Vontobel & Co. AG, Zürich 1988, 8 f.

<sup>696</sup> Gemäss SCHMID (Fn. 693, § 1 N. 8) wurden gegen Ende der achtziger Jahre *zwischen 10 und 30% aller ausländischen Aufträge an amerikanischen Börsen* über Schweizer Banken abgewickelt.

<sup>697</sup> Vgl. FORSTMOSER (Fn. 695), 17 ff.; MARIO GIOVANOLI, La répression des opérations d'initiés et l'évolution du droit du marché financier en Suisse, in: F. DESSEMONTET (Hrsg.), La répression des opérations d'initiés, Lausanne 1990, 9 ff.; PIERRE LASCOUMES/RICCARDO SANSONETTI, Les intérêts protégés par la nouvelle loi fédérale sur les opérations d'initiés (Art. 161 CPS), SJZ 84 (1988) 221 ff., 223 ff.; CHRISTOPH PETER, Aspekte der Insiderstrafnorm, Diss. ZH 1991, 4 f.; SCHMID (Fn. 693), 44; MARTIN SCHUBARTH, Insidermissbrauch – Zur Funktion und zum Hintergrund eines neuen Straftatbestandes, in: Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich 1984, 303 ff.; GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I und II, Teilrevisionen 1987 bis 1990, Bern 1990, 11, N. 2, § 2 N. 1; FELIX STREBEL, Insidervergehen und Banken, Diss. ZH 1990, 4 ff. – Insofern war im Zusammenhang mit Art. 161 StGB gelegentlich von einer «Lex americana» oder gar einem «unehelichen Kind unserer Gesetzgebung» (mit der Securities and Exchange Commission [SEC] als kriminalpolitischem «Vater») die Rede; zum *amerikanischen* Insiderstrafrecht s. z.B. THOMAS BISCHOF, Die Erfassung des Insider Trading in den USA, WuR 38 (1986) 319 ff.

<sup>698</sup> Dabei kam es zu Bussenandrohungen von bis zu \$ 150'000.- *pro Tag* oder zur Androhung der *Verhaftung aller leitenden Angestellten* in den USA, vgl. dazu JOHN W. BRIDGE, Extraterritorial Conflict, Issues of Law and Policy, in: R. ZÄCH (Hrsg.), Geheimnisschutz, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 11, Bern 1986, 41 ff.; JEAN-FRANÇOIS EGLI/OLIVIER KURZ, L'entraide judiciaire accordée par la Suisse pour la répression des délits d'initiés: problèmes récents, in: Festschrift A. Koller, Bern 1993, 605 ff.; ERIC J. Mc FADDEN, Extraterritoriality: Swiss Supreme Court Refuses United States Request for Information Concerning Insider Trading, Harvard International Law Journal 25 (1984) 456 ff.; GEORG FRIEDLI, Insidergeschäfte: Praktische Erfahrungen in



Am 18. Dezember 1987 wurde ein Insidertatbestand im schweizerischen Strafrecht eingeführt. Der neue Art. 161 StGB<sup>699</sup> stellt das Erzielen von Vermögensvorteilen durch Ausnutzung des Informationsvorsprunges eines «Insiders» unter Ausschluss der übrigen Teilnehmer an der Wertpapierbörse unter Strafe.<sup>700</sup> Die Europäische Union hat 1989 sodann (gegen den Widerstand Deutschlands) eine gegenüber Art. 161 StGB die Strafbarkeit eher noch erweiternde Insiderrichtlinie erlassen.<sup>701</sup> Auch ohne den am 6. Dezember 1992 von der Schweiz abgelehnten Beitritt zum EWR hat die EG-Insiderrichtlinie bereits einen *erheblichen Einfluss* auf die Auslegung von Art. 161 StGB ausgeübt.<sup>702</sup>

Die internationale wirtschafts- und kriminalpolitische Entwicklung hat bei der Schaffung und Fortbildung des schweizerischen Insiderstrafrechts somit eine massgebliche Rolle gespielt. Das rekordverdächtige Tempo, mit dem der Gesetzgeber bei Art. 161 StGB tätig geworden ist,<sup>703</sup> kontrastiert auffällig mit der bereits konstatierten relativen Trägheit der Gesetzgebungsmaschinerie in anderen (eher noch wichtigeren) Gebieten.<sup>704</sup> Die

---

der Rechtshilfe, in: Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht, Bern 1987, 245 ff.; PETER C. HONEGGER, Amerikanische Offenlegungspflichten in Konflikt mit schweizerischen Geheimhaltungspflichten, Diss. ZH 1986; JEAN-MARC RAPP, Recent Developments in U.S. Insider Trading Prohibition and Swiss Secrecy Laws: Towards a Definitive Reconciliation?, International Tax and Business Lawyer 5 (1987/88) 1 ff.; PETER SCHLOSSER, Der Justizkonflikt zwischen der USA und Europa, Berlin 1985; PIERRE SCHMID, L'entraide judiciaire, in: F. DESSEMONTET (Hrsg.), La répression des opérations d'initiés, Lausanne 1990, 109 ff.; ROLF STÜRNER, Der Justizkonflikt zwischen USA und Europa, in: L'entraide judiciaire internationale, Etudes suisses de droit européen, vol. 30, Genève 1986, 217 ff.

<sup>699</sup> In Kraft seit 1. Juli 1988.

<sup>700</sup> Vgl. SCHMID (Fn. 693), 74 N. 79; s. auch BGE 119 IV 41 E. 1. Die Beschränkung der Strafbarkeit auf «erhebliche» Kursbeeinflussungen (Art. 161 Ziff. 1 Abs. 4 StGB) schliesst Bagatellfälle aus.

<sup>701</sup> EG-Richtlinie 89/592 vom 13. November 1989. Mangels einer Insiderstrafnorm galt die Richtlinie ab 1. Juni 1992 in Deutschland «self-executing» als EG-Recht; vgl. dazu KLAUS HOPT, Europäisches und deutsches Insiderrecht, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 1991, 17 ff.; zur Entwicklung des europäischen Insiderrechts bis zur EG-Richtlinie von 1989 s. rechtsvergleichend auch HELDMANN (Fn. 693), 308 ff.; SCHMID (Fn. 693), 49 ff.; Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Insidergeschäfte) vom 1. Mai 1985 (BBl 1985 II 69 ff.), 72 ff.

<sup>702</sup> S. dazu PETER BÖCKLI, Schweizer Insiderrecht und Banken. Einfluss der EG-Richtlinie von 1989, AJP 2 (1993) 769 ff. (etwa mit Hinweis auf das Bundesgerichtsurteil vom 13. Oktober 1992 i.S. «Société Générale»); die EG-Insiderrichtlinie gehörte zum «acquis communautaire» des EWR-Vertrages.

<sup>703</sup> Das offizielle Gesetzgebungsverfahren beanspruchte lediglich *sieben Jahre* (vgl. LASCOUMES/SANSONETTI [Fn. 697], 221); FORSTMOSER (Fn. 693, 127) bezeichnet den Vorentwurf des EJPD von 1983 als ein «in Rekordzeit» erarbeitetes Gesetzgebungsprojekt.

<sup>704</sup> S. dazu die oben in II. C angesprochenen Beispiele; zu denken ist auch an das Betäubungsmittel- und Umweltschutzstrafrecht.

Vermutung, dass hier ein wirksames «Lobbying» stattgefunden haben könnte, liegt nahe.<sup>705</sup>

Welches waren die *ausdrücklichen* gesetzgeberischen Motive für den zügigen Erlass von Art. 161 StGB? Der politisch und wirtschaftlich hochbrisante Justizkonflikt mit den USA wurde in der Botschaft zwar (wenn auch eher beiläufig) erwähnt.<sup>706</sup> Für die besondere Dringlichkeit der Vorlage argumentierte der Bundesrat aber vor allem mit Gründen des Rechtsgüterschutzes und der Rechtsgleichheit.<sup>707</sup> Als «wesentliche» zu schützende Rechtsgüter wurden «das einwandfreie Funktionieren und die Sauberkeit des Börsenmarktes sowie, was damit zusammenhängt, die Chancengleichheit der Publikumsanleger» genannt.<sup>708</sup> Die Strafwürdigkeit des Verwertens von Insiderwissen wurde in der Botschaft und in den parla-

<sup>705</sup> Die Rechtshilfe an ausländische Staaten wie die USA und die dabei vorgesehene «Lockerung» des Bankgeheimnisses ist an die Voraussetzung der *beidseitigen Strafbarkeit* geknüpft (Art. 64 IRSG; BGE 109 Ib 47 ff. [«Santa Fé I»]). Laut GÜNTER STRATENWERTH (Fn. 697, § 2 N. 1) hatte es «der Androhung drastischer Sanktionen gegen schweizerische Banken aus den USA bedurft, bevor in der Schweiz das Bedürfnis nach einer Strafnorm Anerkennung fand» (ähnlich auch LASCOUMES/SANSONETTI [Fn. 697], 223 f.; PETER [Fn. 697], 4 ff.). MARTIN SCHUBARTH hat gar die Vermutung geäussert, dass es in erster Linie das *Interesse des Bankenplatzes Schweiz* an der Vermeidung von Sanktionen bei gleichzeitiger Bewahrung des Bankgeheimnisses in der bisherigen Form war, welches den Gesetzgeber zum Tätigwerden veranlasste (vgl. SCHUBARTH [Fn. 697], 306). Der *Einfluss des amerikanischen Rechts auf die schweizerische Kriminalpolitik* war denn auch Gegenstand heftiger Diskussionen in der parlamentarischen Beratung von Art. 161 StGB (s. dazu die Hinweise bei TRECHSEL [Fn. 81], Art. 161 StGB N. 1; zur Entstehungsgeschichte und zu den «Memoranda of Understanding» zwischen der Schweiz und den USA von 1982 und 1987 s. auch FORSTMOSER [Fn. 693], 125 f.; SCHMID [Fn. 693], 43 ff., 232 ff.). Es ist demgegenüber allerdings einzuräumen, dass die gesetzgeberischen Arbeiten schon *recht weit vorangeschritten* waren, als die amerikanischen Retorsionsmassnahmen gegen Schweizer Banken am 16. November 1981 mit dem Urteil «St.-Joe Minerals Corporation» i.S. *SEC vs. Banca della Svizzera Italiana* einen ersten Höhepunkt erreichten (s. LASCOUMES/SANSONETTI [Fn. 697], 223). Der wirtschaftspolitische Druck der USA dürfte das Gesetzgebungsverfahren jedoch zumindest *beschleunigt* haben. Die Räte stimmten dem Gesetz zwar fast ohne Gegenstimmen zu, die Vorlage war aber dennoch *umstritten* und stiess offenbar auch bei vielen Befürwortern nicht auf ungetrübte Zustimmung (s. Amtl. Bull. NR 1987, 1370 ff., StR 1987, 631; die Strafwürdigkeit von Insidergeschäften wurde indessen im *Grundsatz* politisch kaum angezweifelt, vgl. zum Vernehmlassungsverfahren Botschaft [BB1 1985 II 69 ff.], 74 f.).

<sup>706</sup> Vgl. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Insidergeschäfte) vom 1. Mai 1985 (BB1 1985 II 69 ff.), 72.

<sup>707</sup> «Wir sind der Meinung, dass mit der Gesetzgebung über die missbräuchliche Ausnützung von Insiderwissen nicht zugewartet werden darf, bis die Revision der vermögensspezifischen Tatbestände des Strafgesetzbuches, über die Mitte 1985 das Vernehmlassungsverfahren eröffnet werden soll, abgeschlossen ist. Es kann nicht hingenommen werden, dass der Insider, der für sich selber tätig wird und dadurch Vermögensvorteile erwirbt, weiterhin straflos bleibt, während die Weitergabe der Insiderinformationen an Dritte und die Verwertung dieser Informationen durch Dritte schon heute regelmässig den Tatbestand des Geschäftsgeheimnisverrats (Art. 162 StGB) erfüllen» (Botschaft, 78).

<sup>708</sup> Botschaft, 86 (s. auch 71, 74, sowie Amtl. Bull. StR 1986, 584, 591, NR 1987, 1372, StR 1987, 634).

mentarischen Beratungen ausserdem mit der Verletzung der «Treuepflicht gegenüber der Aktiengesellschaft» begründet.<sup>709</sup>

Beim oben erwähnten kriminalpolitischen Hintergrund<sup>710</sup> darf es allerdings nicht erstaunen, dass die Rechtsgüterschutzfunktion des neuen Insiderstraftatbestandes *angezweifelt* worden ist. Das von Art. 161 StGB geschützte Rechtsgut ist vage und in der Lehre umstritten. Dabei wird nicht immer ausreichend zwischen Rechtsgütern im strafrechtsdogmatischen Sinne<sup>711</sup> und blossen gesetzgeberischen Motiven differenziert.<sup>712</sup>

Am pointiertesten erscheint die Auffassung von MARTIN SCHUBARTH. Auf Grund der von ihm vermuteten primär wirtschaftspolitischen Motivation des Gesetzgebers hat SCHUBARTH Art. 161 StGB als «reinen Rechtshilfetatbestand» bezeichnet: «Zweck des neuen Art. 161 ist einzig, die Rechtshilfebedürfnisse der USA und der schweizerischen Banken zu befriedigen».<sup>713</sup> Jedenfalls in derart überspitzter Form wird diese Auffassung von der überwiegenden Lehre (meines Erachtens mit Recht) nicht geteilt.<sup>714</sup> Als geschützte Rechtsgüter werden in der Doktrin namentlich die *Unternehmensinteressen* der betroffenen Gesellschaft bzw. die *Treuepflicht* des Insiders ihr gegenüber,<sup>715</sup> die *Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes*<sup>716</sup>

<sup>709</sup> Botschaft, 71; s. ebenso Amtl. Bull. StR 1986, 592 ff., NR 1987, 1378.

<sup>710</sup> Justizkonflikt Schweiz-USA, erhebliche wirtschaftliche und Prestige-Interessen insbesondere der Banken, Schnelligkeit des Gesetzgebungsverfahrens trotz relativer Umstrittenheit der Gesetzesvorlage.

<sup>711</sup> S. dazu oben, § 2.

<sup>712</sup> Die Rechtsgüterdefinition hat nicht nur kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische, sondern auch *praktische* Bedeutung bei zahlreichen Fragen der Rechtsanwendung (z.B. passives Personalitätsprinzip, Konkurrenzfragen, Rechtfertigungsgründe, Auslegungsfragen, Legitimation zum Strafantrag, strafprozessuale Mitwirkungsrechte, vgl. dazu PETER [Fn. 697], 9; STREBEL [Fn. 697], 9).

<sup>713</sup> SCHUBARTH (Fn. 697), 309. Der *wahre Kern* der «Polemik» dürfte darin liegen, dass die Bank- und Finanzwirtschaft über erfolgreiches Lobbying eine *Beschleunigung des Gesetzgebungsverfahrens* erwirkt hat, welche in anderen Fällen (z.B. Vermögens- und Urkundenstrafrecht, Umweltstrafrecht, Betäubungsmittelstrafrecht) mindestens so dringend erschien(e). Ausserdem erscheint das Kapital- und Anlagemarktrecht bei der Insider-Problematik nun in einem spezifischen bruchstückhaften Bereich strafrechtlich bewehrt, was ein *Rechtsgleichheitsgefälle* und damit neuen kriminalpolitischen Druck nach sich ziehen könnte. Nach SCHUBARTH'S (leicht überzeichneter) Interpretation stünde allerdings die *Abwehr von wirtschaftspolitischen Nachteilen* und nicht primär *Rechtsgüterschutz* als gesetzgeberisches Motiv im Vordergrund. Dies würde im Lichte der strafrechtlichen Rechtsgütertheorie in der Tat als bedenklich erscheinen (vgl. dazu oben, § 2, insbesondere zur Problematik mangelnder Strafwürdigkeit bzw. rein «symbolischer» Strafgesetzgebung). Jegliche Rechtsgüterschutzfunktion wurde dem Insidertatbestand beispielsweise auch von Ständerat Carlo Schmid abgesprochen (s. Amt. Bull. StR 1986, 585).

<sup>714</sup> S. z.B. FORSTMOSER (Fn. 693), 131; GIOVANOLI (Fn. 697), 16 f.; HELDMANN (Fn. 693), 312 ff.; LASCUMES/SANSONETTI (Fn. 697), 224 ff.; PETER (Fn. 697), 9 ff.; SCHMID (Fn. 693), 71 ff.; TRECHSEL (Fn. 81), Art. 161 StGB N. 2.

<sup>715</sup> Vgl. z.B. LASCUMES/SANSONETTI (Fn. 697), 225 f.; PETER (Fn. 697), 9 f.

<sup>716</sup> Vgl. z.B. HELDMANN (Fn. 693), 314; LASCUMES/SANSONETTI (Fn. 697), 227.

oder die *Chancengleichheit der Anleger*<sup>717</sup> genannt. GÜNTER STRATEN-WERTH vertritt die Meinung, dass sich «keiner dieser Gesichtspunkte allein als tragfähig» erweise. Man habe sich «vielmehr mit der einiger-massen ungewöhnlichen Situation abzufinden», dass dem Insidertatbestand «mehrere, durchaus verschiedene Rechtsgüter gleichzeitig» zuzuschreiben seien.<sup>718</sup> Neuerdings scheint sich dabei die Auffassung durchzusetzen, dass dem Schutz des Publikums (insbesondere des privaten Kleinanlegers) nur eine *untergeordnete* Funktion zukommen kann. Auch dass Insidergeschäfte zwangsläufig und in jedem Fall einen konkreten wirtschaftlichen Schaden bei den Anlegern oder bei der betroffenen Gesellschaft nach sich ziehen würden, lässt sich kaum überzeugend nachweisen.<sup>719</sup>

Als geschütztes Rechtsgut gerät daher zunehmend das *Vertrauen in die Integrität und Funktionsfähigkeit der Börse* als wichtigem Teilbereich des internationalen Kapitalmarktes in den Vordergrund.<sup>720</sup> Beim schweizerischen Insidertatbestand lässt sich sodann die *Treuepflicht des Insiders* gegenüber der betroffenen Gesellschaft als zentrales Schutzobjekt herleiten.<sup>721</sup> Die Entstehungsgeschichte von Art. 161 StGB erlaubt aber kaum Zweifel daran, dass mit dem Insidertatbestand schliesslich auch das *Ansehen und die internationale Stellung der Schweizer Bankwirtschaft* gestärkt werden sollte.<sup>722</sup> Damit ergibt sich das vor dem Hintergrund der strafrechtlichen Rechtsgütertheorie<sup>723</sup> nicht ganz unbedenkliche Resultat, dass der moderne Gesetzgeber auch aus – zumindest teilweise – *wirtschaftspolitischen Motiven* neue Strafnormen erlässt.

<sup>717</sup> Vgl. z.B. PETER (Fn. 697), 10; STREBEL (Fn. 697), 12 f.; TRECHSEL (Fn. 81), Art. 161 StGB N. 2.

<sup>718</sup> STRATENWERTH (Fn. 697), § 2 N. 1; ähnlich auch SCHMID (Fn. 693, 73 f.), der von «überindividuellen Rechtsgütern» ausgeht, die schwer gegeneinander und von blossen gesetzgeberischen Motiven abzugrenzen seien. SCHMIDS Kurzformel (in N. 79) entspricht allerdings keiner Rechtsgutsdefinition, sondern einer Tatbestandsumschreibung.

<sup>719</sup> S. dazu mit zahlreichen weiteren Hinweisen auf die Literatur HELDMANN (Fn. 693), 312 ff., sowie LASCOUMES/SANSONETTI (Fn. 697), 224 f.; STREBEL (Fn. 697), 10 ff. (für letzteren gehört die «Chancengleichheit im Börsenhandel» allerdings zu den wesentlichen geschützten Rechtsgütern).

<sup>720</sup> Vgl. HELDMANN (Fn. 693), 314; LASCOUMES/SANSONETTI (Fn. 697), 227, je mit weiteren Hinweisen; s. auch FORSTMOSER (Fn. 695), 13; GIOVANOLI (Fn. 697), 20; a.M. STREBEL (Fn. 697), 15 f.

<sup>721</sup> Vgl. LASCOUMES/SANSONETTI (Fn. 697), 225 f.; PETER (Fn. 697), 10 ff.; DERS., Erfahrungen mit dem Insidertatbestand, in: P. NOBEL (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bern 1993, 105 ff., 110 f.; STREBEL (Fn. 697), 14 f.; zustimmend auch FORSTMOSER (Fn. 693), 125. Auch BGE 119 IV 38 ff. verlangt für die Strafbarkeit des Tipnehmers die Informationsweitergabe durch einen Insider, der in einem Vertrauensverhältnis zur betroffenen Gesellschaft steht.

<sup>722</sup> So ausdrücklich LASCOUMES/SANSONETTI (Fn. 697), 226 f.; s. ebenso STREBEL (Fn. 697), 17, sowie GIOVANOLI (Fn. 697), 19 f., und FORSTMOSER (Fn. 695), 13.

<sup>723</sup> Zur strafrechtlichen Rechtsgütertheorie und zum «ultima ratio»-Prinzip s. oben, § 2.

Der Insidertatbestand stellt ein besonders augenfälliges Beispiel dafür dar, wie die Realien der internationalen wirtschaftlichen Verflechtung die «innerstaatliche» Kriminalpolitik unmittelbar beeinflussen. Wer – etwa nach dem «Nein» zum EWR vom 6. Dezember 1992 – immer noch glaubt, die Schweiz sei eine kriminalpolitische Insel, muss sich den Vorwurf der Naivität gefallen lassen.

## 2. Der Kampf gegen die Geldwäscherei als kriminalpolitischer Instrumentalismus

Bei der Bekämpfung der «Geldwäscherei» steht nicht zuletzt das Ansehen der Schweiz als Rechtsstaat und Finanzplatz auf dem Spiel.<sup>724</sup> Dem Problem der Verschleierung kriminell erworbener Mittel und deren Integration in die Wirtschaftskreisläufe kommt darüber hinaus eine Schlüsselrolle beim Kampf gegen die «organisierte Kriminalität»<sup>725</sup> zu. Das Thema ist daher auch international von erstrangiger kriminalpolitischer Bedeutung.<sup>726</sup> Das weitere Umfeld von Geldwäschereiaffären hat im übrigen heftige innenpolitische Erschütterungen ausgelöst, welche Anfang 1989 im Rücktritt der damaligen Bundesrätin und Justizministerin Elisabeth Kopp gipfelten.<sup>727</sup>

Der «Modellfall» krimineller Geldwäscherei sieht – jedenfalls nach den Verhaltensmustern der internationalen Drogenmafia – wie folgt aus: In einem ersten Schritt («placement stage») wird das meist in kleinen Stük-

<sup>724</sup> So die bundesrätliche Botschaft zu den Geldwäschereistrafnormen, BBl 1989 II 1061 ff., 1067; vgl. auch JÜRGEN BEAT ACKERMANN, Geldwäscherei – Money Laundering. Eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und der Schweiz, Diss. ZH 1992, 57 f.; MARK PIETH, Zur Einführung: Geldwäscherei und ihre Bekämpfung in der Schweiz, in: M. PIETH (Hrsg.), Bekämpfung der Geldwäscherei – Modellfall Schweiz?, Basel 1992, 1 ff., 26; RICCARDO SANSONETTI, La lutte contre le blanchiment de capitaux en droit suisse, AJP 3 (1994) 1273 ff.; GÜNTER STRATENWERTH, Geldwäscherei – ein Lehrstück der Gesetzgebung, in: M. PIETH (Hrsg.), Bekämpfung der Geldwäscherei – Modellfall Schweiz?, Basel 1992, 97 ff., 101.

