Anna Coninx

Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe

Grundprobleme der freiheitsentziehenden Massnahmen nach schweizerischem Strafgesetzbuch – Analyse, Kritik, Lösungsvorschläge

Stämpfli Verlag

Nomos

Die Autorin dieser Habilitationsschrift setzt sich vertieft mit den freiheitsentziehenden Massnahmen nach schweizerischem Strafgesetzbuch auseinander, stellt diese in einen historischen Kontext und führt die weit verzweigte Forschung erstmals umfassend in einer Monografie zusammen. Dabei legt sie einen besonderen Fokus auf den Problemkomplex der Kriminalprognose, wobei konkrete forensisch-psychiatrische Gutachten vor dem Hintergrund des Forschungsstandes kritisch analysiert werden. Weitere Schwerpunkte bilden die Zweispurigkeit des Sanktionenrechts, das Kriterium der schweren psychischen Störung, das unbestimmte Ende der Sanktion, grundlegende Beschuldigtenrechte und der Sachverständigenbeweis. Aufbauend auf diesen Erkenntnissen beantwortet die Autorin die grundsätzliche Frage der Legitimation der freiheitsentziehenden Massnahmen in einem grösseren rechtsphilosophischen Zusammenhang.

Anna Coninx
Prof. Dr. MJur (Oxford)

Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe

Grundprobleme der freiheitsentziehenden Massnahmen nach schweizerischem Strafgesetzbuch – Analyse, Kritik, Lösungsvorschläge

Stämpfli Verlag

Nomos

Habilitationsschrift der Universität Luzern.

Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Jede Form der Weitergabe an Dritte (entgeltlich oder unentgeltlich) ist untersagt. Die Datei enthält ein verstecktes Wasserzeichen, in dem die Daten des Downloads hinterlegt sind.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden
Print ISBN 978-3-7560-0818-6

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2023
www.staempfliverlag.com

E-Book ISBN 978-3-7272-2692-2

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

Print ISBN 978-3-7272-2456-0

Meiner Familie

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

Vorwort

Zwei Erfahrungen haben meine Forschung und die Arbeit an der vorliegenden Habilitationsschrift ganz besonders geprägt: Zum einen mein Studium an der Universität Oxford nach meinem Doktorat, das mir eine andere, kritische Perspektive auf das Strafrecht, das Strafprozessrecht und die forensische Psychiatrie und Psychologie ermöglicht hat. Zum anderen die Möglichkeit, mich als Rechtswissenschafterin intensiv mit prognostischen, forensisch-psychiatrischen Gutachten und weiteren Stellungnahmen von Psychiatern und Psychologen auseinanderzusetzen.

Ich bedanke mich an dieser Stelle sehr herzlich bei den betroffenen ehemaligen und gegenwärtigen Massnahmenhäftlingen, die bereit waren, mir ihre Akten zur Verfügung zu stellen, und mir dadurch neue und sehr bedeutende Einsichten in die Begutachtungspraxis ermöglicht haben. Es ist überaus wichtig, dass entsprechende Unterlagen auch künftig der rechtswissenschaftlichen Forschung zugänglich gemacht werden. Ebenso möchte ich den Anwälten Dr. Stephan Bernard und Rafael Studer herzlich danken, die mir die Kontakte zu ihren Klienten vermittelt und die nötigen Unterlagen besorgt haben und mit denen ich mich über verschiedene Aspekte des Massnahmenrechts hervorragend austauschen konnte.

Zu Dank bin ich sodann einer Reihe von Kolleginnen und Kollegen verpflichtet, von deren Gedanken, kritischem Nachfragen und Widerspruch ich im Rahmen von Workshops, Tagungen und Gesprächen in vielerlei Hinsicht profitiert habe. Dies gilt ganz besonders für die drei Gutachter Prof. Dr. Jürg-Beat Ackermann, Prof. Dr. Andreas Eicker und Prof. Dr. Gunhild Godenzi. Sie alle haben mich mit viel Engagement wissenschaftlich begleitet und vielgestaltig fachlich und persönlich unterstützt. Herzlich bedanken möchte ich mich auch bei Prof. Dr. Marc Graf und bei Dr. Thierry Urwyler, die in verschiedenen Gesprächen meine Ausführungen zu den Kriminalprognosen kritisch reflektiert haben. Ein grosser Dank gebührt sodann Prof. Dr. Karl-Ludwig Kunz und Prof. Dr. Lucia Zedner, die mich während meiner Zeit an den Universitäten Bern und Oxford und darüber hinaus in meiner akademischen Karriere begleitet haben.

Meine Assistierenden Kimena Brog und Tim Meier haben mich bei der Recherche tatkräftig unterstützt, meine studentischen Hilfskräfte Lorena Gisler und Quirin Wick waren äusserst engagiert um die Formalien besorgt. Ein so umfangreiches Werk braucht sodann akribische Sorgfalt beim Korrekturlesen, was Dr. Nora Scheidegger, Sven Schleifer und Sophie Schmid mit viel sprachlichem Geschick und juristischem Sachverstand übernommen haben. Urs Remund hat die Druckfassung final auf Fehler kontrolliert. Sie alle haben eine unschätzbare Arbeit geleistet. Mit Ass-Prof. Dr. Stefan Maeder und Prof. Dr. Christopher Geth

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

konnte ich mich über die Eigenheiten des Habilitierens austauschen und im Rahmen von Vorlesungen produktiv zusammenarbeiten. Ihnen allen sei an dieser Stelle von Herzen gedankt.