<sup>725</sup> Insbesondere gegen die internationale *Drogenmafia*. Der jährliche Umsatz an illegalen Betäubungsmitteln wird auf zwischen 100 und 600 Milliarden US \$ geschätzt (s. ACKERMANN [Fn. 724], 74 f.; PIETH [Fn. 724], 12).

<sup>726</sup> Angesichts der tiefer liegenden Ursachen des Drogenproblems und der unbefriedigenden Ergebnisse der bisherigen Drogenpolitik (s. dazu oben, § 1 III. B 2.) stellt die Bekämpfung der Drogenmafia durch strafrechtliche Vorkehren gegen die Geldwäscherei allerdings reine *Symptombekämpfung* dar (gl. M. DANIEL ZUBERBÜHLER, Banken als Hilfspolizisten zur Verhinderung der Geldwäscherei? – Sicht eines Bankaufsehers, in: M. PIETH [Hrsg.], Bekämpfung der Geldwäscherei – Modellfall Schweiz?, Basel 1992, 29 ff., 66).

<sup>727</sup> Nach ihrer (im Dezember 1988 angekündigten) Demissionierung wurde Frau Kopp vor Bundesstrafgericht angeklagt, ihrem Ehemann (einem Zürcher Wirtschaftsanwalt) in Verletzung des Amtsgeheimnisses telefonische Hinweise gegeben zu haben, wonach gegen eine Firma, bei der ihr Mann als Verwaltungsrat tätig war, wegen Geldwäscherei ermittelt werde (Affäre «Gebrüder Magharian», «Shakarchi Trading AG/Kopp» und «Libanon Connection»); BGE 116 IV 56 ff.; s. auch: Vorkommnisse im EJPD – Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK 1) vom 22. November 1989 (Separatdruck).



kelungen<sup>728</sup> eingenommene Geld bei inländischen Firmen und Verbindungsleuten plaziert<sup>729</sup> oder in das benachbarte Ausland geschmuggelt und von konspirativen Institutionen<sup>730</sup> entgegengenommen. Dieser ersten Phase der Plazierung und «Vorwäsche» von schmutzigem Geld folgt dessen verschleierte Einspeisung in den informellen Wirtschaftskreislauf («layering stage»). Dabei werden die vernetzten und weitverzweigten Kanäle des internationalen Finanzmärktesystems geschickt ausgenutzt. So lassen die erwähnten Verbindungsleute ein verwirrendes Geflecht von (hauptsächlich legal arbeitenden) Scheingesellschaften gründen oder legen das vorgewaschene Geld in einem komplizierten System treuhänderisch verwalteter Konten an.<sup>731</sup> Nach diesem «Hauptwaschgang» wird das Drogengeld, das unterdessen regelmässig die Gestalt von Buchgeld, Wertschriften oder Edelmetallen angenommen hat, in einer dritten Phase vollends in den legalen Wirtschaftskreislauf integriert, gleichzeitig wird seine kriminelle Herkunft verschleiert («integration stage»).

<sup>728</sup> Im Fall «Pizza Connection» hatte ein Schweizer Treuhänder knapp 25 Mio. US \$ in kleinen Scheinen entgegengenommen.

<sup>729</sup> In einem Geflecht von Tarngesellschaften werden grosse Mengen Drogengeld gestützt auf fiktive oder übersetzte Rechnungen für angebliche Warenlieferungen, Dienstleistungen und Kompensationsgeschäfte überwiesen. Von der Unterwanderung durch kriminelle Organisationen betroffen sind nach einem Bericht des Bundesnachrichtendienstes über das «Gefährdungspotential des internationalen Drogenhandels für westliche Nationen» vom Januar 1992 zunehmend Firmen der Bau-, Transport-, Versicherungs- und Tourismusbranche (s. «NZZ» vom 8. Januar 1992, 1). Von der Drogenmafia kontrollierte Bau- und Unternehmenskonsortien kaufen z.B. Liegenschaften, zuletzt in der Schweiz insbesondere Boutiquen und Restaurants (s. BBl 1993 III 283, Fn. 16). Diese speisen kontaminiertes Bargeld in ihren legalen Geldkreislauf ein. Aber auch Angestellte von renommierten Finanzinstituten und Banken umgehen gelegentlich die Sorgfalts- und Meldevorschriften bei der Entgegennahme von Geldern. Oder schwarze Schafe unter den Treuhändern vermischen Drogengeld mit Schwarzgeld aus Steuerhinterziehungen.

<sup>730</sup> Nicht selten dubiose Spielbanken, Wechselstuben und Finanzgesellschaften.

<sup>731</sup> Häufig geschieht dies unter Einbezug von wenig kontrollierten «Off-shore»-Finanzplätzen und unter Ausnutzung eines Filters von *Diskretionsbestimmungen* (insbesondere Anwalts- und Bankgeheimnisse). Im Fall «Minna» wurden in 23 Staaten (betroffen waren neben Aruba, Panama und Luxemburg auch Frankreich, Spanien, die BRD und die Schweiz) bei 173 Banken nicht weniger als 754 Konten eröffnet (s. «NZZ» vom 18. April 1990, 35).

<sup>732</sup> Bei dieser Feinwäsche im «Schongang» wird versucht, die in dubiosen Firmen und diskreten «Off-shore»-Finanzplätzen angelegten Mittel aus der kriminellen «Grauzone» wieder unauffällig in das stärker kontrollierte und renommierte *offizielle Banken-, Finanz- und Versicherungsmarktsystem* zu transferieren (s. z.B. BGE 119 IV 242, 244 ff.). In der Folge werden zur Kapitalanlage Beteiligungen an legalen Wirtschaftsunternehmen, Immobilien, Lebensversicherungen und manchmal auch ganze Fussballmannschaften gekauft (vgl. zum Ganzen ACKERMANN [Fn. 724], 8 ff.; PAOLO BERNASCONI, Erscheinungsformen der Geldwäscherei in der Schweiz – Fälle aus der Gerichtspraxis, in: Schweizerischer Anwaltsverband [Hrsg.], Geldwäscherei und Sorgfaltspflicht, Zürich 1991, 7 ff., 31 ff.; CHRISTOPH K. GRABER, Geldwäscherei. Ein Kommentar zu Art. 305<sup>bis</sup> und 305<sup>ter</sup> StGB, Diss. BE 1990, 55 ff.; FALCONE [Fn. 139], 25 f.; PIETH [Fn. 724], 12 ff.; ANDRÉ ZÜND, Geldwäscherei, Motive – Formen – Abwehr, Der Schweizerische Treuhänder 1990, 403 ff.).

Schon bei der Besprechung der kriminalpolitischen Hintergründe des Insidertatbestandes ist deutlich geworden, dass die USA sich nicht scheuen, spürbaren Druck auszuüben, wenn es darum geht, die Staatengemeinschaft (und dabei besonders Länder mit wirtschaftlichen «Schlüsselfunktionen»<sup>733</sup>) für ein Vorgehen im Sinne der amerikanischen Kriminalpolitik zu gewinnen. Dies gilt (freilich in abgeschwächter Form<sup>734</sup>) auch für die Bekämpfung des «money laundering» als einer beharrlichen *Hauptstrategie* der amerikanischen Drogenpolitik.<sup>735</sup>

Bereits Ende der Sechzigerjahre wurden in den USA Stimmen laut, die den Missbrauch des schweizerischen Bankgeheimnisses durch kriminelle Organisationen kritisierten. Gegen Ende der Achtzigerjahre hatte sich der Ruf des Finanzplatzes Schweiz als einer mutmasslichen «Drehscheibe» von Geldwäscherei-Operationen dermassen verschlechtert,<sup>736</sup> dass die Schweiz von einigen ausländischen Behörden (insbesondere der USA und Australiens) als Risikofaktor mit einigen exotischen «Off-shore»-Steuerparadiesen<sup>737</sup> auf eine Stufe gestellt wurde.<sup>738</sup> Im Jahre 1985 regte der damalige Tessiner Staatsanwalt PAOLO BERNASCONI die Einführung eines Geldwäschereitattbestandes im schweizerischen Strafrecht an.<sup>739</sup> Besonders auf Initiative der USA hin wurde 1988 die UNO-Betäubungsmittelkonvention verabschiedet, welche (von den Mitgliedsstaaten zu erlassende) Strafbestimmungen gegen die Geldwäscherei vorsieht. Am 7. Februar 1990 hat die ursprünglich von den sieben grössten Wirtschaftsnationen als Schrittmacherin der Geldwäschereibekämpfung eingesetzte «Finan-

<sup>733</sup> Im September 1993 waren z.B. – allein auf dem Finanzplatz Zürich – ca. 500 Mio. Franken überwiegend wegen Geldwäschereiverdacht blockiert (s. BBl 1993 III 284, Fn. 18).

<sup>734</sup> Zu den Sanktionsdrohungen gegen widerspenstige ausländische Finanzplätze gemäss amerikanischer «Omnibus Drug Bill» von 1988 s. BBl 1989 II 1075.

<sup>735</sup> Vgl. STRATENWERTH (Fn. 724, 101), der diesbezüglich von «gewohnt harten Bandagen» der amerikanischen Einflussnahme und von einer «seit Jahren mit steigender Verbissenheit verfolgten Strategie, das Drogenproblem gewaltsam aus der Welt zu schaffen», spricht, «einer Strategie, deren Aussichtslosigkeit längst über jeden Zweifel erhaben sein sollte, die aber umso unbeirrbarer fortgeführt werden zu müssen scheint».

<sup>736</sup> S. zu den Fällen «SKA Chiasso-Texon» und «Weisscredit Bank» aus dem Jahre 1977 die Hinweise in BBl 1989 II 1067, 1093. In den achtziger Jahren kamen noch die Affairen «Banco Ambrosiano» (dazu BGE 112 Ib 610 f.) sowie «Pizza-Connection» und «Libanon Connection» (BGE 116 IV 56; 115 Ia 293 ff.) hinzu; für ein Beispiel von scharfen Reaktionen in der amerikanischen Öffentlichkeit s. «Wall Street Journal» vom 2. Dezember 1988.

<sup>737</sup> Namentlich Anguilla, Bahamas, Cayman Islands, St. Vincent, Virgin Islands, aber auch British Channel Islands, Panama, Liberia usw.

<sup>738</sup> Vgl. dazu ACKERMANN (Fn. 724), 57 f.; PIETH (Fn. 724), 26; STRATENWERTH (Fn. 724), 101. Ab Ende 1988 (Bekanntwerden der «Kopp-Affäre») kam es deswegen zu verschiedenen *parlamentarischen Vorstössen* (s. dazu BBl 1993 III 279, 286).

<sup>739</sup> PAOLO BERNASCONI, Die Strafbehörden angesichts der Internationalisierung der Wirtschaftskriminalität, ZSR NF 104 (1985) II 339 ff., 346. – Am 21. Juli 1986 erhielt BERNASCONI – von Bundesrätin Kopp – den Auftrag, einen Entwurf für einen Geldwäschereitattbestand auszuarbeiten (s. BBl 1989 II 1076).

cial Action Task Force» Empfehlungen zum Erlass strafrechtlicher Bestimmungen abgegeben.<sup>740</sup> Im gleichen Jahr wurde das seit 1987 bearbeitete Übereinkommen Nr. 141 des Europarates über Geldwäscherei sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten verabschiedet.<sup>741</sup> Zur Beschleunigung des Gesetzgebungsverfahrens dürfte auf innenpolitischer Ebene schliesslich (nicht zuletzt) auch noch der massive Druck der öffentlichen Meinung im Anschluss an die «Kopp-Affäre» (mit Einsetzung der Parlamentarischen Untersuchungskommission [«PUK 1»]) geführt haben.<sup>742</sup>

Die am 23. März 1990 vom Parlament verabschiedeten Art. 305<sup>bis</sup> und 305<sup>ter</sup> StGB<sup>743</sup> stellen die (vorsätzliche und eventualvorsätzliche) Mitwirkung an Geldwäschereitransaktionen sowie die mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften<sup>744</sup> als Delikte gegen die Rechtspflege (Sachbegünstigung) unter Strafe. Auch diese Gesetzesnormen sind nach dem Gesagten von der *globalwirtschaftlichen* und *aussenpolitischen* Dimension der «Politisierung des Strafrechts» stark beeinflusst. Dazu kam bei der Geldwäschereivorlage eine äusserst brisante *innenpolitische* Note. Auch hier hat der Gesetzgeber (ähnlich wie bei der Insiderstrafnorm) *unüblich schnell* gearbeitet.<sup>745</sup>

<sup>740</sup> Vgl. dazu PIETH (Fn. 724), 17 ff.; ZUBERBÜHLER (Fn. 726), 36 ff. Anfang 1993 ist sodann die Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften «zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche» vom 10. Juni 1991 in Kraft getreten.

<sup>741</sup> S. dazu Botschaft des Bundesrates vom 19. August 1992 betreffend die Ratifikation des Übereinkommens (BB1 1992 IV 9 ff.).

<sup>742</sup> Der «Fall Kopp/Libanon Connection» wurde Ende 1988 durch die Presse der Öffentlichkeit bekannt, s. dazu oben, Fn. 727; kritisch zur Medienberichterstattung GIAMPIERO ANTOGNAZZA, Wirtschaftsdelikt, organisiertes Verbrechen und ähnliche Tatbestände – Abgrenzung und Probleme ihrer Bekämpfung, in: Festschrift SKG, Bern 1992, 265 ff., 265 f.

<sup>743</sup> In Kraft seit 1. August 1990.

<sup>744</sup> Es handelt sich bei Art. 305<sup>ter</sup> StGB um ein echtes Sonder- und abstraktes Gefährdungsdelikt (vgl. GRABER [Fn. 732], 181, 185 f.). Der Tatbestand substituiert die im Expertenentwurf von PAOLO BERNASCONI ursprünglich vorgeschlagene grobfahrlässige Geldwäscherei (s. auch MARLÈNE KISTLER, La vigilance requise en matière d'opérations financières, Etude de l'article 305<sup>ter</sup> du Code pénal suisse, Diss. Lausanne 1994, 99 ff.).

<sup>745</sup> Laut bundesrätlicher Botschaft von 1989 war noch wenige Jahre vor Erlass der Strafnormen «ein allgemeines Bedürfnis nach strafrechtlicher Regelung (...) weder in Fachkreisen noch in der breiteren Öffentlichkeit empfunden worden» (BB1 1989 II 1076). Gemäss PIETH (Fn. 724, 24) hat sich ein «Bedürfnis» nach einer Geldwäschereistrafnorm vor 1985 «in der Schweiz nicht artikuliert» (ähnlich der Bundesrat in BB1 1993 III 28). Dennoch wurden die Geldwäschereiartikel schon *fünf Jahre* nach diesen ersten Anregungen Gesetz! STRATENWERTH (Fn. 724, 101 f.) kritisiert die Gesetzesrevision als «überhastet» und zu wenig durchdacht. In der Botschaft von 1989 wird sibyllinisch von einem «ungewöhnlichen Gesetzgebungsverfahren» gesprochen (BB1 1989 II 1078). In der Botschaft zur späteren Revision von 1994 hat der Bundesrat immerhin eingeräumt, dass die Geldwäschereivorlage dermassen zeitlich vorangetrieben worden war, dass «an eine seriöse, mit den Anforderungen des gesamten Strafrechts abgestimmte Überarbeitung des Einziehungsrechts im zeitlichen Rahmen der beschleunigten Geldwäschereige-

Aus der Botschaft des Bundesrates von 1989 lassen sich verschiedene *gesetzgeberische Motive* für die Geldwäschereivorlage und deren beschleunigte Behandlung ableiten. Als Hauptmotiv wird schon einleitend die Bezeugung des Willens genannt, «schmutzige Gelder von unserem Lande fernzuhalten». <sup>746</sup> Handlungsbedarf ergebe sich auch angesichts zahlreicher spektakulärer *Geldwäschereiaffären*, welche «im In- und Ausland Aufsehen erregt» hätten und geeignet seien, «das Ansehen der Schweiz und ihres Finanzsektors nachhaltig zu beeinträchtigen». <sup>747</sup> Ausführlich wird auf die *internationale Entwicklung* im Bereich der Geldwäschereibekämpfung hingewiesen. <sup>748</sup> Der Bundesrat erwähnt auch den «verstärkten internationalen Druck» auf gewisse durch Geldwäschereimissbrauch besonders gefährdete Länder, ihre Gesetzgebung anzupassen. <sup>749</sup> Er weist auf die besondere Rechtslage in den USA hin und streicht deren «erhebliche praktische Bedeutung für die Schweiz» hervor. <sup>750</sup> Schliesslich wird das Bekanntwerden der Affäre «Libanon-Connection» (samt Indiskretionsfall Kopp) ausdrücklich als Grund dafür genannt, weshalb der Bundesrat am 28. November 1988 das Bundesamt für Justiz damit beauftragte, eine von der Revision der Vermögensdelikte unabhängige Vorlage über die Geldwäscherei bereits bis zum Frühjahr 1989 zu erstellen. <sup>751</sup> Im Klartext: Bis 1985 hatte sich (auch laut Bundesrat) kaum jemand für das Geldwäschereiproblem ernsthaft interessiert, und drei Jahre später musste innert weniger Monate eine Gesetzesvorlage her. Welche strafrechtlich zu schützenden *Rechtsgüter* werden nun aber in der Botschaft genannt?

---

setzung nicht zu denken» war (BBl 1993 III 285). – Hätte diese Erkenntnis nicht auch schon für die Gesetzesnovelle von 1990 sinngemäss gelten müssen? Uns interessieren im folgenden die – mehr oder weniger deutlich ausgesprochenen – *Gründe* für die gesetzgeberische Hast.

<sup>746</sup> Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Gesetzgebung über die Geldwäscherei und mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften) vom 12. Juni 1989, BBl 1989 II 1061 ff., 1062.

<sup>747</sup> BBl 1989 II 1067; genannt werden insbesondere die Fälle «SKA Chiasso» und «Weisscredit Bank» sowie die Affären «Banco Ambrosiano», «Pizza-Connection» und «Libanon-Connection».

<sup>748</sup> BBl 1989 II 1072 ff.

<sup>749</sup> BBl 1989 II 1073 f., 1095 Fn. 57. – Die Aufzählung von verschiedenen betroffenen «Off-shore»-Ländern (wie Bahamas, Guyana, Hong Kong usw.) unterschlägt allerdings, dass auch einige *westliche* Finanzplätze durch «Geldwäschereianfälligkeit» auffällig wurden, etwa Liechtenstein, Luxemburg, Österreich, die britischen Channel Islands oder eben – die Schweiz (s. z.B. die Nachweise bei ACKERMANN [Fn. 724], 57 f.; PIETH [Fn. 724], 26; STRATENWERTH [Fn. 724], 101).

<sup>750</sup> BBl 1989 II 1074 f. – Ausdrücklich erwähnt wird die *Rechtshilfe*problematik sowie die *Sanktionsdrohungen* der USA im Falle mangelnder Kooperation bei der Geldwäschereibekämpfung (Ausschluss der betroffenen Finanzplätze aus den Dollarclearing- und den elektronischen Devisenübertragungssystemen, «Omnibus Drug Bill» von 1988).

<sup>751</sup> BBl 1989 II 1077 f.

Unter der Überschrift «Rechtsgut und Typus» wird in wenigen dürren Sätzen vermerkt, dass mit der Einreihung unter die *Rechtspflegedelikte* «eine dogmatisch vertretbare Lösung gefunden worden» sei.<sup>752</sup> Von einer Herleitung und Begründung des geschützten Rechtsgutes bzw. des *Unrechtskerns* der inkriminierten Verhaltensweisen kann dabei wohl kaum gesprochen werden. Allenfalls wird damit die systematische Einreihung der vorgeschlagenen Straftatbestände in den Siebzehnten Titel des StGB formaljuristisch kommentiert.<sup>753</sup> Die *kriminalpolitischen Motive* des Gesetzgebers (Schutz des Ansehens der Schweiz und ihrer Finanzwirtschaft, Schutz vor internationaler Isolation und vor politischen oder wirtschaftlichen Sanktionen) wurden bereits erwähnt. Zu den politischen Motiven gehört auch das (mehr oder minder ausdrückliche) Bestreben des Bundesrates, der öffentlichen Empörung über das Bekanntwerden der Affäre «Kopp/Libanon-Connection» Rechnung zu tragen.

Allein aufbauend auf kriminalpolitischen Motiven dieser Art liesse sich eine strafrechtsdogmatische Legitimation neuer Strafnormen wohl nur mit Mühe herleiten. Die «Strafwürdigkeit» des Geldwäschers liegt meines Erachtens darin begründet, dass der Geldwäscher schwere Rechtsgutverletzungen des organisierten Verbrechens fördert und dadurch gleichzeitig sozialschädliche Gefahren für das Ansehen und das Funktionieren der betroffenen Volkswirtschaft schafft.<sup>754</sup> In der Literatur wird mit Recht beklagt, dass das rechtsdogmatisch tragfähige «tiefere» Motiv, auf welches sich die Gesetzesmaterialien (zumindest sinngemäss) berufen, nämlich die Bekämpfung des organisierten Verbrechens, sich *im Gesetzeswortlaut überhaupt nicht niedergeschlagen* hat.<sup>755</sup> Dieser Mangel an

<sup>752</sup> BBl 1989 II 1081.

<sup>753</sup> Trotzdem folgt BGE 119 IV 59 (61, 64) dem vagen gesetzgeberischen Ansatz ausdrücklich; zum Rechtsgut «Schutz der Rechtspflege» angesichts der *systematischen* Stellung der Geldwäschereistrafnormen s. auch ACKERMANN (Fn. 724), 95, 203; GEORG FRIEDLI, Die gebotene Sorgfalt nach Art. 305<sup>ter</sup> Strafgesetzbuch für Banken, Anwälte und Notare, in: M. PIETH (Hrsg.), Bekämpfung der Geldwäscherei – Modellfall Schweiz?, Basel 1992, 132; GRABER (Fn. 732), 180.

<sup>754</sup> Bei dieser Verknüpfung von strafrechtsdogmatischen «Teilnahme»- und «Korruptions»-Gesichtspunkten wären (wie schon beim Insidertatbestand) gleichzeitig mehrere heterogene Rechtsgüter tangiert, nämlich Individualrechtsgüter (insbesondere der Opfer des organisierten Verbrechens) sowie die Interessen der Allgemeinheit an einer funktionierenden Wirtschaft und an der Aufdeckung schwerer Straftaten (ähnlich für das deutsche Recht auch WOLFGANG HETZER, Der Geruch des Geldes – Ziel, Inhalt und Wirkung der Gesetze gegen Geldwäsche, NJW 46 [1993] 3298 ff., 3299). In pauschalerer Form lässt sich dieser Gedanke auch in den Gesetzesmaterialien aufspüren, etwa wenn in der Botschaft von der «Bekämpfung des organisierten Verbrechens» die Rede ist, dessen «Achillesferse» das «permanente Bedürfnis nach Kapitalkonzentration und Zusammenarbeit mit der legalen Wirtschaft» darstelle (BBl 1989 II 1064); dem «Schutz-der-Rechtspflege»-Ansatz folgend dagegen BGE 119 IV 59 ff.

<sup>755</sup> Vgl. STRATENWERTH (Fn. 724), 102, 117.



Tiefenschärfe bei der Erfassung des geschützten Rechtsgutes hat schwerwiegende Folgen.<sup>756</sup>

Auch bei den Geldwäschereiartikeln ist die Frage aufgeworfen worden, inwieweit den neuen Strafnormen tatsächlich die Absicht zugrunde lag, im engeren Sinne *Rechtsgüter* effizient zu schützen, und ob nicht andere politische und wirtschaftliche Motive (zumindest auch) eine wichtige Rolle spielten.<sup>757</sup> Die mangelnde Klarheit und Transparenz der geschützten Rechtsgüter erschwert aber auch die praktische Anwendbarkeit des Gesetzes. GÜNTER STRATENWERTH, welcher der Studienkommission des Bundes für die Ausarbeitung der Geldwäschereivorlage angehörte, bezeichnet die Rechtsgutkonzeption des Gesetzgebers<sup>758</sup> als relativ zufällige formale «Verlegenheitslösung», welche «erhebliche systematische Ungeheimheiten» und «kaum lösbare praktische Schwierigkeiten»<sup>759</sup> nach sich zieht.<sup>760</sup> Er spricht von einem «konzeptionellen Fehlentscheid»<sup>761</sup> und schlägt als Alternative die Neudefinition der Geldwäscherei als *strafbare Unterstützung des organisierten Verbrechens* vor.<sup>762</sup>

<sup>756</sup> «Ein Straftatbestand kann die Funktion, eine bestimmte Verhaltensweise als kriminell zu brandmarken, nur erfüllen, wenn es gelingt, deren Unrechtsgehalt möglichst präzise und bildhaft zu umschreiben» (STRATENWERTH [Fn. 724], 119). BGE 119 IV 59 weitet die Strafbarkeit der Geldwäscherei auf das private Verstecken von Drogengeld (etwa durch Kleindealer) *ausserhalb* des Einflussbereiches krimineller Organisationen aus.

<sup>757</sup> Etwa erneut (wie beim Insidertatbestand), das *Ansehen der schweizerischen Bank- und Finanzwirtschaft* zu schützen und internationale Rechtshilfe- und «Kooperationsbereitschaft zu signalisieren» oder ein (auf kriminalpolitische Perspektiven beschränktes) «Ersatz-Finanzaufsichtsrecht» zu schaffen (vgl. ACKERMANN [Fn. 724], 94 ff., 166, 325 ff.; FRIEDLI [Fn. 753, 134, der auf die 120 000 Arbeitsplätze im Bankensektor und auf den dort erarbeiteten Anteil von 9% des Volkseinkommens hinweist]; PIETH [Fn. 724], 22, 26; ZUBERBÜHLER [Fn. 726], 66). Auch der neuerliche Vorwurf der «lex americana» liess im Vernehmlassungsverfahren nicht lange auf sich warten («Groupement des Banquiers Privés Genevois», s. BBl 1989 II 1077, 1096 Fn. 75).

<sup>758</sup> Art. 305<sup>bis</sup> und 305<sup>ter</sup> StGB als «Delikte gegen die Rechtspflege».

<sup>759</sup> STRATENWERTH (Fn. 697), § 4 N. 1-4.

<sup>760</sup> Ein Hauptdilemma besteht darin, dass der Geldwäschereitattbestand von Art. 305<sup>bis</sup> StGB einerseits nur dann eine wirksame Waffe gegen das organisierte Verbrechen darstellen kann, wenn er auch auf *mittelbar* deliktisch erlangte Vermögenswerte (Ersatzwerte und Surrogate, insbesondere Buchgeld, Liegenschaften, Wertschriften, Edelmetall usw.) angewendet wird (s. z.B. BGE 119 IV 242, 246). Andererseits *verhindert* eine solche Interpretation des Gesetzes die vernünftige *Begrenzung* der Strafbarkeit (vgl. GRABER [Fn. 732], 127; STRATENWERTH [Fn. 724], 105; s. zu Art. 305<sup>ter</sup> StGB sehr kritisch KISTLER [Fn. 744], 265 ff.).

<sup>761</sup> STRATENWERTH (Fn. 724), 101 ff., 119 ff.

<sup>762</sup> Die Botschaft von 1989 hat diesen Ansatz noch ausdrücklich *abgelehnt* (BBl 1989 II 1080 f.). Der Gesetz gewordenen Konzeption, welche den «Schutz der Rechtspflege» als geschütztes Rechtsgut in den Vordergrund stellt, folgt auch BGE 119 IV 59. Diese wird jedoch laut STRATENWERTH der Zielrichtung der Bekämpfung krimineller Organisationen nicht gerecht und habe zu Tatbeständen geführt, welche in reinem Juristendeutsch, «unanschaulich bis zur Unverständlichkeit» abgefasst seien (STRATENWERTH [Fn. 724], 119). In eine ähnliche Richtung gingen (im Ergebnis) bereits verschiedene parlamentarische Vorstösse, insbesondere die Motion Segond vom 4. Oktober 1989 (s. BBl 1993

Eine gewisse Klärung und Entschärfung hat unterdessen die neue Gesetzgebung betreffend Strafbarkeit der *kriminellen Organisation* sowie mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften und *Melderecht des Financiers* vom 18. März 1994<sup>763</sup> gebracht. Gemäss dem neuen Art. 305<sup>ter</sup> Abs. 2 StGB sind die der Strafdrohung unterliegenden Personen berechtigt, den Behörden «Wahrnehmungen zu melden, die darauf schliessen lassen, dass Vermögenswerte aus einem Verbrechen herrühren», womit die bisherige Pflichtenkollisionsproblematik<sup>764</sup> (besonders bei Bankangestellten) gemildert erscheint. Beweisregeln bezüglich der Herkunft von Vermögenswerten<sup>765</sup> und andere Erleichterungen der Strafverfolgung entschärfen sodann übermässige Beweisschwierigkeiten<sup>766</sup> und begünstigen die Einziehung des «Betriebskapitals» krimineller Organisationen.<sup>767</sup> Schliesslich wurde mit Art. 260<sup>ter</sup> StGB ein besonderer Tatbestand gegen kriminelle Organisationen geschaffen, der auch die *Unterstützung* des

---

III 286). Wie noch zu zeigen sein wird, hat STRATENWERTHS Ansatz (mit Verspätung von vier Jahren und auf dem Wege aufwendiger gesetzgeberischer Nachkorrekturen) wenigstens faktisch «Recht» bekommen, nachdem er ihn als Mitglied der Studienkommission des Bundes offenbar noch nicht hatte durchsetzen können. Hauptgrund für die Ablehnung dieses Ansatzes durch Bundesrat und Parlament dürfte gewesen sein, dass Ende der siebziger Jahre (im Zuge der Revision der Bestimmungen über die Gewaltverbrechen) die *Strafbarkeit der kriminellen Vereinigung* (dort wohl aus Angst vor Einschränkungen der Meinungsäusserungs-, Versammlungs- und Vereinsfreiheit) noch *massiv abgelehnt* worden war (s. BBl 1989 II 1081).

<sup>763</sup> BBl 1994 II 274 ff.; s. auch Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision des Einziehungsrechts, Strafbarkeit der kriminellen Organisation, Melderecht des Financiers) vom 30. Juni 1993, BBl 1993 III 277 ff. (mit Zusatzbotschaft vom 12. Januar 1994, BBl 1994 I 1145 ff.); vgl. GUNTER ARZT, Organisierte Kriminalität – Bemerkungen zum Massnahmenpaket des Bundesrates vom 30. Juni 1993, AJP 2 (1993) 1187 ff.; PETER MÜLLER, Organisiertes Verbrechen – Gegenstrategien des Gesetzgebers, AJP 2 (1993) 1180 ff.; HANS VEST, «Organisierte Kriminalität» – Überlegungen zur kriminalpolitischen Instrumentalisierung eines Begriffs, ZStrR 112 (1994) 121 ff.

<sup>764</sup> Zur «Szylla» der Strafdrohung wegen Geldwäscherei bzw. mangelnder Sorgfalt bei Finanzgeschäften und «Charybdis» einer Bestrafung wegen Verletzung von Schweigepflichten (Bankgeheimnis) s. z.B. GÉRARD HERTIG, La diligence des banques: Les règles de conduite vis-à-vis des clients, Aspects de droit public, ZSR 113 (1994) II 249 ff., 332 ff.; PETER C. HONEGGER/MARKUS A. FREY, Sorgfaltspflichten und Geldwäscherei, SJZ 90 (1994) 341 ff.; RENATE SCHWOB, Anzeigerecht oder Anzeigepflicht der Banken bei Verdacht auf Straftaten, in: Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, 441 ff.; STRATENWERTH (Fn. 724), 112 f.; ZUBERBÜHLER (Fn. 726), 57 ff.; URS ZULAUF, Gläubigerschutz und Vertrauensschutz. Zur Sorgfaltspflicht der Bank im öffentlichen Recht der Schweiz, ZSR 113 (1994) II 359 ff., 524 ff. Gegenwärtig wird beim Bund eine Gesetzesvorlage vorbereitet, welche u.a. die *verwaltungsrechtliche Aufsicht* über den *Parabankensektor* regeln soll (s. dazu KISTLER [Fn. 744], 279 ff.).

<sup>765</sup> Art. 59 Ziff. 3 StGB.

<sup>766</sup> S. dazu anschaulich GASSER (Fn. 419), 161 ff.

<sup>767</sup> Zur Revision des *Einziehungsrechtes* im Zuge der neuen Gesetzgebung gegen kriminelle Organisationen s. oben, § 1 III. C 2.; in eine ähnliche Richtung weist die Revisionsentwicklung in Deutschland, gestützt auf das am 29. Oktober 1993 in Kraft gesetzte Geldwäschegesetz (vgl. dazu HETZER [Fn. 754], 3298 ff.).

organisierten Verbrechens separat unter Strafe stellt,<sup>768</sup> was einer «Überstrapazierung» der Geldwäschereitbestände *entgegenwirken* könnte. Letzteres wäre angesichts der *extensiven* Praxis des Bundesgerichtes sehr zu wünschen. Gestützt auf die vage Umgrenzung des von Art. 305<sup>bis</sup> StGB geschützten Rechtsgutes hat das Bundesgericht das Verstecken von Drogengeld (in der Wohnung) *ohne* Verbindung zu einer kriminellen Organisation als «Geldwäscherei» qualifiziert.<sup>769</sup>

### 3. Zwischenbefund: «Politisierung» des Strafrechts auf Kosten des Rechtsstaates?

Aus diesen Beobachtungen folgt, dass die «real existierende Kriminalpolitik» sich nur als Bündel äusserst heterogener Interessenkonflikte im Rahmen einer gesamtheitlichen Gesellschafts- und Rechtspolitik in ihren vielfältigen binnenstaatlichen und internationalen Bezügen verstehen lässt. Im untersuchten Bereich hat dabei der Einfluss der *Wirtschafts-* und der *Aussenpolitik* offenkundig an Bedeutung gewonnen. Zu beobachten ist auch, dass Zweckdenken und spontaner kriminalpolitischer Instrumentalismus sich häufig auf Kosten der Rechtsstaatlichkeit durchsetzen.<sup>770</sup> Bei der Offenlegung seiner kriminalpolitischen Motive ist der Strafgesetzgeber zudem oft wenig transparent.<sup>771</sup> Sodann wird die Herleitung und Begründung der zu schützenden strafrechtlichen *Rechtsgüter* in den Gesetzesvorarbeiten gelegentlich vernachlässigt, was den Strafjustizbehörden die Arbeit ausserordentlich erschwert und der Rechtssicherheit in besorgniserregendem Masse abträglich sein kann.<sup>772</sup> Dem Ruf nach einer

<sup>768</sup> Art. 260<sup>ter</sup> Ziff. 1 Abs. 2 StGB.

<sup>769</sup> BGE 119 IV 59 ff. – Geschütztes Rechtsgut sei die «Rechtspflege» und «nicht einzig» die Bekämpfung des organisierten Verbrechens. Daher könne «jedermann» als Geldwäscher handeln (61 f./64, E. 2a/e). Diese Sicht vernachlässigt m.E. die *teleologische* Auslegung. Der Gesetzgeber bezweckte mit der Geldwäschereistrafnorm die Bekämpfung der organisierten Kriminalität; die formale Einteilung unter die Delikte gegen die Rechtspflege erfolgte eher zufällig und (wie gezeigt) ohne inhaltliche Begründung. Ausserdem erfasst der Entscheid den *Unrechtskern* der Geldwäscherei zu wenig präzise. Dass dieser Unrechtskern im (hastig erlassenen) *Gesetzestext* keinen Niederschlag gefunden hat, ist allerdings nicht dem Bundesgericht anzukreiden.

<sup>770</sup> In diesem Zusammenhang ist auch schon vom «Preis für eine effiziente Verbrechensbekämpfung» gesprochen worden (s. MÜLLER [Fn. 763], 1184 f.).

<sup>771</sup> Dies trifft nach den hier angestellten Beobachtungen etwas mehr für die Insider-, und etwas weniger für die Geldwäschereistrafnormen zu.

<sup>772</sup> S. den angesprochenen BGE 119 IV 59. – Gerade die Schwierigkeiten einer sinnvollen *Begrenzung* der Strafbarkeit bei den Geldwäschereistrafnormen beruhen letztendlich auf einer zu wenig durchdachten und zu wenig transparenten *Rechtsgutkonzeption*. Die Herleitung des *Unrechtskerns* eines inkriminierten Verhaltens bzw. die Konkretisierung der geschützten *Rechtsgüter* erschöpft sich keineswegs in der Nennung des StGB-Titels, unter dem die neue Norm formal eingereiht werden soll! Sodann ist darauf zu achten, dass der Unrechtskern der Straftat auch *im Gesetzestext* deutlich manifest wird (Bestimmtheitsgebot). STRATENWERTH hat in diesem Zusammenhang die (rhetorische) Frage gestellt, ob man denn «wirklich noch einmal daran erinnern» müsse, «dass es seit Jahrhunderten zu den rechtsstaatlichen Grunderfordernissen des Strafgesetzes gehört,

stärkeren «Versachlichung» des Gesetzgebungsverfahrens<sup>773</sup> wäre somit der Wunsch nach mehr «politischer Courage» an die Seite zu stellen, dem Mut nämlich, die zunehmende Politisierung des Strafrechts in grösserem Masse *offenzulegen* und *überprüfbar* zu machen.

#### 4. Computerstrafrecht: Aus der kriminalpolitischen «Not» zur gesetzgeberischen «Tugend»?

Es waren ungewöhnliche kriminalpolitische Konstellationen, welche den Gesetzgeber beim Erlass der Insider- und Geldwäschereistrafnormen zu besonderer Eile angetrieben haben. Diese Eile bzw. die daraus entstehende politische «Dynamisierung» des Strafrechts hat rechtsstaatliche Durststrecken nach sich gezogen. Ebenfalls auf dem Gebiet des Wirtschaftsstrafrechts sind wir aber auch schon dem anderen Extrem begegnet. Auch die *Trägheit* der Legislative führt zur «Politisierung» des Strafrechts bzw. der Strafjustiz. Wir haben gesehen, dass sich der Strafrichter unter dem Druck des sozialen Wandels notfalls gedrängt sehen kann, «selber» einschneidende kriminalpolitische Korrekturen vorzunehmen, und dass er dadurch leicht an den Rand seiner rechtsstaatlichen und demokratischen Legitimation gerät.<sup>774</sup>

Stets ist es der Modernisierungsdruck der gesellschaftlichen Realien, Fakten und Wertanschauungen, der eine kriminalpolitische «Dynamisierung» auslöst. – Kann es «der Gesetzgeber» einfach niemandem recht machen? Wird ihm auf unfaire, geradezu «querulatorische» Weise einmal zu hastiges und das nächste Mal zu langsames Vorgehen vorgeworfen? Ganz so simpel liegt die Sache wohl nicht. Der hinter dem gesetzgeberischen Handeln (oder Nichthandeln) stehende politische Wille hat etwas sprunghaftes, willkürliches an sich. Auch er müsste zunehmend hinterfragt und versachlicht werden.<sup>775</sup> Bei der verwaltungsinternen Vorbereitung und Koordination von Gesetzesprojekten sollten Fortschritte im Rahmen der Schwerpunktfestlegung und der politischen Kommunikation ebenfalls noch möglich sein.<sup>776</sup> Übertriebene Hast kann sich jedenfalls als genauso schädlich erweisen wie allzu grosse Bedächtigkeit.

---

dem einzelnen *vorher* zu sagen, was er tun und was er lassen darf» (Fn. 724, 118). Die Gesetzgebungsarbeit ist durch die oberflächliche Definition kriminalpolitischer Ziele und den wohl etwas allzu überstürzten Erlass der Geldwäschereiartikel zudem *kompliziert* worden: Der hektische Normerzeugungsprozess bei den Bestimmungen gegen die organisierte Kriminalität (Revision von 1994) liegt teilweise *in sich selbst* bzw. in den Unzulänglichkeiten der Geldwäschereistrafnormen als «Delikte gegen die Rechtspflege» begründet.

<sup>773</sup> S. dazu oben, I.

<sup>774</sup> S. dazu oben, II. C, insbesondere an Beispielen aus dem *Vermögens- und Urkundenstrafrecht* (bargeldloser Zahlungsverkehr, Computerdelikte).

<sup>775</sup> S. dazu oben, I. B 2.

<sup>776</sup> Wieso ist die eine Vorlage dringlich, die andere weniger? Inwiefern ist das neu inkriminierte Verhalten sozialschädlich oder – umgekehrt – eine Entkriminalisierung angezeigt? Die Öffentlichkeit und die politischen Gremien müssen auf diese Fragen *sensibilisiert*

Wie bereits an anderer Stelle erörtert, klafften im Bereich der Computerdelikte und des Missbrauchs des bargeldlosen Zahlungsverkehrs über Jahre (bis Jahrzehnte) hinweg enorme Strafbarkeitslücken,<sup>777</sup> welche das Bundesgericht mit Müh' und Not (und rechtsstaatlich bedenklichen Kunstgriffen) auszufüllen bestrebt war.<sup>778</sup> Mahnungen an den Gesetzgeber, die besonders dringlichen Projekte *vorweg* zu behandeln,<sup>779</sup> haben hier kein Gehör gefunden, obwohl diese – jedenfalls hinsichtlich des angestrebten Rechtsgüterschutzes – als mindestens so wichtig angesehen werden mussten wie etwa die Geldwäschereivorlage.<sup>780</sup> Das Bundesgericht sah sich unter anderem «genötigt», den Urkundenbegriff sehr extensiv auszulegen, um kriminelle Manipulationen mit elektronisch gespeicherten Daten überhaupt strafrechtlich erfassen zu können.

Aus dieser selbstverursachten Not versucht der Gesetzgeber nun offenbar eine Tugend machen. Anstatt den neu zu regelnden Bereich des EDV-Strafrechts auf eine stabile neue Basis zu stellen, welche auf die spezifischen Gefahrenpotentiale zugeschnitten wäre, baut die StGB-Revision vom 17. Juni 1994 ausgerechnet auf der problematischen «Feuerwehrübung» des Bundesgerichtes auf. Ungeachtet der Schwierigkeiten, elektronisch (oder lasertechnisch) gespeicherten Daten Urkundenqualität beizumessen und ungeachtet der massiven Kritik<sup>781</sup> an dieser notgeborenen bundesgerichtlichen Konzeption, hat der Entwurf des Bundesrates die «Aufzeichnungen auf Daten- und Bildträgern» ausdrücklich den Schrift- oder Zeichenurkunden gleichgestellt.<sup>782</sup> Das Parlament ist diesem Weg

---

werden. Dies aber setzt eine offenere und kommunikationsfreundlichere *Informationspolitik* der Behörden voraus; die rechtliche Basis dafür könnte im kommenden Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz des Bundes gelegt werden.

<sup>777</sup> So ausdrücklich der Bundesrat in der Botschaft zum neuen Vermögens- und Urkundenstrafrecht vom 24. April 1991 (BBl 1991 II 969 ff., 983).

<sup>778</sup> S. dazu oben, II. C. 1.-2.

<sup>779</sup> S. z.B. HANS SCHULTZ, in ZBJV 123 (1987) 39 (Ziff. 11); relativ deutlich verlangte auch BGE 116 IV 343, 353 E. 8 nach einer «zeitgemässen Gesetzgebung».

<sup>780</sup> Wie gezeigt, muss die kriminalpolitische Motivation zum rasanten Erlass der Insider- und Geldwäschereinormen wohl zu einem erheblichen Teil *ausserhalb* des eigentlichen Rechtsgüterschutzes gesucht werden (s. oben, Ziff. 1-2). Der Bundesrat hat die Strafnormen gegen Insidergeschäfte und Geldwäscherei als Element verschiedener Anstrengungen gegen die moderne Wirtschaftskriminalität und das organisierte Verbrechen bezeichnet, deren besondere Gefährlichkeit in ihren «internationalen Dimensionen, aber auch in der Geschwindigkeit» liege, «mit der dank moderner Telekommunikation und Computertechnologie grösste Schäden angerichtet werden können, ohne Spuren zu hinterlassen». Mit der ergänzenden Revision des *allgemeinen Vermögens- und Urkundenstrafrechts* «sollen neuere technische und gesellschaftliche Entwicklungen, wie namentlich die elektronische Datenverarbeitung sowie der Check- und Kreditkartenverkehr, welche die Vorgehensweise heutiger Delinquenten nachhaltig beeinflusst haben, strafrechtlich erfasst werden» (BBl 1991 II 971).

<sup>781</sup> S. dazu ausführlich oben, II. C 1.-2.

<sup>782</sup> S. Entwurf (BBl 1991 II 1119), Art. 110 Ziff. 5 Abs. 1 Satz 2. Die Botschaft stützt sich für diese Regelung ausdrücklich auf die erwähnte Bundesgerichtspraxis; die Kritik daran wird eher beiläufig erwähnt (vgl. Botschaft vom 24. April 1991, BBl 1991 II 991 f.); zur



gefolgt.<sup>783</sup> Es ist aber zweifelhaft, ob in der *Hypertrophie des Urkundenstrafrechts* ein zukunftsstauglicher gesetzgeberischer Ansatz gefunden werden kann.<sup>784</sup> Die Befürchtung ist nicht ganz unbegründet, dass hier wiederum<sup>785</sup> die Weichen falsch gestellt wurden und die Strafjustiz sich früher oder später erneut mit erheblichen praktischen Schwierigkeiten konfrontiert sehen könnte.<sup>786</sup>

Der Revision ist allerdings zugutezuhalten, dass sie den Schutz vor Computerkriminalität noch auf weitere Elemente abstützt. So wird bestraft, wer elektronisch oder in vergleichbarer Weise gespeicherte oder übermittelte Daten unbefugt ändert, löscht oder unbrauchbar macht.<sup>787</sup> Neu wurde auch für den Computerbetrug<sup>788</sup> ein besonderer Tatbestand geschaffen, der keine Täuschung eines Menschen mehr voraussetzt. Bestraft wird sodann die unbefugte Datenbeschaffung («Datendiebstahl», Computerspionage) und das Eindringen in fremde besonders gesicherte Datenverarbeitungsanlagen («Hacking»)<sup>789</sup> sowie der sogenannte «EDV-Zeitdiebstahl».<sup>790</sup> Positiv zu beurteilen ist auch die gesamtheitliche kriminalpolitische Entschlossenheit, mit der in der Schweiz auf moderne Erscheinungsformen der Wirtschaftskriminalität reagiert worden ist. Die Insider- und Geldwäschereitattbestände, die Strafnorm gegen kriminelle Organisationen sowie das revidierte Vermögens- und Urkundenstrafrecht stellen wichtige Instrumente einer *konzertierten Aktion* gegen die internationale Wirtschaftskriminalität und das organisierte Verbrechen dar. Bei aller Kritik in Einzelheiten (besonders im Bereich der Rechtsgüterdefinition und der sinnvollen Begrenzung der Strafbarkeit) hat der Gesetzgeber die wesentlichen drängenden «Realia» des Wirtschaftsstrafrechts erkannt.

---

Umschreibung des (im Gesetzesentwurf nicht definierten) Datenbegriffes s. BBl 1991 II 986 f., 993 f.

<sup>783</sup> BBl 1994 III 256. «Die Aufzeichnung auf Bild- und Datenträgern steht der Schriftform gleich, sofern sie demselben Zweck dient».

<sup>784</sup> SCHULTZ (Fn. 345, 20) spricht gar von einem «Irrweg». Akzentuiert wird die Problematik noch dadurch, dass das Parlament – entgegen dem bundesrätlichen Entwurf (BBl 1991 II 1078 f.) und der fast einhelligen Kritik in der Lehre – den separaten Straftatbestand der privaten *Falschbeurkundung* beibehalten hat (s. BBl 1994 III 266).

<sup>785</sup> Ähnlich wie schon bei den Geldwäschereinormen, freilich ohne besondere Übereilung.

<sup>786</sup> S. dazu bereits die Hinweise von SCHULTZ (Fn. 345), 19 f.; s. auch NIKLAUS SCHMID, Computer- sowie Check- und Kreditkarten-Kriminalität. Ein Kommentar zu den neuen Straftatbeständen des schweizerischen Strafgesetzbuches, Zürich 1994, § 3 N. 20.

<sup>787</sup> Art. 144<sup>bis</sup> Ziff. 1 rev. StGB (Datenbeschädigung, Computersabotage, «Viren»-Problematik; s. BBl 1991 II 1014, 1122). Ziffer 2 stellt schon das Zugänglichmachen oder die Anleitung zur Herstellung von «Computerviren» unter Strafe (s. BBl 1994 III 259); s. auch SCHMID (Fn. 786), § 6 N. 17 ff.

<sup>788</sup> Art. 147 rev. StGB (insbesondere durch Kontomanipulationen, s. BBl 1991 II 1020 ff., 1123; 1994 III 259 f.).

<sup>789</sup> Mit (Art. 143 rev. StGB) oder ohne (Art. 143<sup>bis</sup> rev. StGB) Bereicherungsabsicht (BBl 1991 II 1009 ff., 1121 f.; 1994 III 258).

<sup>790</sup> Als Form des Erschleichens einer Leistung, Art. 150 rev. StGB (BBl 1991 II 1031 f., 1123 f.; 1994 III 260).

## B) Sexualstrafrecht

Das oben kurz durchstreifte neuere Wirtschaftsstrafrecht wird nicht nur von besonderen wirtschaftspolitischen und wirtschaftssoziologischen Fakten beeinflusst. Selbstverständlich wirken sich auch hier – wie überall – ideelle, emotionale und irrationale Faktoren, Wert- und Vorurteile, Hoffnungen und Aberglaube auf den kriminalpolitischen Prozess aus. Besonders stark von Werturteilen besetzt ist seit jeher das Sexualstrafrecht. Für unsere Fragestellung, wie sich der «soziale Wandel» auf die Entwicklung der strafrechtlichen Rechtsgüter auswirkt, wollen wir daher kurz auf diesen Bereich zurückkommen.

### 1. Das Bedürfnis nach kriminalpolitischer «Auslüftung»

Frischen kriminalpolitischen Wind in die verstaubte Mottenkiste der Sexualmoral hat die Revision von 1991<sup>791</sup> gebracht. Wie überfällig eine «Entrümpelung» des Sexualstrafrechts war, lässt sich am Beispiel des «Jugendschutzes» aufzeigen. Nach der Praxis zum alten Recht konnten erotisches Streicheln, «Petting» und das Austauschen von Zungenküssen unter Jugendlichen als *Verbrechen* im Sinne von Art. 191 Ziff. 2 aStGB qualifiziert werden.<sup>792</sup> Diese Rechtslage, welche auf einer veralteten und realitätsfremd gewordenen Sexualmoral aufbaute, zog geradezu absurde formale Konsequenzen nach sich. Der Siebzehnjährige, der seine fünfzehnjährige Freundin mit einer Waffe oder einem gefährlichen Gegenstand vorsätzlich verletzt hatte, war (jedenfalls hinsichtlich des Strafrahmens) nach altem Recht besser gestellt<sup>793</sup> als derjenige, der mit ihr zärtlich geschmust hatte.<sup>794</sup>

<sup>791</sup> In Kraft seit 1. Oktober 1992. Die Entstehungsgeschichte des neuen Sexualstrafrechts ist «selbst für schweizerische Verhältnisse lang» (REHBERG [Fn. 195], 16). Der Auftrag an die (von Prof. Schultz präsierte) Expertenkommission erfolgte 1971, ein erstes Vernehmlassungsverfahren wurde 1981 durchgeführt. Der gesetzgeberische Kompromiss zwischen konservativeren und liberaleren Anschauungen zur Sexualität nahm somit zwei Jahrzehnte in Anspruch. Zur Erinnerung: beim Geldwäschereistraftatbestand dauerte das Gesetzgebungsverfahren nicht einmal *vier* Jahre.

<sup>792</sup> S. z.B. BGE 104 IV 88; 97 IV 25; 92 IV 8; 91 IV 71.

<sup>793</sup> Der alte Art. 191 Ziff. 2 StGB sah als Strafobergrenze *Zuchthaus bis zu fünf Jahren* vor, Art. 123 Ziff. 2 Abs. 2 StGB dagegen lediglich *Gefängnis* (bis zu drei Jahren).

<sup>794</sup> Mit der neuen Lösung des Gesetzes (Art. 187 Ziff. 2-4 StGB) sollten sowohl Jugendliche und ihre Erzieher als auch die Strafjustiz «leben» können. SCHULTZ (Fn. 461, 324 Fn. 36) dagegen lehnt den neuen Art. 187 StGB als «misslungen» ab. Den Gesetzgeber habe es am Mut gefehlt, das Schutzalter auf 14 oder wenigstens 15 Jahre zu senken. Dass bei einem Altersunterschied von mehr als drei Jahren am Schutzalter 16 festgehalten worden ist, interpretiert ARZT (Fn. 48, 347) als «wirtschaftsstrafrechtliche Entscheidung». «Da die Älteren meist auch mehr Geld haben, droht dem Markt der sexuellen Nachfrage und des sexuellen Angebots ein Ungleichgewicht nach dem Motto, «Geld macht sinnlich»». – Strafrecht als Steuerungsinstrument zu Erhaltung eines «lauteren sexuellen Wettbewerbs»? Zutreffend dürfte wohl der Gedanke sein, dass das Gesetz *auch* eine mit materiellen Mitteln bewerkstelligte *sexuelle Ausbeutung Jugendlicher durch Ältere* zu verhindern sucht.

Dass sich der Wandel des Zeitgeistes in geschlechtlichen Dingen keineswegs «homogen» auf die Tätigkeit der Strafjustiz niederschlägt, hat sich bei der bereits erörterten *Pornographie*-Praxis gezeigt. Während die Behörden (besonders in städtischen Agglomerationen) etwa das Vorführen von Pornofilmen mit expliziter Darstellung von Sexualakten zunehmend duldeten, war die Bundesgerichtspraxis zum alten Art. 204 StGB bis Ende der achtziger Jahre noch ausserordentlich restriktiv.<sup>795</sup> Die daraus resultierende Rechtsunsicherheit und Rechtsungleichheit wurde als schwer erträglich empfunden.<sup>796</sup> Die Revision von 1991, bei der «kein Stein auf dem anderen geblieben»<sup>797</sup> ist, hat das Sexualstrafrecht auf ein lebensnaheres, zeitgemässeres Fundament gestellt. Gleichzeitig ergeben sich freilich neue heikle Fragen rechtsdogmatischer und praktischer Natur. Im folgenden soll uns vor allem interessieren, wie der Gesetzgeber den sexualstrafrechtlichen Rechtsgüterschutz konzipiert hat und ob die gesetzgeberische Konzeption folgerichtig ins neue Recht umgesetzt worden ist.

## 2. Das Bemühen um konsequenten Rechtsgüterschutz

Fast gründlich aufgeräumt hat die Revision mit Straftatbeständen, welche nicht konkrete Rechtsgüter, sondern allgemeine Sittlichkeits- und Moralvorstellungen schützten.<sup>798</sup> Der Gesetzgeber will sexuelles Verhalten nur noch dann unter Strafe stellen, «wenn es einen anderen schädigt oder schädigen könnte, wenn ein Partner in solches Verhalten nicht in verant-

<sup>795</sup> BGE 114 IV 23; 103 IV 251; 97 IV 99; 96 IV 64. Eine Praxisänderung in Richtung des damals in Vorbereitung stehenden neuen Art. 197 StGB hat dann BGE 117 IV 276 gebracht; s. dazu ausführlich oben, II. C 3.; für einen europäischen *Rechtsvergleich* s. auch THOMAS WEIGEND, Strafrechtliche Pornographieverbote in Europa, in: *Pornographie ohne Grenzen*, Baden-Baden 1994, 26 ff.

<sup>796</sup> Vgl. TRECHSEL (Fn. 4), 576. Die Problematik der «Gleichbehandlung im Unrecht», worauf sich Videotheken- und Kinobesitzer beriefen (BGE 115 Ia 81), hatte sich das Bundesgericht selber eingebrockt. Der neue Art. 197 StGB hat zu einer *deutlichen Liberalisierung* geführt: Explizite «weiche» Pornographie, deren Vorführung – sogar an Erwachsene – in den achtziger Jahren noch verboten war, ist nun schon für 16jährige zugänglich; eine besonders «harte Linie» (so die Botschaft, BBl 1985 II 1012) ist darin kaum zu erkennen. Das durch das Totalverbot von «harter» Pornographie (Art. 197 Ziff. 3) geschützte Rechtsgut ist allerdings umstritten bzw. diffus (vgl. URSULA CASSANI, *Les représentations illicites du sexe et de la violence*, ZStrR 111 [1993] 428 ff., 437 f.).

<sup>797</sup> TRECHSEL (Fn. 4), 575.

<sup>798</sup> Nachdem schon im Jahre 1989 die Strafbarkeit des *Ehebruchs* (Art. 214 aStGB) aufgehoben worden war, wurde insbesondere die Strafbarkeit der *Homosexualität* endgültig begraben. Art. 194 aStGB hatte unter dem Titel «widernatürliche Unzucht» noch ein faktisches erhöhtes «Schutzalter» für noch nicht zwanzigjährige Geschlechtspartner von Homosexuellen statuiert und homosexuelle Prostitution kriminalisiert. Diese strafrechtliche Diskriminierung der Homosexualität gegenüber der Heterosexualität liess sich (jedenfalls mit wissenschaftlich-rationalen Argumenten) nicht länger begründen. Gleichzeitig wurde der *Zuhälterei*-Artikel (Art. 201 aStGB) revidiert. Auch diesem ist mit Recht vorgeworfen worden, er lasse ein geschütztes Rechtsgut nur schwer erkennen und scheine in erster Linie eine als unmoralisch und asozial empfundene Lebensweise zu kriminalisieren (s. zur strafrechtlichen Rechtsgütertheorie auch oben, § 2 II. B).

wortlicher Weise einwilligen kann oder wenn jemand davor bewahrt werden soll, sexuelle Handlungen gegen seinen Willen wahrzunehmen».<sup>799</sup> Als zentrales Rechtsgut steht (neben dem Jugendschutz) der Schutz der *sexuellen Selbstbestimmung und Integrität* im Vordergrund.<sup>800</sup> Die Konzentration auf den Rechtsgüterschutz hat aber nicht nur zu Dekriminalisierung und teilweise «Rückzug» des Strafrechts geführt (z.B. Jugendsexualität, Pornographie, Homosexualität), sondern auch zur Schliessung von Strafbarkeitslücken. Beim neuen Straftatbestand der *Vergewaltigung in der Ehe* waren es nicht unbefangene, gegen Bigotterie ankämpfende Einstellungen zur Sexualmoral, welche den Normenkatalog modernisiert haben. Vielmehr sind die gewandelten Wertanschauungen zur Partnerschaft und zum sozialen Rollenverständnis der Frau dafür ausschlaggebend gewesen, dass die Ehe nicht länger als Revier für sexuelle Wilderer missverstanden werden kann, sondern im Bereich der sexuellen Selbstbestimmung heute auch unter Eheleuten ein *konsequenter Rechtsgüterschutz* erfolgt.<sup>801</sup>

### 3. Rechtsgüterschutz auf Kosten der Geschützten?

Nicht ganz konsequent realisiert wurde der Rechtsgüterschutz beim neuen Tatbestand der *Förderung der Prostitution*, welcher die bisherigen Bestimmungen gegen Kuppelei und Zuhälterei<sup>802</sup> ersetzt. Gemäss Art. 195 Abs. 2 StGB macht sich strafbar, wer eine Person «unter Ausnützung ihrer Abhängigkeit oder eines Vermögensvorteils wegen der Prostitution zu-

<sup>799</sup> Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes vom 26. Juni 1985, BBl 1985 II 1009 ff., 1064.

<sup>800</sup> Das Rechtsgut der «öffentlichen Sittlichkeit» findet im neuen Sexualstrafrecht «keine Anerkennung mehr» (STRATENWERTH [Fn. 48], § 10 N. 1).

<sup>801</sup> Mit Hinweis auf den EGMR vom 26. März 1985, Série A, vol. 91 (mangelnder strafrechtlicher Schutz vor sexuellen Übergriffen als Verletzung der staatlichen Pflicht zur Respektierung des Privatlebens), bemerkt TRECHSEL (Fn. 4, 594 f.), dass die Schweiz mit dieser Strafnorm nicht zuletzt auch eine «völkerrechtliche Verpflichtung» eingelöst habe. Der Bundesrat hatte in seiner Botschaft den Straftatbestand der Vergewaltigung in der Ehe noch abgelehnt. Begründet wurde diese Haltung mit «Beweisschwierigkeiten» und dem Umstand, dass die Strafjustiz «zu peinlichen, die Intimsphäre der Betroffenen empfindlich tangierenden Ermittlungen gezwungen» werde (BBl 1985 II 1072). Gemeint war nicht zuletzt die «Intimsphäre» des mutmasslichen Vergewaltigers... Ein eher fragwürdiges Partnerschafts- und Geschlechterrollenverständnis spiegelt sich auch in der Meinung des Bundesrates wider, ein Vergewaltiger sei «milder zu bestrafen», wenn vor der Tat «längere Zeit hindurch einverständlicher Geschlechtsverkehr gepflogen wurde, die Partnerin jedoch unvermittelt die Bereitschaft zum Beischlaf verweigert» habe (BBl 1985 II 1073). – Gibt es so etwas wie «wohlerworbene» sexuelle Ansprüche? Liegt in der «unvermittelt verweigerten Bereitschaft» gar ein Hauch von moralischem Vorwurf an das Vergewaltigungsoffer? Sollte sexuelle Gewalt gegenüber der Partnerin weniger schwerwiegend sein als gegenüber einer «unbekannten Frau» (BBl 1985 II 1073)? Ist das «Nein» der Partnerin grundsätzlich weniger ernst zu nehmen als dasjenige einer Fremden? Auch dieser (von männlichem «Revierdenken» beeinflussten) Auffassung ist das Parlament glücklicherweise *nicht* gefolgt.

<sup>802</sup> Art. 198–201 aStGB.

führt». Der Gesetzgeber strebte mit Art. 195 StGB ebenfalls ausdrücklich den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung von Prostituierten an.<sup>803</sup> Wenn dem so ist, stellt sich die Frage, inwiefern im blossen Bereicherungsmotiv des Täters eine Beeinträchtigung der Willensfreiheit des Opfers liegen soll. – Die Vermutung drängt sich auf, dass hier erneut unausgesprochene kriminalpolitische Motive und Wertvorstellungen eine Rolle gespielt haben dürften. Offenbar hat sich der Gesetzgeber bei aller Aufgeschlossenheit nicht ganz von der tradierten Vorstellung lösen können, wonach Kuppelei und Zuhälterei – auch ohne erkennbare Eingriffe in die Selbstbestimmungsfreiheit der Prostituierten – etwas Unmoralisches und «an sich» Strafwürdiges darstellten.<sup>804</sup> Eine Korrektur und Rückbesinnung auf das geschützte Rechtsgut bietet sich über eine restriktive Auslegung des Tatbestandsmerkmals des «Zuführens» an.<sup>805</sup>

Fragwürdig kann sich auch ein «Rechtsgüterschutz» zu Lasten des Trägers des Rechtsgutes auswirken. Gemäss den Materialien soll das Betreiben eines «klassischen» Bordelles oder eines Callgirl-Ringes unzulässig sein, weil im Rahmen solcher Sexgewerbe-Organisationen entgegen Art. 195 StGB die Unabhängigkeit der Prostituierten nicht gewährleistet sei.<sup>806</sup> Gegenüber einer allzu romantisierenden Vorstellung von genuiner menschlicher Willensfreiheit müssten sich (nicht nur bei Prostituierten) allerdings Zweifel aufdrängen. – Ist es kriminalpolitisch wünschbar, Prostituierte auf den Strassenstrich oder in «Privatstudios» zu drän-

<sup>803</sup> Vgl. BBl 1985 II 1082 ff. «Keinen Grund für die Strafbarkeit ergibt die Abneigung gegen das Geschäft des Kupplers, der aus sexuellem Verhalten finanzielle Vorteile schlägt» (1082); s. auch STRATENWERTH (Fn. 48), § 9 N. 2.

<sup>804</sup> Auch die Überlegung, dass das Sexgewerbe-Milieu regelmässig von *strukturellen Abhängigkeitsverhältnissen* geprägt ist, was *Beweisschwierigkeiten* hinsichtlich konkreter Eingriffe in die Willensfreiheit nach sich ziehen kann, dürfte eine Rolle gespielt haben. Man denke etwa an die Problematik von sozial benachteiligten, sprachunkundigen und womöglich illegal eingeschleusten Prostituierten und «Tänzerinnen» aus der Dritten Welt und aus Osteuropa.

<sup>805</sup> S. auch REHBERG (Fn. 195), 26; STRATENWERTH (Fn. 48), § 9 N. 10; TRECHSEL (Fn. 4), 598 f.; zu Moral und Anstand als fragwürdigen kriminalpolitischen Kriterien s. oben, § 2 II. B. – Wenn der Vermögensvorteil, den der Kuppler oder Zuhälter anstrebt, *allein* die Strafwürdigkeit begründen sollte, dann müsste wohl auch der Vermieter, der Wohnungen zu übersetzten (aber noch nicht geradezu wucherischen) Preisen an Prostituierte vermietet, nach wie vor strafbar bleiben. Die Botschaft verlangt neben dem Vermögensvorteil denn auch ein besonderes «Zuführen zur» oder ein «Festhalten in» der Prostitution (BBl 1985 II 1084). Beim Zuführen «bestimmt» der Täter eine Person zur Prostitution «und führt sie in dieses Gewerbe ein, wobei eine gewisse Intensität der Einwirkung erforderlich sein wird» (REHBERG [Fn. 195], 26).

<sup>806</sup> Vgl. BBl 1985 II 1084; Protokoll der Expertenkommission, 377. Zulässig erscheine allenfalls das Betreiben eines Eros-Centers, welches den Prostituierten eine weitgehende organisatorische Unabhängigkeit gewährleiste. Von einem anderen Bordellbegriff geht allerdings BGE 118 IV 57 (zu Art. 199 aStGB) aus, wonach «nicht erforderlich» sei, «dass die Dirnen vom Bordellinhaber weitgehend abhängig sind oder von ihm gar ausgebeutet werden» (E. 1c, S. 60).



gen, indem man Bordelle<sup>807</sup> grundsätzlich kriminalisiert? Macht es Sinn, die Betroffenen gegen ihren Willen und ihre bessere Einsicht zu schützen und womöglich rabiaten Freiern oder den handfesten Pressionen von gutorganisierten Konkurrent(inn)en auszuliefern?

Dem Sexualstrafrecht scheint eine besondere Eilfertigkeit eigen zu sein, dem Träger des Rechtsgutes den Bären dienst zu erweisen, ihn auch zu seinem eigenen Schaden «schützen» zu wollen. Am Anfang dieser Arbeit ist bereits auf die verschärfte Zürcher Praxis gegenüber Freiern auf dem Drogenstrich hingewiesen worden.<sup>808</sup> Der neue Art. 193 StGB stellt das *sexuelle Ausnützen von Notlagen* unter Strafe. Geschütztes Rechtsgut ist wiederum das sexuelle Selbstbestimmungsrecht der ausgebeuteten Person. Anfang 1993 wurde ein Freier strafrechtlich verurteilt, weil er die Abhängigkeit einer drogensüchtigen Prostituierten ausgenützt habe, um für Sex weniger bezahlen zu müssen. Der «Rechtsgüterschutz» besteht hier (in fast perverser Konsequenz) nicht darin, dass der ausgebeuteten Drogensüchtigen in ihrer Notlage geholfen würde. Die Notlage wird im Gegenteil eher noch verstärkt, indem ihre Freier kriminalisiert und vertrieben werden. Es fragt sich, ob dieses Resultat der Trägerin des verletzten Rechtsgutes etwas nützt.<sup>809</sup> Ein Strafrecht, welches den Rechtsgüterschutz als zentrale Aufgabe aus den Augen verliert, kann schnell bevormundende und pharisäerhafte Züge annehmen. Von den genannten Vorbehalten abgesehen, scheint mir die Schutzkonzeption des Gesetzgebers im neuen Sexualstrafrecht jedoch im wesentlichen<sup>810</sup> konsistent und tragfähig.

<sup>807</sup> Es ist zumindest nicht undenkbar, dass gewisse Prostituierte die relative Sicherheit organisierter Sexgewerbe-Einrichtungen (im Bewusstsein grösserer «Abhängigkeit») dem «freien» aber oft risikoreicheren Einzelgängerdasein vorziehen.

<sup>808</sup> Oben, § 1 I. B.

<sup>809</sup> Das Zürcher Obergericht und das Bundesgericht haben eine Ausnützung i.S.v. Art. 193 StGB *verneint*, falls der Freier den «marktüblichen» Preis bezahlt (s. SJZ 89 [1993] 324 ff., Nr. 37, S. 325; Urteil des BGer vom 1. Juni 1994 [6S.458/1993]). Bejaht wurde hingegen der Tatbestand der Finanzierung von unerlaubtem Verkehr mit Betäubungsmitteln (Art. 19 Ziff. 1 Abs. 7 BetMG).

<sup>810</sup> Einzelne Schwachstellen sind durchaus noch vorhanden. – Müssten zum Beispiel Kinder nicht auch vor Erwachsenen geschützt werden können, die ihnen (an Stelle von billigen Schmuddelpornos) pornographische Bilder von «kulturellem oder wissenschaftlichem Wert» (Art. 197 Ziff. 5 StGB) vorsetzen? Die Legalbehauptung, Kunst sei a priori «nicht pornographisch», scheint mir zumindest diskutabel zu sein. Eine ganz andere Frage ist es, ob «pornographische» Kunst (man denke z.B. an gewisse Werke von Jeff Koons) schützenswert sein könne. Dies würde ich ohne Zögern bejahen. Zu Eingriffen in die psychische und sexuelle Integrität von Kindern darf sie jedoch nicht missbraucht werden. Der angestrebte Schutz «pornographischer» Kunst (etwa vor Einziehung oder Vernichtung) könnte de lege ferenda auch auf anderem Wege erfolgen. Art. 197 Ziff. 5 StGB scheint mir insofern *missglückt* (in ähnlichem Sinne auch ARZT [Fn. 48, 347, mit Hinweis auf BGHSt 37, 55: «Pornographie und Kunst schliessen einander begrifflich nicht aus»]; CASSANI [Fn. 796], 431, 433; REHBERG [Fn. 195], 29, sowie TRECHSEL [Fn. 4], 585; a.M. STRATENWERTH [Fn. 48], § 10 N. 5). Bei der *sexuellen Nötigung* (Art. 189 f. StGB) und dem *sexuellen Ausnützen von Abhängigen* (Art. 188/193 StGB) wird teilweise eine

## C) Rassismustatbestand

### 1. Das innenpolitische Konfliktfeld

Nicht nur stark werturteilsbeladen, sondern geradezu *emotionsgeladen*<sup>811</sup> waren die politischen Auseinandersetzungen um die neue Strafbestimmung gegen Rassendiskriminierung (Art. 261<sup>bis</sup> StGB) vom 18. Juni 1993 (in Kraft seit 1. Januar 1995). Das Aufeinandertreffen und Zusammenleben von Menschen unterschiedlicher Herkunft zieht erhebliche Konfliktpotentiale nach sich. Der sozialen Integration von Ausländern stellen sich kulturell und sprachlich bedingte Schwierigkeiten entgegen.<sup>812</sup> Gewalttätige (oft politisch motivierte) Auseinandersetzungen unter Ausländern, sektorielle Häufungen der Ausländerkriminalität,<sup>813</sup> «Kriminaltourismus» und gewisse Asylrechtsmissbräuche können latente Ängste und Ablehnungstendenzen in der Bevölkerung (besonders in wirtschaftlich schwierigen Zeiten) verstärken.<sup>814</sup> Auf der anderen Seite wird das Thema «Ausländerkriminalität» gelegentlich zu politischen Zwecken missbraucht und in gefährlicher Weise emotionalisiert.<sup>815</sup> Mit der Ausländerproblematik

---

«Überdehnung» des strafrechtlichen Schutzes kritisiert, was zu Abgrenzungsschwierigkeiten führe, insbesondere bei wenig ausgeprägten Abhängigkeitsverhältnissen (vgl. ARZT [Fn. 48], 348 f.; zur Problematik des «psychischen Drucks» als Nötigungsmittel oder des Tatbestandselements des «Ausnützens» s. REHBERG [Fn. 195], 24 f.; STRATEN-WERTH [Fn. 48], § 8 N. 7-9).

<sup>811</sup> Zur «Heftigkeit und Gehässigkeit» des sich bis in die Parlamentssäle fortsetzenden verbalen Schlagabtausches vgl. PETER MÜLLER, Die neue Strafbestimmung gegen Rassendiskriminierung – Zensur im Namen der Menschenwürde?, ZBJV 130 (1994) 241 ff., 242; s. auch JEAN-FRANÇOIS AUBERT, L'article sur la discrimination raciale et la Constitution fédérale, AJP 3 (1994) 1079 ff.; DANIEL JOSITSCH, Strafrecht gegen Rassendiskriminierung, Rechtsvergleich zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Kolumbien mit Blick auf die Revision des schweizerischen Strafrechts, Diss. SG 1993; KARL-LUDWIG KUNZ, Neuer Straftatbestand gegen Rassendiskriminierung – Bemerkungen zur bundesrätlichen Botschaft, ZStrR 109 (1992) 154 ff.; ROLAND STRAUSS, Das Verbot der Rassendiskriminierung, Völkerrecht, internationales Übereinkommen und schweizerische Rechtsordnung, Zürich 1991; LUZIUS WILDHABER, Gedanken zur Rassendiskriminierung, Rechtsgleichheit und Drittwirkung im schweizerischen Recht, ZBl 72 (1971) 465 ff.

<sup>812</sup> S. dazu VERENA TOBLER MÜLLER, Wirkungen der Migration: Kulturkontakt, Kulturkonflikt, Konfliktkultur, in: WALTER KÄLIN/RUPERT MOSER (Hrsg.), Migrationen aus der Dritten Welt, 3. Aufl., Bern 1993, 175 ff.

<sup>813</sup> Besonders Drogenhandel sowie Verstösse gegen das Fremdenpolizeirecht (inklusive Schlepperkriminalität); s. etwa für Zürich THOMAS HUG, Ausländer als Drogenhändler, am Beispiel der Stadt Zürich, in: BAUHOFFER/QUELOZ (Hrsg.), Ausländer, Kriminalität und Strafrechtspflege, Reihe Kriminologie 11, Zürich 1993, 347 ff.

<sup>814</sup> S. dazu RUPERT MOSER, Migration und Fremdenfeindlichkeit, in: WALTER KÄLIN/RUPERT MOSER (Hrsg.), Migrationen aus der Dritten Welt, 3. Aufl., Bern 1993, 189 ff.

<sup>815</sup> Bei den in der Schweiz verurteilten *Gewaltstraftätern* nehmen die Schweizer nach wie vor die deutliche Mehrheit ein (vgl. STEFAN BAUHOFFER, Kriminalität von Ausländern in der Schweiz, in: BAUHOFFER/QUELOZ [Hrsg.], Ausländer, Kriminalität und Strafrechtspflege, Reihe Kriminologie 11, Zürich 1993, 75 ff., 102 f.; KILLIAS [Fn. 65], 151 ff., 175; KARL-LUDWIG KUNZ, Ausländerkriminalität in der Schweiz – Umfang, Struktur und Erklärungsversuch, ZStrR 106 [1989] 373 ff.; MARCEL A. NIGGLI, Kriminalität von

und der politischen Stimmungsmache korreliert schliesslich fremdenfeindliche Gewaltkriminalität, die in Europa und teilweise auch in der Schweiz beängstigende Ausmasse angenommen hat.<sup>816</sup>

Der neue Rassismustatbestand trägt auch deshalb eine brisante innenpolitische Note, weil die Diskussion um die Behandlung von asyl- und arbeitssuchenden (und teilweise straffälligen) Ausländern in den letzten Jahren zunehmend (und nicht immer sehr differenziert) zum Gegenstand der Tagespolitik gemacht worden ist.<sup>817</sup> Von der Strafdrohung direkt betroffen werden neben rassistisch motivierten Einzeltätern und losen Gruppierungen sodann Anhänger extremistischer (insbesondere neonazistischer<sup>818</sup>) politischer Organisationen, die zu Ausländerfeindlichkeit aufhetzen oder revisionistische Standpunkte vertreten («Auschwitzlüge»).

---

Ausländern, kriminologische Erklärungsansätze und ihre Aussagekraft, in: BAUHOFFER/QUELOZ [Hrsg.], *Ausländer, Kriminalität und Strafrechtspflege*, Reihe Kriminologie 11, Zürich 1993, 119 ff.). Die Kriminalität von *Asylbewerbern* ist in Deutschland vorwiegend geringfügiger Art; im Jahre 1991 betrafen nur 5,2% der in Deutschland begangenen Straftaten von Asylbewerbern die Gewaltkriminalität, gar nur 2,2% waren Rauschgiftdelikte, bei ca. 40% der Delikte handelte es sich um Ladendiebstähle (vgl. MONIKA TRAULSEN, *Die Kriminalität der Asylbewerber*, Kriminalistik 47 [1993] 443 ff., 444). In der Schweiz wird die Straffälligkeit von Asylbewerbern (mit Fixierung auf den Sonderfall der Stadt Zürich) im allgemeinen stark überschätzt. Im Kanton Genf z.B. beträgt (gemäss einem amtlichen Pressecommuniqué vom Frühjahr 1994) der Anteil von Asylbewerbern an der Drogenkriminalität nur wenige Prozent.

<sup>816</sup> S. Bericht des Bundesrates zum Extremismus in der Schweiz («Extremismusbericht») vom 16. März 1992, BBl 1992 III 201 ff., 224 ff. «Sorge bereiten dem Bundesrat eine offenbar zunehmende offene und latente Fremdenfeindlichkeit in einzelnen Kreisen der Bevölkerung und eine wachsende Tendenz bei Teilen von Jugendlichen zu rassistischem Verhalten und Gebaren, ja eine steigende Gewaltbereitschaft» (202). Der in ganz Europa aufkeimende gewalttätige Rassismus und Neonazismus hat u.a. zu einer Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 21. April 1993 betreffend Rassismus und Ausländerfeindlichkeit in Europa und Gefahr des Rechtsextremismus geführt (EuGRZ 1993, 322 ff.).

<sup>817</sup> Am 18. März 1994 hat das Parlament (im Eilzugstempo und in einem emotionsgeladenen Umfeld) das Bundesgesetz über Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht erlassen (BBl 1994 II 279 ff.; s. auch Botschaft, BBl 1994 I 305 ff.; zur grundrechtlichen Problematik fremdenpolizeilicher Internierungen bzw. der Zulässigkeit gewisser Freiheitsbeschränkungen gegenüber straffälligen [bzw. verdächtigen] Asylbewerbern s. STEFAN TRECHSEL, *Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht*, AJP 3 [1994] 43 ff.). *Sehr kritisch* hat sich ANDREAS AUER zum Gesetz vom 18. März 1994 geäussert (La Constitution fédérale, les droits de l'homme et les mesures de contrainte à l'égard des étrangers, AJP 3 [1994] 749 ff., 755). Er sieht gewisse freiheitsbeschränkende Zwangsmassnahmen (insbesondere gegenüber Asylbewerbern, die keiner schwerwiegenden Straftat verdächtig sind) als schwer diskriminierend und selbst geradezu *fremdenfeindlich* («xénophobe») an (mit Bedenken auch NICCOLÒ RASELLI, *Die neuen Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht im Lichte von Verfassung und Menschenrechten*, Asyl 9 [1994/4], 79 ff., 81 f., 84 f.). Das Gesetz wurde in der Referendums-Volksabstimmung vom 4. Dezember 1994 mit deutlichem Mehr (72,8%) angenommen.

<sup>818</sup> Zu den amtlich bekannten rechtsextremen Organisationen in der Schweiz s. BBl 1992 III 237 f. («Extremismusbericht»).

<sup>819</sup> Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB in fine.

Mit der Strafbestimmung gegen Rassismus schuf die Schweiz die innerstaatliche Voraussetzung für die Ratifikation des UNO-Rassendiskriminierungsübereinkommens vom 21. Dezember 1965.<sup>820</sup> Art. 261<sup>bis</sup> StGB verbietet das öffentliche rassistische Aufhetzen, das Verbreiten und Propagieren rassistischer Ideologien und das die Menschenwürde verletzende Herabsetzen und Diskriminieren von Personen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion wegen. Strafbar sind ausserdem das öffentliche Leugnen, gröbliche Verharmlosen oder Rechtfertigen von Verbrechen gegen die Menschlichkeit<sup>821</sup> und die diskriminierende Verweigerung einer (für die Allgemeinheit bestimmten) angebotenen Leistung.<sup>822</sup> Das gegen den Rassismusartikel ergriffene Referendum wurde in der Volksabstimmung vom 25. September 1994 (relativ knapp) verworfen. Nach dem Nein zum UNO- und EWR-Beitritt, zu den UNO-Blauhelmen oder zur erleichterten Einbürgerung junger in der Schweiz aufgewachsener Ausländer wurde der Schweiz damit ein weiterer Schritt in die Selbstisolation erspart.

## 2. «Gesinnungsmaulkorb» oder Rechtsgüterschutz?

Die Strafbarkeit der ethnisch-rassischen oder religiösen Diskriminierung greift durchaus in gewisse Grundrechtspositionen<sup>823</sup> ein. Die Güterabwägung, welche der Gesetzgeber vorzunehmen hat,<sup>824</sup> fällt jedoch deutlich zugunsten des strafrechtlichen Schutzes aus. Rassismus beeinträchtigt nicht nur massiv die Lebensqualität und die psychische Integrität der davon unmittelbar Betroffenen.<sup>825</sup> Fremdenfeindliche Hetze stört und

<sup>820</sup> In Kraft seit 4. Januar 1969 (vgl. BBl 1992 III 276 f., 281 f.). Das allgemeine Verbot der Rassendiskriminierung (s. auch Art. 14 EMRK) ist unterdessen als Bestandteil des *Völkergewohnheitsrechts* anerkannt (vgl. STRAUSS [Fn. 811], 81 ff.). Es stellt auch Teilgehalt des Rechtsgleichheitsgebotes von Art. 4 BV dar (vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, Bern 1991, 218).

<sup>821</sup> Die Formulierung dieser Tatbestandsvariante geht auf einen Vorschlag von KUNZ (Fn. 811, 164) zurück. Der Entwurf des Bundesrates sprach noch von einer «Verunglimpfung des Andenkens von Verstorbenen» (vgl. BBl 1992 III 333); zu den Änderungen gegenüber dem bundesrätlichen Entwurf s. auch JOSITSCH (Fn. 811), 287 f.

<sup>822</sup> Zu den einzelnen Tatmodalitäten und Tatbestandsmerkmalen s. BBl 1992 III 312 ff.; JOSITSCH (Fn. 811), 265 ff.; MÜLLER (Fn. 811), 251 ff.

<sup>823</sup> Insbesondere die Meinungsäusserungs- und Vereinsfreiheit oder (beim Verbot der diskriminierenden Leistungsverweigerung, Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 5 StGB) teilweise die Handels- und Gewerbefreiheit (die Kritik von KUNZ [Fn. 811, 164 f.] an Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 5 StGB, welcher das «ultima-ratio-Prinzip» verletze und verwaltungsrechtlich zu regeln sei, hat sich beim Gesetzgeber *nicht* durchgesetzt).

<sup>824</sup> Vgl. AUBERT (Fn. 811), 1080-82; WILDHABER (Fn. 811), 465 ff.

<sup>825</sup> Rassistische Hetze muss – um strafbar zu sein – eine gewisse *Intensität* aufweisen. Nicht darunter fallen normalerweise öffentliche abschätzige Bemerkungen gegenüber bestimmten ethnischen Gruppen oder rassistisch gefärbte Witze. Auch eigentliche rassistische Äusserungen im Freundes- und Bekanntenkreis oder am Stammtisch bleiben «in der Regel» (mangels ausreichender «Öffentlichkeit») ausgeklammert (zutreffend m.E. MÜLLER [Fn. 811], 253; ähnlich AUBERT [Fn. 811], 1080; a.M. offenbar JOSITSCH [Fn. 811], 279). «Nicht jede Unmutsäusserung gegenüber Fremden soll strafbar sein, sondern die systematische Herabsetzung und Verleumdung» (BBl 1992 III 312). Der

vergiftet zudem den öffentlichen Frieden<sup>826</sup> durch ein aufgeheiztes Klima der Angst, der Intoleranz, des Hasses und der Gewalt.<sup>827</sup> Sie ist um so sozialschädlicher, als in einem fremdenfeindlichen Umfeld das weltweite Phänomen der Massenmigration, das Flüchtlingsproblem und die Schwierigkeiten des friedlichen Zusammenlebens von Angehörigen verschiedener Kulturen und Religionen nicht bewältigt werden können. Zwar lassen sich Intoleranz, Xenophobie und mangelnde Solidarität nicht durch staatliche Zwangsveranstaltungen überwinden.<sup>828</sup> Wo jedoch Menschen Leid zugefügt wird und elementare Rechtsgüter verletzt oder unmittelbar bedroht werden, erwächst dem demokratischen Rechtsstaat die Verpflichtung, das jahrhundertealte Schandmaul des menschenverachtenden Antisemitismus und Rassismus auch mit den Mitteln des Strafrechts zu stopfen.<sup>829</sup>

---

Rassismustrafatbestand will der Schaffung eines *allgemeinen rassenhetzerischen Klimas* entgegenwirken (vgl. MÜLLER [Fn. 811], 248, 253; s. auch BBl 1992 III 305, 312 f.). Verhaltensweisen, die dazu nicht bestimmt oder nicht geeignet sind, fallen zum vornherein nicht unter die Strafdrohung. Bei allen berechtigten Vorbehalten gegenüber der *Bestimmtheit* und Klarheit der vom Gesetzgeber verwendeten Begriffe nimmt der Rassismustrafatbestand angesichts dieser zentralen kriminalpolitischen Zielsetzung deutlichere Konturen an (vgl. demgegenüber die Kritik von KUNZ [Fn. 811, insbes. 159 ff.] am bundesrätlichen Entwurf). Der Rechtsgüterschutz des Gesetzes bezieht sich bei dieser Betrachtungsweise sehr wohl auf «spezifisch ausgrenzbare Aspekte der Menschenwürde» (ebenda, 163). «Die Rassendiskriminierung (ist) ein Übergriff auf den Eigenwert der menschlichen Person» (ARNOLD KOLLER, Die Zukunft des schweizerischen Strafrechts, ZStrR 109 [1992] 338 ff., 344; auch Prof. Kunz hat sich im Vorfeld der Referendumsabstimmung im übrigen [trotz gewisser rechtsstaatlicher Bedenken] deutlich *für* die Annahme des Gesetzes ausgesprochen [s. Sonntags-Zeitung vom 3. Juli 1994, 6]).

<sup>826</sup> S. Botschaft zum Rassendiskriminierungs-Straftatbestand vom 2. März 1992 (BBl 1992 III 269 ff.), 309 f.

<sup>827</sup> Allein im Jahre 1991 wurden in der Schweiz (neben anderen Straftaten mit rassistischem Hintergrund, darunter Tötungen und Körperverletzungen) 38 Brand-, acht Schusswaffen- und drei Sprengstoffanschläge auf Asylbewerberunterkünfte ausgeführt, s. Bericht des Bundesrates zum Extremismus in der Schweiz («Extremismusbericht») vom 16. März 1992, BBl 1992 III 201 ff., 224 ff.

<sup>828</sup> Zu den Bemühungen um eine antirassistische *Erziehungs-, Kultur- und Informationspolitik* s. BBl 1992 III 317 ff. Die mit Bundesgesetz vom 18. März 1994 beschlossenen und in der Referendumsabstimmung vom 4. Dezember 1994 angenommenen Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht (BBl 1994 II 279 ff.) scheinen allerdings im Hinblick auf eine nichtdiskriminatorische *Ausländerpolitik* nicht ganz unbedenklich (vgl. AUER [Fn. 817], 749 ff., 755); vor Rückfällen ins «kriminalpolitische Mittelalter» als Reaktion auf Ausländerkriminalität warnte schon HANS SCHULTZ, Krise der Kriminalpolitik?, in: Festschrift Jescheck, Bd. 2, Berlin 1985, 791 ff., 811.

<sup>829</sup> «In einer Wert- und Rechtsordnung, die es sich zur Aufgabe macht, ein menschenwürdiges Zusammenleben in der Gesellschaft zu sichern, haben (...) rassistische Meinungsäusserungen keinen Platz und geniessen keinen verfassungsrechtlichen Schutz» (MÜLLER [Fn. 811], 250). «Von einem hohen englischen Richter stammt das Wort, dass das Gesetz die Menschen zwar nicht zwingen kann, den Nächsten zu lieben, es ihnen aber schwieriger machen kann, gegeneinander den Hass zu schüren» (JOSEF SCHAFHEUTLE, zitiert nach JOSITSCH [Fn. 811], 242). – «C'est comme pour les animaux. On ne les empêche pas d'aboyer, ni même de montrer leurs crocs quand ils gambadent dans leur enclos. La



Dies gilt auch für rassistische und revisionistische Thesen, die unter dem Deckmantel der «Wissenschaftlichkeit» und «freier demokratischer Meinungsbildung» daherkommen. Im Strafrecht heiligt der angebliche Zweck wissenschaftlicher Forschung oder öffentlicher Diskussion die Mittel nicht. Strafbar sind jedenfalls Machwerke, die unter dem Vorwand der Wissenschaftlichkeit revisionistische und rassendiskriminatorische Thesen verbreiten und dabei die Regeln der (soziologischen, ethnologischen oder historischen) Wissenschaftlichkeit unbeachtet lassen oder krass verletzen.<sup>830</sup>

## § 5 Zusammenfassende Thesen

1. Das Kriminalrecht ist gleichzeitig Produkt und Spiegelbild seiner Epoche. Gesetzgeber und Richter haben dem jeweiligen «Zeitgeist» (oder gar politischen Modeströmungen) zwar nicht undifferenziert zum Durchbruch zu verhelfen. Ein Strafrechtssystem, das sich dem sozialen Wandel verschliesst, gerät jedoch in Konflikt mit der gesellschaftlichen Realität und setzt sich als Mechanismus der Sozialkontrolle selbst ausser Funktion.

---

muselière est réservée aux chiens méchants qui sont en contact avec le public» (AUBERT [Fn. 811], 1084).

<sup>830</sup> Durch das rassistisch motivierte Leugnen, Rechtfertigen oder grobe Verharmlosen von Völkermord oder anderen Verbrechen gegen die Menschlichkeit wird nicht nur der öffentliche Friede gestört, auch die Opfer und deren Angehörige werden in ihren Persönlichkeitsrechten schwer verletzt. Entsprechende Strafbestimmungen bestehen denn auch bereits in Frankreich, Österreich und Deutschland (s. KUNZ [Fn. 811], 164; MÜLLER [Fn. 811], 251, 255 f.). Strafbar im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB (in fine) ist zweifellos das Leugnen des Holocaust bzw. der systematischen Ausrottung der Juden im Dritten Reich («Auschwitz-Lüge», s. BBl 1992 III 314). Derart krasse revisionistische Thesen haben bisher keiner ernsthaften Nachprüfung auch nur annähernd standgehalten (vgl. z.B. WOLFGANG BENZ [Hrsg.], *Legenden, Lügen, Vorurteile*, München 1992, 147 ff.; CHAPOUR HAGHIGHAT, *Le racisme «scientifique»*, Paris 1988; DEBORAH E. LIPSTADT, *Betrifft: Leugnen des Holocaust*, Zürich 1994; Österreichisches Bundesministerium für Unterricht und Kunst [Hrsg.], *Amoklauf gegen die Wirklichkeit*, 2. Aufl., Wien 1992). Falls das vom Sicherheitsrat der Vereinten Nationen eingesetzte Tribunal gegen Kriegsverbrechen den betreffenden dringenden Verdacht bestätigen sollte, dürfte der Rassismustatbestand bald auch auf das Leugnen der *Greuelthaten im ehemaligen Jugoslawien* (insbesondere an der muslimischen Bevölkerung) Anwendung finden (vgl. MÜLLER [Fn. 811], 256). Fragwürdige journalistische Berichte, in denen Verbrechen gegen die Menschlichkeit («ethnische Säuberungen», systematische Vergewaltigungen, Massensterbe) leichthin in Abrede gestellt oder verharmlost wurden, waren auch schon in Schweizer Zeitungen zu lesen. Voraussetzung einer Strafbarkeit wäre allerdings der Nachweis rassistischer bzw. diskriminatorischer Motive. Überhaupt dürfte sich die praktische Durchsetzung des neuen Straftatbestandes durch die Justiz als schwierig erweisen. Die Befürchtung, der Rassismustatbestand könne zu einem Missbrauch des Strafverfahrens als *willkommenes politisches Forum für Rassisten und Revisionisten* führen (s. KUNZ [Fn. 811, 166]), ist leider nicht von der Hand zu weisen. Der Rechtsstaat kann und muss sich jedoch dieser Herausforderung stellen.

2. Der Richterstuhl ist keine «ideologiefreie Insel». Eine verantwortungsvolle, transparente und realitätsbezogene Rechtsprechung kann richterliche politische Meinungsbildung und Wertentscheidung sogar voraussetzen. Der Richter, der sich der politischen Relevanz und Einbettung seiner Arbeit bewusst ist, betreibt damit noch keine Parteipolitik.
3. Aufmerksame und kritische Medien nehmen im modernen Rechtsstaat eine unverzichtbare Aufgabe wahr. Verunglimpfende Berichterstattung oder Einmischungen in schwebende Strafverfahren sind hingegen nicht tolerierbar. Namentlich zur Wahrung der strafprozessualen Unschuldsvermutung kann ein korrigierendes Einschreiten der Behörden notwendig werden. Sozialempirisch ermittelte «Kriminalitätsfurcht» eignet sich als Wegweiser für ein Tätigwerden des Kriminalrechtsapparates nur wenig.
4. Die Strafrechtsreform muss sich ihrer ideen- und sozialgeschichtlichen Wurzeln bewusst werden; das «Kriminalrecht der Wohlstands- und Konsumgesellschaft» bedarf einer sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Standortbestimmung. Politisch unbewältigte gesellschaftliche Krisen sind mit den Mitteln des Strafrechts freilich nicht aus der Welt zu schaffen. Ebenso wenig sollte sich der Kriminalpolitiker über Erscheinungen der Kriminalität, die letztlich unsere gesellschaftlichen Strukturen widerspiegeln, allzu sehr wundern.
5. Die Probleme der strafrechtlichen Regulierung und Zurechnung ökologischer Grossrisiken sind praktisch und dogmatisch ungelöst. Das gleiche gilt für die ungeheuren sozialen Konfliktfelder, die aus der Überbevölkerung und Armut in grossen Teilen der Welt und den daraus resultierenden Phänomenen der Massenmigration entstehen. Bei der Ausländer-Kriminalpolitik besteht eine Neigung zur Dramatisierung (und parteipolitischen Ausschlichtung) der Fakten.
6. Das Drogenproblem erweist sich nicht zuletzt als Drogenpolitikproblem. Was die Kriminalpolitik betrifft, ist eine einseitig auf Prohibition und Repression aufgebaute Strategie nicht tragfähig. Der fromme Wunsch nach einer «drogenfreien Gesellschaft» ist eine weltfremde und fatale Utopie. Für die Abgabe von Drogen an Schwerstsüchtige sind Ärzte und nicht gewaltbereite kriminelle Drogenhändlerbanden zuständig zu machen. Ein kompromissloses Prohibitionsmodell gefährdet die Rechtsgüter stärker als es diese zu schützen vermag. Gewisse strafrechtliche Repressionsmittel (insbesondere gegenüber dem illegalen Handel mit harten Drogen) bleiben freilich unverzichtbar.
7. Die Strafrechtsreform muss sich auf ihre dogmatischen Grundlagen besinnen. Rechtsgüter werden im demokratisch legitimierten politischen Meinungsbildungsprozess definiert, sofern ein normbildender Konsens darüber zustande kommt, dass ein soziales Gut in einem bestimmten Kontext schutzwürdig und schutzbedürftig sei. Rechtsgüter müssen einer rationalen Legitimationskontrolle unterzogen wer-

den. Blosser Wert- und Moralvorstellungen sind strafrechtlich nicht schützenswert. Die Beweislast für die Sozialschädlichkeit eines inkriminierten Verhaltens trägt – nach Massgabe der verfügbaren empirischen Erkenntnisse – der Gesetzgeber. Für die Wahrscheinlichkeit von Rechtsgutsverletzungen ist dabei mehr als eine blosser abstrakte Möglichkeit zu verlangen.

8. Das Strafrecht als formalisierte Sozialkontrolle stellt ein notwendiges Übel dar, welches sich durch seine friedensstabilisierende Funktion rechtfertigt, solange tragfähige und erträgliche Alternativen nicht in Sicht sind. Das entbindet die Strafrechtswissenschaft und die Kriminalpolitik nicht davon, die Organisation und Legitimation dieses «Übels» kritisch zu hinterfragen. Ein «martialisches» Strafrechtssystem wird zur Brutalisierung von Sozialisationsprozessen beitragen, ein allzu permissives den Strafrechtsorganen zugunsten informeller Privatjustiz entgleiten. Teilweise lässt sich die friedenswahrende Norm durch verschärfte Strafdrohung und Kriminalisierung sichern, teilweise aber auch durch Entkriminalisierung und verstärkte Anstrengungen in anderen Sektoren der Politik.
9. Ein kriminalpolitisches Paradoxon besteht darin, dass einerseits die mangelnde präventive Effizienz des Straf-, Strafvollzugs- und Bewährungsrechts beklagt wird, andererseits nur wenig politische Bereitschaft vorhanden ist, die notwendigen finanziellen Mittel für effizientere Behandlungs- und Betreuungseinrichtungen (Drogentherapie, Sozialtherapie) bereitzustellen.
10. Das schweizerische StGB gilt als «sanktionenarm». Gelegentlich werden allerdings bestehende Alternativen übersehen bzw. vom Richter oder von kantonalen Gesetzgebern nicht ausgeschöpft. Trotzdem bedarf das Sanktionenrecht – gerade für den breiten Bereich der Alltagskriminalität – einer Erweiterung und Modernisierung (Gemeinnützige Arbeit, Wiedergutmachung, Fahrverbot, Geldstrafe nach «Tagessatzsystem», neues Massnahmen- und Jugendstrafrecht, bundesrechtliche «Bagatellbestimmung»). Das in der Revision vorgeschlagene Institut der Bedingten Verurteilung, das eine flexible Lösung im Falle der Nichtbewährung anstrebt, ist teilweise missverstanden worden; der Vorschlag der Expertenkommission weist zwar gewisse Schwächen auf, in jedem Fall müsste aber eine Lösung mit dem Ziel der Zurückdrängung des Vollzuges kurzfristiger Freiheitsstrafen gefunden werden. Bei der vorgeschlagenen Neuregelung der Geldstrafe nach dem Tagessatzsystem überwiegen die Vorteile gegenüber dem bisherigen Recht deutlich.
11. Bei aller Kritik an einzelnen Revisionsvorschlägen befindet sich die schweizerische sanktionenrechtliche Strafreform auf dem richtigen Weg. Sie ist bemüht, die Strafzwecke zu versachlichen, die divergierenden Ziele und Teilaspekte des Rechtsgüterschutzes und der Rechtsstaatlichkeit zu harmonisieren sowie die Eigenverantwortlichkeit des Straffälligen und die Versöhnung mit dem Opfer zu fördern.

12. Die Wissenschaft muss sich in den kriminalpolitischen Reformprozess einschalten und den ihr zugewiesenen Teil der gesetzgeberischen Arbeit wahrnehmen. Wissen und Werterhellung führen zur Versachlichung der Kriminalpolitik und in diesem Sinne zur «Entpolitisierung» des Strafrechts.
13. Wie weit der Wandel von Fakten, Kenntnissen und Wertvorstellungen kriminalpolitisch berücksichtigt werden muss, bestimmt sich nach dem Willen des demokratisch legitimierten formellen Gesetzgebers. Dieser ist allerdings rechtlich verpflichtet, den Nachweis für die Sozialschädlichkeit eines inkriminierten Verhaltens und für die Präventionseignung und Angemessenheit der vorgesehenen Sanktionen anzutreten. Die «gesetzgeberische Begründungspflicht» stellt im Bundesstrafrecht grundsätzlich eine verfassungsrechtliche «lex imperfecta» dar. Falls gesetzgeberische «Indifferenz» gegenüber dem sozialen Wandel die Einlösung völkerrechtlicher Verpflichtungen behindert, kann sie allerdings schwerwiegende rechtliche Sanktionierungen nach sich ziehen (Revision von Urteilen, Leistung von Genugtuung/Schadenersatz, völkerrechtliche Verpflichtung zur Revision von Gesetzen usw.).
14. Die Trägheit des Gesetzgebers gegenüber dem sozialen Wandel kann sodann die Strafjustiz einem starken kriminalpolitischen Druck aussetzen. Eine auf diese Weise «politisierte» Rechtsprechung ist zweierlei Gefahren ausgesetzt: Eine allzu extensive «gesetzesvertretende» Kriminalpraxis muss rechtsstaatliche Bedenken auslösen; eine restriktive Praxis andererseits kann die Strafnorm zum toten Buchstaben degradieren und die demokratische Gewaltenteilung aushöhlen.
15. Der Gesetzgeber ist deshalb verpflichtet, dem sozialen Wandel Rechnung zu tragen und sich auch einer ständigen Wertediskussion zu stellen. Zu wünschen wäre dabei eine offenere und aktivere Informations- und Kommunikationspolitik der Behörden.
16. Eine ausufernde Kriminalisierung von sozialschädlichen Alltags- und Bagatellsachverhalten kann die Effizienz und Präventivkraft des Strafrechts schwächen. Allerdings darf bei schwerwiegenden Massenphänomenen und qualifiziert sozialschädlichem «Alltagsverhalten» nicht hingenommen werden, dass die allgemeine Rechtstreue durch Verzicht auf strafrechtliche Konsequenzen untergraben wird. Bei Strafnormen, die sich auf keinen breiten Konsens hinsichtlich der Sozialschädlichkeit des inkriminierten Verhaltens stützen können, müssen Korrekturen im Sinne der Entkriminalisierung erfolgen.
17. Bundesgesetzgeber und Bundesgericht nehmen ihre Zuständigkeit zur «strategischen» bzw. «taktischen» Rechtsfortbildung nicht immer konsequent wahr. Gelegentlich schieben sie kriminalpolitische Regungsverantwortung gegenseitig aneinander ab.
18. Auch im Bereich der richterlichen Rechtsanwendung und Rechtsfindung kommt dem gesellschaftlichen Wertewandel sowie der Entwick-

lung der technischen, sozialen, kulturellen und ökonomischen Fakten und Kenntnisse eine «judizbildende Kraft» zu.

19. Unter dem Druck des sozialen Wandels verlässt das Bundesgericht gelegentlich die «sicheren Pfade» richterlicher Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung, indem es, den Gesetzgeber vertretend, zu einer Modernisierung des Strafrechts schreitet. Sogar die kantonale Strafjustiz ist faktisch schon als «Ersatzgesetzgeberin» auf dem Gebiet des Bundesstrafrechts aufgetreten.
20. Diese Phänomene richterlicher «Kriminalpolitik» tangieren die verfassungsmässige Grundordnung. Zwar steht (auch ohne entsprechende Willensäusserung des historischen Gesetzgebers) jedes Gesetz unter einem verfassungsmässigen «Rechtsfortbildungsvorbehalt». Im Bereich der gesetzgeberischen Regelungs- und Revisionskompetenz besteht jedoch grundsätzlich keine «notstandsrechtliche» Zuständigkeit der Strafjustiz.
21. Die Schweiz ist keine kriminalpolitische «Insel». Die internationalen wirtschaftspolitischen Realien üben sogar einen – vor dem Hintergrund der Rechtsgütertheorie – nicht ganz unbedenklichen Einfluss auf die schweizerische Kriminalpolitik aus.
22. Der Mangel an Tiefenschärfe bei der Definition strafrechtlicher Rechtsgüter hat schwerwiegende kriminalpolitische Folgen insbesondere für die Justiz. Die Strafwürdigkeit der Geldwäscherei liegt darin begründet, dass der Geldwäscher schwere Rechtsgutverletzungen des organisierten Verbrechens fördert und dadurch gleichzeitig sozial-schädliche Gefahren für das Ansehen und Funktionieren der betroffenen Volkswirtschaft schafft.
23. Im Bereich des Sexualstrafrechts charakterisiert sich die Kriminalpolitik durch eine gewisse «altväterliche» Neigung, den Träger des geschützten Rechtsgutes auch zu seinem Schaden «schützen» zu wollen. Die Strafwürdigkeit der vom neuen Rassismustatbestand unter Strafe gestellten Verhaltensweisen ist evident.
24. Von einzelnen Abstrichen abgesehen, zeichnet sich die jüngere kriminalpolitische Entwicklung in der Schweiz durch ein Bemühen um konsequenten Rechtsgüterschutz aus. Der Strafgesetzgeber hat sich vor den drängenden kriminalpolitischen Realia nicht verschlossen, sondern sie im wesentlichen erkannt. Die gesetzgeberische Reaktion erfolgte teilweise mit Verspätung, manchmal aber auch überhastet und unpräzise. Erfreulich ist das Bestreben, Straftatbestände ohne erkennbaren Rechtsgüterschutz zurückzudrängen. Auf der anderen Seite lässt sich eine gewisse Tendenz feststellen, die Kriminalpolitik nach kurzlebigen «tagespolitischen» Bedürfnissen und Zweckmässigkeitsvorstellungen auszurichten und dabei Grundprinzipien des Strafrechts und der Rechtsstaatlichkeit zu vernachlässigen.





## Literaturverzeichnis

Weitere Literatur- und Fundstellennachweise finden sich direkt in den Fussnoten.

- ACKERMANN, JÜRG-BEAT: Geldwäscherei – Money Laundering. Eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und der Schweiz, Diss. ZH 1992.
- ALBRECHT, HANS-JÖRG: Präventive Notwendigkeit jugendkriminalrechtlicher Interventionen jenseits von Diversion und Täter-Opfer-Ausgleich, in: Grundfragen des Jugendkriminalrechts und seiner Neuregelung, Bonn 1992, 254 ff.
- ALBRECHT, PETER: Strafgesetze als Hindernis einer vernünftigen Drogenpolitik?, AJP 3 (1994) 565 ff.
- ALBRECHT, PETER: Auf dem Weg zu einer Strafjustiz ohne öffentliche Kontrolle?, in: Geschlossene Gesellschaft, Macht und Ohnmacht der Justizkritik, Zürich 1993, 127 ff.
- AMELUNG, KNUT: Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung, ZStW 92 (1980) 19 ff.
- AMELUNG, KNUT: Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Frankfurt/M. 1972.
- ANCEL, MARC: Directions et directives de politique criminelle dans le mouvement de réforme pénale moderne, in: Festschrift Jescheck, Bd. 2, Berlin 1985, 779 ff.
- ANTOGNAZZA, GIAMPIERO: Wirtschaftsdelikt, organisiertes Verbrechen und ähnliche Tatbestände – Abgrenzung und Probleme ihrer Bekämpfung, in: Festschrift SKG, Bern 1992, 265 ff.
- ARZT, GUNTHER: Das neue Sexualstrafrecht der Schweiz, Kriminalistik 47 (1993) 347 ff.
- ARZT, GUNTHER: Organisierte Kriminalität – Bemerkungen zum Massnahmenpaket des Bundesrates vom 30. Juni 1993, AJP 2 (1993) 1187 ff.
- ARZT, GUNTHER: Beweiserleichterungen bei der Einziehung, recht 11 (1993) 77 ff.
- ARZT, GUNTHER: Sexualdelikte und Strafrechtsreform, ZBJV 119 (1983) 1 ff./514 ff.
- AUBERT, JEAN-FRANÇOIS: L'article sur la discrimination raciale et la Constitution fédérale, AJP 3 (1994) 1079 ff.
- AUER, ANDREAS: La Constitution fédérale, les droits de l'homme et les mesures de contrainte à l'égard des étrangers, AJP 3 (1994) 749 ff.
- Ausschuss der Kommission für Drogenfragen des Kantons Zürich (Hrsg.), Die fürsorgliche Freiheitsentziehung bei Drogenabhängigen, Zeitschrift für Vormundchaftswesen 49 (1994) 2 ff.
- BÄNZIGER, FELIX: Bedenken gegen Strafgesetzrevision, die Stellungnahme der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft zur Totalrevision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafbuch, Kriminalistik 48 (1994) 501 ff.
- BÄNZIGER, FELIX: Das gemässigte Opportunitätsprinzip in der Praxis des Kantons Appenzell A. Rh., ZStrR 99 (1982) 287 ff.
- BAUHOFFER, STEFAN: Reform strafrechtlicher Sanktionen in der Schweiz. Ein kriminalstatistischer Überblick, in: BAUHOFFER/BOLLE (Hrsg.), Reform der strafrechtlichen Sanktionen, Reihe Kriminologie Bd. 12, Zürich 1994, 225 ff.
- BAUHOFFER, STEFAN: Kriminalität von Ausländern in der Schweiz, in: BAUHOFFER/QUELOZ (Hrsg.), Ausländer, Kriminalität und Strafrechtspflege, Reihe Kriminologie 11, Zürich 1993, 75 ff.
- BECK, ULRICH: Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, 8. Aufl., Frankfurt/M. 1991.
- BECKMANN, WOLFGANG: Das Bagatelldelikt und seine Behandlung im Strafbuch der Schweiz, Rechtsvergleichende Untersuchungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Bd. 13, Baden-Baden 1982.
- BERNASCONI, PAOLO: Internationale Anti-Korruptions-Konvention – Entwurf und Kommentar, in: Aspekte des Wirtschaftsrechts, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, Zürich 1994, 423 ff.

- BERNASCONI, PAOLO: Organisierte Kriminalität in der Schweiz. Die Rolle der Schweizer und der Ausländer, in: BAUHOFFER/QUELOZ (Hrsg.), Ausländer, Kriminalität und Strafrechtspflege, Reihe Kriminologie 11, Zürich 1993, 265 ff.
- BERNASCONI, PAOLO: Erscheinungsformen der Geldwäscherei in der Schweiz – Fälle aus der Gerichtspraxis, in: Schweizerischer Anwaltsverband (Hrsg.), Geldwäscherei und Sorgfaltspflicht, Zürich 1991, 7 ff.
- BERNASCONI, PAOLO: Das schweizerische Bankgeheimnis vor neuen Normen gegen die «Geldwäscherei», in: Internationale Steuer-Informationen Nr. 4/1988, 90 ff.
- BERNASCONI, PAOLO: Die Strafbehörden angesichts der Internationalisierung der Wirtschaftskriminalität, ZSR NF 104 (1985) II 339 ff.
- BIERI, HERMANN GOTTLIEB: Nationalökonomie und Strafrecht, in: Festgabe Schultz, ZStrR 94 (1977) 191 ff.
- BIGGER, EDWIN: Fürsorgerische Freiheitsentziehung und strafrechtliche Massnahme bei Suchtkranken aus rechtlicher Sicht, Zeitschrift für Vormundschafswesen 47 (1992) 41 ff.
- BIGLER, BEAT: Probleme des heutigen Massnahmenvollzugs, in: JÖRG SCHUH (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Straf- und Massnahmenvollzugs, Grusch 1987, 163 ff.
- BLATH, REICHARD: Generalpräventive Wirkung des Strafrechts? Anmerkungen aus strafrechtspolitischer Sicht, in: RAISER/VOIGT (Hrsg.), Durchsetzung und Wirkung von Rechtsentscheidungen, Baden-Baden 1990, 101 ff.
- BLOCH, ERNST: Differenzierungen im Begriff Fortschritt, in: Gesamtausgabe Bd. 13, Frankfurt/M. 1977, 120 ff.
- BÖCKLI, PETER: Schweizer Insiderrecht und Banken, Einfluss der EG-Richtlinie von 1989, AJP 2 (1993) 769 ff.
- BÖKER, WOLFGANG/NELLES JOACHIM (Hrsg.), Drogenpolitik wohin? Sachverhalte, Entwicklungen, Lösungsvorschläge, Bern 1991.
- BOERS, KLAUS: Kriminalitätsfurcht, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 76 (1993) 65 ff.
- BOLAND, REED: Abortion Law World-wide: A Survey of Recent Developments, in: Mélanges Jan Stepan, Zürich 1994, 89 ff.
- BRANDT, ADELHEID: Richterliche Unabhängigkeit und Medienkritik, Neue Justiz 1990, 73 ff.
- BRUGHELLI, ROSSELLA: Alternativen zur Freiheitsstrafe, Gemeinnützige Arbeit und Wiedergutmachung, in: K.-L. KUNZ, Die Zukunft der Freiheitsstrafe, Bern 1989, 1 ff.
- BUSER, WALTER: Das Vorverfahren der Gesetzgebung, ZBl 85 (1984) 145 ff., 149 ff.
- CARLEN, LOUIS: Rechtsgeschichte der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1988.
- CASSANI, URSULA: Les représentations illicites du sexe et de la violence, ZStrR 111 (1993) 428 ff.
- CAVIEZEL, BARBARA: Die materiellen Voraussetzungen der fürsorgerischen Freiheitsentziehung, Diss. FR 1988.
- CAVIN, PIERRE: Remarques sur le pouvoir des juges, in: Mélanges Marcel Regamey, Lausanne 1980, 25 ff.
- DARBELLAY, JEAN: La réflexion des philosophes et des juristes sur le droit et le politique, Fribourg 1987.
- DRIENDL, JOHANNES: Wege zur Behandlung der Bagatellkriminalität in Österreich und der Schweiz, ZStW 90 (1978) 1017 ff.
- DÜNKEL, FRIEDER: Das Jugendgerichtsgesetz Deutschlands im internationalen Vergleich, in: Grundfragen des Jugendkriminalrechts und seiner Neuregelung, Bonn 1992, 92 ff.
- DÜNKEL, FRIEDER: Legalbewährung nach sozialtherapeutischer Behandlung, Berlin 1980.
- DUBS, HANS: Zur Diskussion der Strafrechtsreform, in: BAUHOFFER/BOLLE (Hrsg.), Reform der strafrechtlichen Sanktionen, Reihe Kriminologie Bd. 12, Zürich 1994, 13 ff.
- DWORKIN, RONALD: A Matter of Principle, Cambridge, MA, 1985.

- EGLI, JEAN-FRANÇOIS/KURZ OLIVIER: L'entraide judiciaire accordée par la Suisse pour la répression des délits d'initiés: problèmes récents, in: Festschrift A. Koller, Bern 1993, 605 ff.
- EICHENBERGER, KURT: Zur Lage der Rechtsetzung, in: KURT EICHENBERGER et al. (Hrsg.), Grundfragen der Rechtssetzung, Basel 1978, 3 ff.
- EISNER, MANUEL: Gewaltkriminalität und Urbanisierung, Plädoyer 1993/6, 35 ff.
- ELLSCHIED, GÜNTER/HASSEMER WINFRIED: Strafe ohne Vorwurf, Bemerkungen zum Grund strafrechtlicher Haftung, in: LÜDERSSEN/SACK (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten II, Frankfurt/M. 1975, 266 ff.
- FALCONE, GIOVANNI: Die italienische Mafia als «Vorbild» für das internationale organisierte Verbrechen, in: Organisierte Kriminalität in einem Europa durchlässiger Grenzen, BKA Wiesbaden 1991, 25 ff.
- FLEINER, THOMAS: Voraussetzungen für den Erlass «richtiger Normen», in: MANFRED REHBINDER (Hrsg.), Schweizerische Beiträge zur Rechtssoziologie, Berlin 1984, 51 ff.
- FORSTER, MARC: Bedeutung und Funktion des juristischen Zitats, in: Rapports suisses présentés au XIVème Congrès international de droit comparé (Athènes 1994), Zürich 1994, 35 ff.
- FORSTER, MARC: Rechtsfortbildung am Bundesgericht im Spannungsfeld von Kritik und Rezeption, in: Geschlossene Gesellschaft? Macht und Ohnmacht der Justizkritik, Zürich 1993, 137 ff.
- FORSTER, MARC: Die Bedeutung der Kritik an der bundesgerichtlichen Praxis. Elemente einer allgemeinen Rezeptionstheorie unter besonderer Berücksichtigung der Bundesgerichtspraxis zur Verbrechenslehre, St. Galler Beiträge zum öffentlichen Recht Bd. 29, Diss. SG 1992.
- FORSTER, MARC: Positionen der schweizerischen Lehre in der Diskussion um die Straftheorien (Versuch einer Integration), ZStrR 101 (1984) 242 ff.
- FORMOSER, PETER: Insiderstrafrecht, SAG 60 (1988) 122 ff.
- FORMOSER, PETER: Das neue schweizerische Insider-Recht, Hrsg. Bank Vontobel & Co. AG, Zürich 1988.
- FREY, JÖRG M.: Die Kriminalität in Zeiten des Wohlstandes, Diss. ZH 1968.
- FRIEDLI, GEORG: Die gebotene Sorgfalt nach Art. 305<sup>ter</sup> Strafgesetzbuch für Banken, Anwälte und Notare, in: M. PIETH (Hrsg.), Bekämpfung der Geldwäscherei – Modellfall Schweiz?, Basel 1992, 132 ff.
- FRIEDLI, GEORG: Insidergeschäfte: Praktische Erfahrungen in der Rechtshilfe, in: Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht, Bern 1987, 245 ff.
- FROMMEL, MONIKA: Systematische Verzerrungen bei der Umsetzung gesetzlicher Strafdrohungen – dargestellt am Beispiel der bereichsspezifischen Gewaltbegriffe der Strafverfolgungsinstanzen, in: RAISER/VOIGT (Hrsg.), Durchsetzung und Wirkung von Rechtsentscheidungen, Baden-Baden 1990, 121 ff.
- GALBRAITH, JOHN KENNETH: Die moderne Industriegesellschaft, Zürich 1968.
- GALBRAITH, JOHN KENNETH: Gesellschaft im Überfluss, Zürich 1963.
- GARLAND, DAVID: Punishment and Modern Society, Oxford 1990.
- GASSER, PETER: Von der vermuteten Unschuld des Geldes – Die Einziehung von Vermögenswerten krimineller Herkunft, in: M. PIETH (Hrsg.), Bekämpfung der Geldwäscherei – Modellfall Schweiz?, Basel 1992, 157 ff.
- GAUTHIER, JEAN: Les nouvelles peines et la politique criminelle de Carl Stooss, ZStrR 112 (1994) 380 ff.
- GAUTHIER, JEAN: Les peines et les mesures applicables aux délinquants selon leur âge: propositions de révision, in: BAUHOFFER/BOLLE (Hrsg.), Reform der strafrechtlichen Sanktionen, Reihe Kriminologie Bd. 12, Zürich 1994, 71 ff.
- GEIGER, THEODOR: Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 4. Aufl., Berlin 1987.
- GERMANN, OSKAR ADOLF: Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. Aufl., Bern 1967.

- GIGER, JÜRIG: Das neue Strafregisterrecht, ZStrR 111 (1993) 197 ff.
- GIOVANOLI, MARIO: La répression des opérations d'initiés et l'évolution du droit du marché financier en Suisse, in: F. DESSEMONTET (Hrsg.), La répression des opérations d'initiés, Lausanne 1990, 9 ff.
- GRABER, CHRISTOPH K: Geldwäscherei. Ein Kommentar zu Art. 305<sup>bis</sup> und 305<sup>ter</sup> StGB, Diss. BE 1990.
- GRAVEN, PHILIPPE: L'infraction pénale punissable, Bern 1993.
- GROSSEN, JACQUES-MICHEL: L'organisation des travaux préliminaires de législation, in: Probleme der Rechtssetzung, Referate zum Schweizerischen Juristentag 1974, 349 ff.
- HAFTER, ERNST: Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, Berlin 1937.
- HASSEMER, WINFRIED: Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, Zeitschrift für Rechtspolitik 25 (1992) 378 ff.
- HASSEMER, WINFRIED: Legalität und Opportunität im Strafverfahren. Eine Skizze, in: H. OSTENDORF, (Hrsg.), Strafverfolgung und Strafverzicht, Köln u.a. 1992, 529 ff.
- HASSEMER, WINFRIED: Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, in: PHILIPPS/SCHOLLER (Hrsg.), Jenseits des Funktionalismus, Festschrift für Arthur Kaufmann, Heidelberg 1989, 85 ff.
- HASSEMER, WINFRIED: Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, Neue Zeitschrift für Strafrecht 9 (1989) 553 ff.
- HASSEMER, WINFRIED: Theorie und Soziologie des Verbrechens, Frankfurt/M. 1973.
- HAUSER, ROBERT: Die Behandlung der Bagatellkriminalität in der Schweiz, ZStW 92 (1980) 295 ff.
- HEINE, GÜNTER/HUBER BARBARA, in: ESER/HUBER (Hrsg.), Strafrechtsentwicklung in Europa, Freiburg/Br. 1985, 697 ff.
- HELDMANN, PHILIPP: Insidermissbrauch und Rechtsgüterschutz, SJZ 88 (1992) 305 ff.
- HETZER, WOLFGANG: Der Geruch des Geldes – Ziel, Inhalt und Wirkung der Gesetze gegen Geldwäsche, NJW 46 (1993) 3298 ff.
- HIRSCH, HANS JOACHIM: Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland, ZStW 92 (1980) 218 ff.
- HONEGGER, PETER C.: Amerikanische Offenlegungspflichten in Konflikt mit schweizerischen Geheimhaltungspflichten, Diss. ZH 1986.
- HONEGGER, PETER C./FREY MARKUS A.: Sorgfaltspflichten und Geldwäscherei, SJZ 90 (1994) 341 ff.
- HUBER, EUGEN: Die Realien der Gesetzgebung, in: Recht und Rechtsverwirklichung, Basel 1921, 2. Aufl. 1925, 281 ff.
- HUBER, HANS: Der Standort des Richters in der modernen Gesellschaft, in: HANS HUBER, Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Bern 1971, 435 ff.
- HUG, THOMAS: Ausländer als Drogenhändler, am Beispiel der Stadt Zürich, in: BAUHOFFER/QUELOZ (Hrsg.), Ausländer, Kriminalität und Strafrechtspflege, Reihe Kriminologie 11, Zürich 1993, 347 ff.
- HUND, HORST: Von der Repression zur Legalisierung, Strategiewechsel im Betäubungsmittelstrafrecht?, Zeitschrift für Rechtspolitik 26 (1993) 213 ff.
- HURTADO, POZO JOSÉ: Droit Pénal, Partie Générale 1, Fribourg 1991.
- HÜSLER, GEBHARD: Kurzfristige Freiheitsstrafen und Alternativen, Analyse der Sanktionspraxis und Rückfall-Vergleichsuntersuchung, Schweizerische kriminologische Untersuchungen, Bd. 3, Bern 1991.
- JACOT-GUILLARMOD OLIVIER: Le juge suisse face au droit européen, ZSR NF 112 (1993) II 227 ff.
- JACOT-GUILLARMOD OLIVIER: Problèmes de législation pénale révélés par la jurisprudence de Strasbourg: perspective de droit suisse et de droit comparé, Assemblée générale de la Société suisse de droit pénal, Basel 1989 (Maschinenschrift), 26 ff.
- JAKOBS, GÜNTHER: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin 1991.



- JAKOBS, GÜNTHER: Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97 (1985) 751 ff.
- JERMANN, PRISCA: Die Vorgegebenheiten und Randbedingungen der Rechtssetzung, in: KURT EICHENBERGER et al. (Hrsg.), Grundfragen der Rechtssetzung, Basel 1978, 189 ff.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH: Das Strafsystem des Vorentwurfs zur Revision des Allgemeinen Teils des schweizerischen Strafgesetzbuches in rechtsvergleichender Sicht, in: Festschrift Karl Lackner, Berlin 1987, 901 ff.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH: Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Strafrechtsreform, in: Festschrift Bockelmann, München 1979, 133 ff.
- JOSITSCH, DANIEL: Strafrecht gegen Rassendiskriminierung, Rechtsvergleich zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Kolumbien mit Blick auf die Revision des schweizerischen Strafrechts, Diss. SG 1993.
- JUNG, HEIKE: Sanktionensysteme und Menschenrechte, Bern 1992.
- KÄGI-DIENER, REGULA: Persönlichkeitsschutz im Verhältnis von Medien und Justiz, AJP 3 (1994) 1102 ff.
- KAENEL, PETER: Die kriminalpolitische Konzeption von Carl Stooss im Rahmen der geschichtlichen Entwicklung von Kriminalpolitik und Straftheorien, Diss. Bern 1981.
- KAISER, GÜNTHER: Kriminologie, 9. Aufl., Heidelberg 1993.
- KAISER, GÜNTHER: Befinden sich die kriminalrechtlichen Massregeln in der Krise?, Heidelberg 1990.
- KAISER, GÜNTHER: Gewinnabschöpfung als kriminologisches Problem und kriminalpolitische Aufgabe, in: Festschrift Tröndle, Berlin 1989, 685 ff.
- KAISER, GÜNTHER: Neue Wege im schweizerischen Massnahmenvollzug, ZStW 100 (1988) 228 ff.
- KAISER, GÜNTHER: Möglichkeiten der Bekämpfung von Bagatelldelinquenz in der Bundesrepublik Deutschland, ZStW 90 (1978) 877 ff.
- KAUFMANN, ARTHUR: Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit, in: Festschrift für Karl Peters, Tübingen 1974, 295 ff.
- KELLENS, GEORGES: Le projet suisse de réforme des sanctions pénales en perspective internationale, in: BAUHOFFER/BOLLE (Hrsg.), Reform der strafrechtlichen Sanktionen, Reihe Kriminologie Bd. 12, Zürich 1994, 45 ff.
- KELLER, MARTIN: Einflüsse des Bundesgerichtes auf die Bundesgesetzgebung, in: Mélanges A. Grisel, Neuchâtel 1983, 301 ff.
- KERNER, HANS-JÜRGEN/FELTES T.: Medien, Kriminalitätsbild und Öffentlichkeit, in: H. KURY (Hrsg.), Strafvollzug und Öffentlichkeit, Freiburg/Br. 1980, 73 ff.
- KILLIAS, MARTIN: Der Kreuzzug gegen kurze Freiheitsstrafen: Historische Hintergründe, neue Erwartungen – und die verdrängten Folgen, in: BAUHOFFER/BOLLE (Hrsg.), Reform der strafrechtlichen Sanktionen, Reihe Kriminologie Bd. 12, Zürich 1994, 111 ff.
- KILLIAS, MARTIN: Précis de criminologie, Bern 1991.
- KILLIAS, MARTIN: Les suisses face au crime, Grösch 1989.
- KILLIAS, MARTIN: Muss Strafe sein? Überlegungen zur Funktion von Sanktionen aus sozialpsychologischer Sicht, ZStrR 97 (1980) 31 ff.
- KILLIAS, MARTIN/REHBINDER MANFRED: «Sexualdelikte und Strafrechtsreform»: Sind die Reformer irrational?, ZBJV 119 (1983) 291 ff.
- KINDHÄUSER, URS: Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz, in: KLAUS LÜDERSSEN u.a. (Hrsg.), Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, Frankfurt/M. 1990, 29 ff.
- KIRCHHEIMER, OTTO: Politische Justiz. Verwendung juristischer Verfahrensmöglichkeiten zu politischen Zwecken, Frankfurt/M. 1985.
- KISTLER, MARLÈNE: La vigilance requise en matière d'opérations financières, Etude de l'article 305<sup>ter</sup> du Code pénal suisse, Diss. Lausanne 1994.
- KLEY-STRULLER ANNA: Wiedergutmachung im Strafrecht, Diss. BS 1992.
- KLÖTI, ULRICH (Hrsg.): Handbuch Politisches System der Schweiz, Bd. 2, Basel 1984.

- KLÖTI, ULRICH/SCHNEIDER, GERALD: Die Informationsbeschaffung des Gesetzgebers, Grösch 1989.
- KNIESEL, MICHAEL: Drogenpolitik und Strafrecht, Anmerkungen zur Diskussion um neue Wege bei der Bekämpfung der Drogenkriminalität, *Kriminalistik* 47 (1993) 287 ff.
- KOLLER, ARNOLD: Der Kampf ums Recht als Aufgabe des Juristen, *SJZ* 90 (1994) 109 ff.
- KOLLER, ARNOLD: Die Zukunft des schweizerischen Strafrechts, *ZStrR* 109 (1992) 338 ff.
- KREUZER, ARTHUR: Jugend, Drogen, Kriminalität, 3. Aufl., Neuwied 1987.
- KRÜPELMANN, JUSTUS: Die Bagatelldelikte, Berlin 1966.
- KUHN, ANDRÉ: Les effets probables de certaines mesures proposées par le projet de révision de la partie générale du CPS, in: BAUHOFFER/BOLLE (Hrsg.), Reform der strafrechtlichen Sanktionen, Reihe Kriminologie Bd. 12, Zürich 1994, 87 ff.
- KUNZ, KARL-LUDWIG: Kriminologie, Eine Grundlegung, Bern 1994.
- KUNZ, KARL-LUDWIG: Alternative Sanctions in Switzerland, a Comparative Overview, in: Rapports suisses présentés au XIVème Congrès international de droit comparé, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Bd. 24, Zürich 1994, 75 ff.
- KUNZ, KARL-LUDWIG: Neuer Straftatbestand gegen Rassendiskriminierung, Bemerkungen zur bundesrätlichen Botschaft, *ZStrR* 109 (1992) 154 ff.
- KUNZ, KARL-LUDWIG: Die Zukunft der Freiheitsstrafe, Kriminologische und rechtsvergleichende Perspektiven, Schweizerische kriminologische Untersuchungen Bd. 2, Bern 1989.
- KUNZ, KARL-LUDWIG: Ausländerkriminalität in der Schweiz – Umfang, Struktur und Erklärungsversuch, *ZStrR* 106 (1989) 373 ff.
- KUNZ, KARL-LUDWIG: Leitlinien der Strafrechtsreform im Sanktionenbereich, recht 1988, 61 ff.
- KUNZ, KARL-LUDWIG: Die kurzfristige Freiheitsstrafe und die Möglichkeit ihres Ersatzes, *ZStrR* 103 (1986) 182 ff., 192 ff.
- KUNZ, KARL-LUDWIG: Das strafrechtliche Bagatellprinzip. Eine strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Untersuchung, Schriften zum Strafrecht, Bd. 57, Berlin 1984.
- KUNZ, KARL-LUDWIG: Die Verbrechensfurcht als Gegenstand der Kriminologie und als Faktor der Kriminalpolitik, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 66 (1983) 162 ff.
- LAMBROPOULOU, EFFI: Umwandlung der Freiheitsstrafe als kriminalpolitisches Modell?, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 76 (1993) 91 ff.
- LAMNEK, SIEGFRIED: Kriminalberichterstattung in den Massenmedien als Problem, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 73 (1990) 163 ff.
- LASCOURMES, PIERRE/SANSONETTI, RICCARDO: Les intérêts protégés par la nouvelle loi fédérale sur les opérations d'initiés (art. 161 CPS), *SJZ* 84 (1988) 221 ff.
- LEWISCH, PETER: Verfassung und Strafrecht, Habil. Wien 1993.
- LINDER, WOLF: Politische Entscheidung und Gesetzesvollzug in der Schweiz, Bern 1987.
- LOCHER, JAKOB: Landesbericht Schweiz, in: ESER/KOCH (Hrsg.), Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, Teil 1 Europa, Baden-Baden 1988, 1483 ff.
- LOOS, FRITZ: Zur Kritik des «Alternativentwurfs Wiedergutmachung», *Zeitschrift für Rechtspolitik* 26 (1993) 51 ff.
- LUDWIG, RALF/NEUMEYER, JÜRGEN (Hrsg.): Die narkotisierte Gesellschaft? Neue Wege in der Drogenpolitik und akzeptierende Drogenarbeit, Marburg 1991.
- MAIER, THOMAS: Die Bedeutung von Zwangsmassnahmen für die Rehabilitation von Drogenabhängigen, Sozialpsychiatrischer Dienst der Universität Zürich, Diss. ZH 1994.
- MARCUSE, HERBERT: Der eindimensionale Mensch, Studien zur Ideologie der fortgeschrittenen Industriegesellschaft, 6. Aufl., Neuwied 1967.
- MARX, MICHAEL: Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut», Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, Köln 1972.

- MAURER, THOMAS: Die neuen Strafen, ZStrR 112 (1994) 388 ff.
- MEIER, KARL: Kooperation von Legislative und Exekutive bei der Rechtssetzung im Bunde, Basel 1979.
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR: Strategische und taktische Aspekte der Fortbildung des Rechts, Juristen Zeitung 1981, 417 ff.
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR: Der Richter als Gesetzgeber, in: Festschrift Max Guldener, Zürich 1973, 189 ff.
- MEYER, JÜRGEN (Hrsg.): Betäubungsmittelstrafrecht in Westeuropa, Freiburg/Br. 1987.
- MOOS, REINHARD: «Tatenausgleich» statt Strafe in Österreich, ZStrR 111 (1993) 56 ff.
- MORAND, CHARLES-ALBERT: L'obligation d'évaluer les effets des lois, in: Evaluation législative et lois expérimentales, Crans 1992, 79 ff.
- MOSER, RUPERT: Migration und Fremdenfeindlichkeit, in: WALTER KÄLIN/RUPERT MOSER (Hrsg.), Migrationen aus der Dritten Welt, 3. Aufl., Bern 1993, 189 ff.
- MÜLLER, PETER: Die neue Strafbestimmung gegen Rassendiskriminierung – Zensur im Namen der Menschenwürde? ZBJV 130 (1994) 241 ff.
- MÜLLER, PETER: Organisiertes Verbrechen – Gegenstrategien des Gesetzgebers, AJP 2 (1993) 1180 ff.
- MÜLLER, PETER-ALEXANDER: Gedanken zur richterlichen Rechtsbildung und Rechtsfortbildung, in: Mélanges Robert Patry, Lausanne 1988, 377 ff.
- MÜNCH, INGO VON: Rechtskultur, NJW 46 (1993) 1673 ff.
- NAUCKE, WOLFGANG: Entwicklungen der allgemeinen Politik und der Zusammenhang dieser Politik mit der Reform des Strafrechts in der Bundesrepublik Deutschland, in: W. HASSEMER (Hrsg.), Strafrechtspolitik, Frankfurt 1987, 15 ff.
- NAUCKE, WOLFGANG: Über deklaratorische, scheinbare und wirkliche Entkriminalisierung, in: Goldammer's Archiv 1984, 199 ff.
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER: Ultima Ratio, Über Rechtsgüter und das Verhältnis von Strafrecht und Zivilrecht bezüglich der sogenannt «subsidiären oder sekundären Natur» des Strafrechts, ZStrR 111 (1993) 236 ff.
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER: Kriminalität von Ausländern, kriminologische Erklärungsansätze und ihre Aussagekraft, in: BAUHOFFER/QUELOZ (Hrsg.), Ausländer, Kriminalität und Strafrechtspflege, Reihe Kriminologie 11, Zürich 1993, 119 ff.
- NOLL, PETER: Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Zürich 1981.
- NOLL, PETER: Symbolische Gesetzgebung, ZSR 100 (1981) I 347 ff.
- NOLL, PETER: Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung, ZStW 92 (1980) 73 ff.
- NOLL, PETER: Gesetzgebungslehre, Reinbek 1973.
- NOLL, PETER: Die ethische Begründung der Strafe, Tübingen 1962.
- NOLL, PETER/TRECHSEL STEFAN: Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3. Aufl., Zürich 1990 (4. Aufl. 1994: s. TRECHSEL/NOLL).
- OLSEN, RICHARD: Interaction between Law and Society, Diss. ZH 1983, 32 ff.
- OSTENDORF, HERIBERT: Mit Strafrecht lassen sich soziale Probleme nicht lösen, Neue Kriminalpolitik 2 (1993) 26 ff.
- OTTO, HARRO: Rechtsgutbegriff und Deliktstatbestand, in: MÜLLER-DIETZ (Hrsg.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, Köln 1971, 1 ff.
- PETER, CHRISTOPH: Aspekte der Insiderstrafnorm, Diss. ZH 1991.
- PIETH, MARK: Die Aufspürung illegaler Gewinne, Bekämpfung der Geldwäsche im internationalen Vergleich, Kriminalistik 48 (1994) 442 ff.
- PIETH, MARK: Zur Einführung: Geldwäscherei und ihre Bekämpfung in der Schweiz, in: M. PIETH (Hrsg.), Bekämpfung der Geldwäscherei – Modellfall Schweiz?, Basel 1992, 1 ff.
- POLAKIEWICZ, JÖRG: Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 112, Berlin 1993.

- PROBST, THOMAS: Die Änderung der Rechtsprechung, Eine rechtsvergleichende, methodologische Untersuchung zum Phänomen der höchstrichterlichen Rechtsprechungsänderung in der Schweiz (civil law) und den Vereinigten Staaten (common law), Diss. SG 1992, Schriftenreihe des Instituts für internationales Recht und internationale Beziehungen der Universität Basel, Bd. 56, Basel 1993.
- QUELOZ, NICOLAS: Etrangers et criminalité: entre craintes, préjugés et réalités, in: BAUHOFFER/QUELOZ (Hrsg.), Ausländer, Kriminalität und Strafrechtspflege, Reihe Kriminologie 11, Zürich 1993, 13 ff.
- RAPP, JEAN-MARC: Recent Developments in U.S. Insider Trading Prohibition and Swiss Secrecy Laws: Towards a Definitive Reconciliation?, *International Tax and Business Lawyer* 5 (1987/88) 1 ff.
- RASELLI, NICCOLÒ: Geldstrafe versus kurze Freiheitsstrafe?, *Kriminologisches Bulletin* Nr. 1/1994, 70 ff.
- RASELLI, NICCOLÒ: Die neuen Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht im Lichte von Verfassung und Menschenrechten, *Asyl* 9 (1994/4) 79 ff.
- REHBERG, JÖRG: Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, Jugendstrafrecht, 6. Aufl., Zürich 1994.
- REHBERG, JÖRG: Strafrecht I, Verbrechenslehre, 5. Aufl., Zürich 1993.
- REHBERG, JÖRG: Das revidierte Sexualstrafrecht, *AJP* 2 (1993) 16 ff.
- REHBERG, JÖRG: Neue Wege im schweizerischen Strafvollzug, *ZStW* 100 (1988) 207 ff.
- REUBAND, KARL-HEINZ: Objektive und subjektive Bedrohung durch Kriminalität, Ein Vergleich der Kriminalitätsfurcht in der BRD und den USA 1965-1990, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 32 (1992) 341 ff.
- REUBAND, KARL-HEINZ: Die Kriminalitätsfurcht der Bundesbürger 1965-1987, Veränderungen unter dem Einfluss sich wandelnder Geschlechterrollen, *Zeitschrift für Soziologie* 18 (1989) 470 ff.
- RHINOW, RENÉ A.: Rechtsetzung und Methodik, Basel 1979.
- RHINOW, RENÉ A.: Zum Verhältnis von Rechtssetzung und Rechtsanwendung, in: KURT EICHENBERGER et al. (Hrsg.), *Grundfragen der Rechtssetzung*, Basel 1978, 95 ff.
- RIKLIN, FRANZ: Die Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft (SKG) und die Strafrechtsreform – Ein kritischer Kommentar, *ZStrR* 112 (1994) 432 ff.
- RIKLIN, FRANZ: Neue Sanktionen und ihre Stellung im Sanktionensystem, in: BAUHOFFER/BOLLE (Hrsg.), *Reform der strafrechtlichen Sanktionen*, Reihe Kriminologie Bd. 12, Zürich 1994, 143 ff.
- RIKLIN, FRANZ: Geldstrafe versus kurze Freiheitsstrafe? Kritische Bemerkungen zum Aufsatz von Niccolò Raselli im *Kriminologischen Bulletin* Nr. 1/1994, *Kriminologisches Bulletin* Nr. 2/1994, 81 ff.
- RIKLIN, FRANZ: Vorverurteilungen durch die Medien, *recht* 1991, 65 ff.
- RIKLIN, FRANZ: Gemeinnützige Arbeit statt Freiheitsstrafe?, in: *Festgabe Rötheli*, Solothurn 1990, 511 ff.
- RIKLIN, FRANZ: Verkehrsdelinquenz und Sanktionensystem, in: JÖRG SCHUH (Hrsg.), *Verkehrsdelinquenz/délinquance routière*, Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie, Grösch 1989, 75 ff.
- RIKLIN, FRANZ: Die Diskussion um die kurzen Freiheitsstrafen und die Alternativen im europäischen Ausland, *Der Strafvollzug in der Schweiz* 3 (1985) 122 ff.
- ROELLECKE, GERD: Höchstrichterliche Rechtsprechung – politisch betrachtet, *Deutsche Richterzeitung* 61 (1983) 258 ff.
- RÖSSNER, DIETER: Strafrechtsfolgen ohne Übelszufügung? Zur Reform der Sanktionen ohne Freiheitsentzug, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 12 (1992) 409 ff.
- ROTH, ROBERT: Le principe de l'opportunité de la poursuite, *ZSR NF* 108 (1989) II 169 ff.
- ROXIN, CLAUDIUS: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, München 1992; 2. Aufl., München 1994.

- ROXIN, CLAUS: Die Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionensystem, in: Festschrift für P. Lerche, München 1993, 301 ff.
- ROXIN, CLAUS: Zur Wiedergutmachung als einer «dritten Spur» im Sanktionensystem, in: Festschrift für J. Baumann, Bielefeld 1992, 243 ff.
- ROXIN, CLAUS: Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, in: Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin 1973.
- RUCH, ALEXANDER: Sachkunde und Entscheidungskompetenz in der Rechtssetzung, in: KURT EICHENBERGER et al. (Hrsg.), Grundfragen der Rechtssetzung, Basel 1978, 205 ff.
- RUDOLPHI, HANS-JOACHIM: Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, in: Festschrift Honig, Göttingen 1970.
- RÜTHERS, BERND: Wir denken die Rechtsbegriffe um...: Weltanschauung als Auslegungsprinzip, Osnabrück 1987.
- RUSCA, MICHELE: La destinée de la politique criminelle de Carl Stooss, Diss. Fribourg 1981.
- RUTZ, MAGDALENA: Einige Überlegungen zum Verhältnis zwischen Strafrecht und Politik, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1973, Basel 1973, 189 ff.
- RYAN, MICK: The Politics of Penal Reform, New York 1983.
- SALADIN, PETER: Das Recht der Natur in unserer Kultur, Bottmingen 1991.
- SALADIN, PETER/ZENGER CHRISTOPH A.: Rechte künftiger Generationen, Basel 1988.
- SANSONETTI, RICCARDO: La lutte contre le blanchiment de capitaux en droit suisse, AJP 3 (1994) 1273 ff.
- SCHINDLER, DIETRICH: Recht und Ambiance, in: Verfassungsrecht und soziale Struktur, Zürich 1932, 92 ff.
- SCHLUEP, WALTER R.: Die Beziehungen zwischen der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung der Gesellschaft und der Entwicklung des Rechts, in: Recueil de travaux suisses présentés au VIIIe Congrès international de droit comparé, Basel 1970, 41 ff.
- SCHMIDHÄUSER, EBERHARD: Vom Sinn der Strafe, Göttingen 1971.
- SCHMID, NIKLAUS: Computer- sowie Check- und Kreditkarten-Kriminalität. Ein Kommentar zu den neuen Straftatbeständen des schweizerischen Strafgesetzbuches, Zürich 1994.
- SCHMID, NIKLAUS: Insiderdelikte und Geldwäscherei: neuere und künftige Aspekte aus der Sicht der Banken, in: Aktuelle Probleme im Bankrecht, Berner Tage für die juristische Praxis 1993, 189 ff.
- SCHMID, NIKLAUS: Schweizerisches Insiderstrafrecht, Bern 1988.
- SCHMID, PIERRE: L'entraide judiciaire, in: F. DESSEMONTET (Hrsg.), La répression des opérations d'initiés, Lausanne 1990, 109 ff.
- SCHMIDT, EBERHARD: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Göttingen 1983.
- SCHNELL, BEAT: Teilweise quer in der Landschaft, Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Kriminalistik 48 (1994) 283 ff.
- SCHÖCH, HEINZ: Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug? Gutachten zum 59. Deutschen Juristentag 1992, München 1992, 20 ff.
- SCHUBARTH, MARTIN: «Kriminalitätsbekämpfung» durch Vermeidung kriminogener Gesetze und kriminogener Rechtsprechung, in: Festschrift SKG, ZStrR 110 (1992) 68 ff.
- SCHUBARTH, MARTIN: Zur richterlichen Rechtsfortbildung, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 3 (1988) 86 ff.
- SCHUBARTH, MARTIN: Insidermissbrauch – Zur Funktion und zum Hintergrund eines neuen Straftatbestandes, in: Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich 1984, 303 ff.
- SCHUBARTH, MARTIN: Das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung im Wirtschaftsstrafrecht, ZStW 92 (1980) 80 ff.
- SCHÜLER-SPRINGORUM, HORST: Kriminalpolitik für Menschen, Frankfurt/M. 1991.
- SCHÜRMANN, LEO: Zur Gesetzgebungspolitik von Bund und Kantonen, in: Festgabe Rötheli, Solothurn 1990, 105 ff.



- SCHÜTZ, HANNES: Homosexualität im Schweizer Strafrecht von 1942, die Entstehung des Homosexualitäts-Artikels im Schweizer Strafrecht 1894-1942 im zeitgenössischen Umfeld von Sitte, Moral und Gesellschaft, 2. Aufl., Bern 1984.
- SCHULTZ, HANS: Wege des Strafrechts, ZBJV 130 (1994) 313 ff.
- SCHULTZ, HANS: 50 Jahre Schweizerisches Strafgesetzbuch, ZStrR 109 (1992) 13 ff.
- SCHULTZ, HANS: Die Lehre von den kriminalrechtlichen Sanktionen der Schweiz, ZStrR 108 (1991) 92 ff.
- SCHULTZ, HANS: Wiedergutmachung im Schweizer Strafrecht, in: ESER/KAISER/MADLENER (Hrsg.), Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht, Freiburg 1990, 219 ff.
- SCHULTZ, HANS: Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches «Einführung und Anwendung des Gesetzes» des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Bern 1987.
- SCHULTZ, HANS: Krise der Kriminalpolitik?, in: Festschrift Jescheck, Bd. 2, Berlin 1985, 791 ff.
- SCHULTZ, HANS: Gesetzgebung als Aufgabe der Rechtswissenschaft in der Schweiz, in: Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich 1984, 157 ff.
- SCHULTZ, HANS: Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, Bände 1/2, 4. Aufl., Bern 1982.
- SCHULTZ, HANS: Abschied vom Strafrecht?, ZStW 92 (1980) 611 ff.
- SCHULTZ, HANS: Von der dreifachen Bedeutung der Dunkelziffer, in: Festschrift für Henkel, Berlin 1974, 239 ff.
- SCHULZE-FIELTZ, HELMUTH: Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung – besonders des 9. Deutschen Bundestages (1980-1983), Berlin 1988.
- SCHWANDER, VITAL: Das Schweizerische Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Zürich 1964.
- SCHWARZENEGGER, CHRISTIAN: Die Einstellungen der Bevölkerung zur Kriminalität und Verbrechenskontrolle, Diss. ZH 1992.
- SCHWEIZER, RAINER J.: Die schweizerischen Gerichte und das europäische Recht, ZSR NF 112 (1993) II 577 ff.
- Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft, Vernehmlassung zur Totalrevision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches, ZStrR 112 (1994) 354 ff.
- SCHWENTER, JEAN-MARC: Cinquante ans de sursis: et demain?, Festschrift SKG, ZStrR 110 (1992) 284 ff.
- SINA, PETER: Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut», Basel 1962.
- SOLLBERGER, JÜRIG: Das Opportunitätsprinzip im Strafrecht. Ein tauglicher Versuch zur Bewältigung des Bagatelldelikts?, ZSR NF 108 (1989) II 1 ff.
- SPESCHA, MARC: Rechtsbruch und sozialer Wandel, Diss. ZH, Berlin 1988.
- SPIERENBURG, PIETER: The Spectacle of Suffering, Cambridge 1984.
- SPIRIG, EUGEN: Fürsorgerische Freiheitsentziehung und Drogensucht im Kanton Zürich, SJZ 90 (1994) 321 ff.
- SPÜHLER, KARL: Aus der Praxis des Bundesgerichtes zur fürsorgerischen Freiheitsentziehung, ZBl 95 (1994) 212 ff.
- SPÜHLER, KARL: Gericht und Medien – Erfahrungen, ZBJV 130 (1994) 550 ff.
- SPÜHLER, KARL: Der Richter und die Politik. Die Wahlart der Richter und ihre Unabhängigkeit gegenüber politischen Gewalten, ZBJV 130 (1994) 28 ff.
- SPÜHLER, KARL: Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit durch die Massenmedien, SJZ 86 (1990) 349 ff.
- STAMM, LUZI: Revision des Vermögensstrafrechts, Strafgesetzbuch als legislatorische «Grossbaustelle», Der Schweizer Treuhänder 67 (1993) 521 ff.
- STETTNER, MARTIN: Les enjeux de la révision du droit pénal des mineurs. Un essai de synthèse, in: BAUHOFFER/BOLLE (Hrsg.), Reform der strafrechtlichen Sanktionen, Reihe Kriminologie Bd. 12, Zürich 1994, 391 ff.
- STETTNER, MARTIN: La révision du droit pénal des mineurs, in: Aktuelle Probleme der Kriminalitätsbekämpfung, Festschrift SKG, ZStrR 110 (1992) 331 ff.

- STETTLER, MARTIN: Die Grundzüge des Vorentwurfs für ein Bundesgesetz über die strafrechtliche Stellung von Kindern und Jugendlichen, ZStrR 105 (1988) 138 ff.
- STOOS, CARL: Die ethischen und sozialen Grundlagen des Strafrechts, ZStrR 7 (1894) 269 ff.
- STORZ, RENATE: Gewaltkriminalität in der Schweiz, in: *Bewährungshilfe, Fachzeitschrift für Bewährungs-, Gerichts- und Straffälligenhilfe* 1991/1, 22 ff.
- STRATENWERTH, GÜNTER: Gesellschaftliche Sicherheit und Strafrechtsreform, *Plädoyer* 1994 Nr. 3, 24 ff.
- STRATENWERTH, GÜNTER: Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 4. Aufl., Bern 1993; 5. Aufl., Bern 1995.
- STRATENWERTH, GÜNTER: Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?, ZStW 105 (1993) 679 ff.
- STRATENWERTH, GÜNTER: Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft, Basel 1993.
- STRATENWERTH, GÜNTER: Geldwäscherei – ein Lehrstück der Gesetzgebung, in: M. PIETH (Hrsg.), *Bekämpfung der Geldwäscherei – Modellfall Schweiz?*, Basel 1992, 97 ff.
- STRATENWERTH, GÜNTER: Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I und II, Teilrevisionen 1987 bis 1990, Bern 1990.
- STRATENWERTH, GÜNTER: Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, Bern 1989.
- STRATENWERTH, GÜNTER: Zur Rechtfertigung freiheitsbeschränkender sichernder Massnahmen, ZStrR 105 (1988) 105 ff.
- STRATENWERTH, GÜNTER: Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, Bern 1982.
- STRATENWERTH, GÜNTER: Technisches und kritisches Rechtsdenken, SJZ 76 (1980) 373 ff.
- STRAUSS, ROLAND: das Verbot der Rassendiskriminierung, Völkerrecht, internationales Übereinkommen und schweizerische Rechtsordnung, Zürich 1991.
- STREBEL, FELIX: Insidervergehen und Banken, Diss. ZH 1990.
- SUHR BRUNNER, CHRISTIANA: Fürsorgerischer Freiheitsentzug und Suchterkrankungen, insbesondere Drogensucht, Diss. ZH 1994.
- SZABO, DENIS: Crime et justice en l'an 2000, *Revue internationale de criminologie* 44 (1991) 279 ff.
- THOMMEN, DIETER: Die Behandlung Drogenabhängiger, Diss. BS 1984.
- TRAULSEN, MONIKA: Die Kriminalität der Asylbewerber, *Kriminalistik* 47 (1993) 443 ff.
- TRECHSEL, STEFAN: Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, *AJP* 3 (1994) 43 ff.
- TRECHSEL, STEFAN: Fragen zum neuen Sexualstrafrecht, *ZBJV* 129 (1993) 575 ff.
- TRECHSEL, STEFAN: Schweizerisches Strafgesetzbuch, *Kurzkomentar*, Zürich 1989.
- TRECHSEL, STEFAN: Der Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Schweiz, ZStW 100 (1988) 667 ff./682 ff.
- TRECHSEL, STEFAN: Das unbewusste Motiv im Strafrecht, *Bemerkungen zur tiefenpsychologischen Strafrechtskritik*, ZStW 93 (1981) 397 ff.
- TRECHSEL, STEFAN: Die Entwicklung der Mittel und Methoden des Strafrechts, ZStrR 90 (1974) 271 ff.
- TRECHSEL, STEFAN/NOLL, PETER: Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., Zürich 1994.
- UDVARI, LUCIA: Die strafrechtliche Regelung des Schwangerschaftsabbruchs in der Schweiz, in: § 218, *Dimensionen einer Reform*, Heidelberg 1983, 115 ff.
- USTER, HANSPETER: Der Ruf der Öffentlichkeit nach mehr Strafrecht, in: *Geschlossene Gesellschaft? Macht und Ohnmacht der Justizkritik*, Zürich 1993, 177 ff.
- VEST, HANS: «Organisierte Kriminalität» – Überlegungen zur kriminalpolitischen Instrumentalisierung eines Begriffs, ZStrR 112 (1994) 121 ff.
- WEGE, JOACHIM: Positives Recht und sozialer Wandel im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, Berlin 1977.

- WEISS, IRMA: Die Einziehung in der Schweiz liegender Vermögen aus ausländischem Drogenhandel, ZStrR 102 (1985) 192 ff.
- VON WEIZSÄCKER, CARL F.: Wege in der Gefahr, Eine Studie über Wirtschaft, Gesellschaft und Kriegsverhütung, München 1976.
- WILDHABER, LUZIUS: Gedanken zur Rassendiskriminierung, Rechtsgleichheit und Drittwirkung im schweizerischen Recht, ZBl 72 (1971) 465 ff.
- WIPRÄCHTIGER, HANS: Das Massnahmenrecht der Expertenkommission – Verbesserte Hilfe für die Täter und verbesserter Schutz für die Allgemeinheit, ZStrR 112 (1994) 405 ff.
- WIPRÄCHTIGER, HANS/ZÜND, ANDREAS: Kriminalitätsexport? a) durch strafrechtliche Landesverweisung; b) durch fremdenpolizeiliche Aus- und Wegweisung, in: BAUHOFFER/QUELOZ (Hrsg.), Ausländer, Kriminalität und Strafrechtspflege, Reihe Kriminologie 11, Zürich 1993, 399 ff.
- WOLF, JEAN-CLAUDE: Verhütung oder Vergeltung? Einführung in ethische Straftheorien, Freiburg/Br. 1992.
- WYSS, EVA: Kriminalitätsberichterstattung und ihre Wirkung auf öffentliche Meinung und Kriminalpolitik, in: BAUHOFFER/BOLLE (Hrsg.), Reform der strafrechtlichen Sanktionen, Reihe Kriminologie Bd. 12, Zürich 1994, 291 ff.
- ZIPF, HEINZ: Kriminalpolitik, 2. Aufl., Heidelberg 1980.
- ZUBERBÜHLER, DANIEL: Banken als Hilfspolizisten zur Verhinderung der Geldwäscherei? – Sicht eines Bankaufsehers, in: M. PIETH (Hrsg.), Bekämpfung der Geldwäscherei – Modellfall Schweiz?, Basel 1992, 29 ff.
- ZÜND, ANDRÉ: Geldwäscherei, Motive – Formen – Abwehr, Der Schweizerische Treuhänder 1990, 403 ff.
- ZÜND, ANDREAS: Der Dualismus von strafrechtlicher Landesverweisung und fremdenpolizeilichen Massnahmen, ZBJV 129 (1993) 73 ff.