Mein grösster Dank gilt meinem geliebten Ehemann, Prof. Dr. Martino Mona. Sein enormes Wissen im Strafrecht und in der Rechtsphilosophie, gepaart mit seiner Originalität und seiner unübertroffenen Fähigkeit, äusserst komplexe Gedankengänge unbeirrt und kohärent zu Ende zu denken, machen ihn zu einem unschätzbaren Gegenüber. Nicht nur hat er das gesamte Manuskript unermüdlich kommentiert und mir unzählige Hinweise gegeben, auch hat er mir zu Hause über Jahre den Rücken freigehalten und mich hartnäckig davon überzeugt, dass sich ein Ordinariat und eine Familie sehr gut vereinbaren lassen. Ihm und unseren Kindern sei das Buch gewidmet, in inniger Dankbarkeit und Liebe.

Die vorliegende Habilitationsschrift wurde im Mai 2022 zur Begutachtung eingereicht. Stand der Literatur und Rechtsprechung entspricht diesem Datum.

Es versteht sich von selbst, dass verbleibende Irrtümer und Unklarheiten allein mir zuzuschreiben sind.

Bern, im Herbst 2023 Anna Coninx

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

Inhaltsverzeichnis

Vorwort VII

Einleitung 1

I. Das Strafparadigma der Gegenwart 1

II. Der Untersuchungsgegenstand vor dem Hintergrund des gegenwärtigen Strafparadigmas 7
1. Die freiheitsentziehenden Massnahmen nach Art. 59 ff. und Art. 64 StGB 7
2. Problemaufriss, Forschungsstand und Fragestellung 9
2.1 Problemaufriss 9
2.2 Fragestellung vor dem Hintergrund des Forschungsstandes 13
3. Methodische Aspekte 17

III. Der Gang der Untersuchung 19

Erster Teil: Wurzeln des strafrechtlichen Massnahmenrechts 27

I. Prävention als Steuerungskonzept im Strafrecht 27
1. Prävention als konkurrenzlose Zielbestimmung des Strafrechts 27
2. Die «kopernikanische Wende der Rechtswissenschaft» 29
3. Die Dominanz des präventiven Denkens in der schweizerischen Strafrechtswissenschaft 34
4. Die Erforschung der Kriminalitätsursachen 36

II. Die List des Marburger Programms 41
1. Ein einflussreiches kriminal- und wissenschaftspolitisches Leitbild 41
2. Der Streit der Präventionisten 45
3. Die vermittelnde Position von Franz Von Liszt 48
4. Strafrecht und spezialpräventive Verbrechensbekämpfung 51

III. Die weitreichende Erfindung der Zweispurigkeit 58
1. Diversifizierung statt Abschaffung des Schuldstrafrechts 58
2. Die zahnlose Kritik der Gegner der Zweckstrafe 62

IV. Zusammenfassung und Fazit 66

Zweiter Teil: Die freiheitsentziehenden Massnahmen und ihre gesetzlichen Vorläufer 71

I. Der Gedankengang 71

II. Gesetzliche Grundzüge und Bedeutung 72
1. Dichotomie von Verwahrung und stationärer Massnahme 72
2. Grundzüge der Anordnungs- und Entlassungsvoraussetzungen 75
2.1 Die stationären Massnahmen nach Art. 59 ff. StGB 75
2.2 Die Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB 80
3. Die Bedeutung der freiheitsentziehenden Massnahmen im geltenden Recht ... 84

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

III. Vorläufer und Entwicklungsschritte der heutigen gesetzlichen Konzeption ... 87
1. Die freiheitsentziehenden Massnahmen im Strafgesetzbuch von 1942 ... 87
1.1 Hybrides Recht ... 88
1.2 Die Versorgung und Verwahrung von psychisch kranken Straftätern ... 91
1.3 Die Bekämpfung des Gewohnheitsverbrechertums ... 93
2. Die Revision von 1971 ... 95
2.1 Das allmähliche Verschwinden des Gewohnheitsverbrechers ... 95
2.2 «Geisteszustand» statt «Zurechnungsfähigkeit» ... 98
3. Der lange Weg der Neukonzeption des Massnahmenrechts in der Revision von 2007 ... 102
3.1 Die Vorentwürfe von Hans Schultz ... 103
3.2 Die Haltung der Expertenkommission ... 106
3.2.1 Vom Gewohnheitsverbrecher zum hochgefährlichen Straftäter ... 106
3.2.2 Die psychisch kranken Straftäter ... 107
3.3 Kritik der Arbeitsgruppe der forensischen Psychiatrie der deutschsprachigen Schweiz ... 112
3.4 Die weiteren Gesetzgebungsarbeiten ... 113
3.4.1 Die stationäre Massnahme nach Art. 59 StGB ... 113
3.4.2 Die Verwahrung nach Art. 64 StGB ... 118
3.4.3 Anhaltende Kritik am Verwahrungstatbestand ... 122
3.5 Zwischen Erprobung und Sicherung ... 123
3.5.1 Die Zurückweisung des Erprobungsgedankens ... 124
3.5.2 Die lebenslängliche Verwahrung ... 129
4. Zusammenfassung und Fazit ... 133

IV. Die andere Seite: Die Entwicklung der spezialpräventiven Schuldstrafe ... 139
1. Umfassende spezialpräventive Teilungstaktiken ... 139
2. Wesentliche Etappen der Milderung der Schuldstrafe ... 140
3. Prävention statt Vergeltung ... 143
4. Die bedingte Strafe als spezialpräventive Teilungstaktik ... 146
4.1 Die Rechtsnatur der bedingten Strafe ... 146
4.2 Die Bedeutung der bedingten Strafe ... 147
4.3 Der Anwendungsbereich und die Ausgestaltung der bedingten Strafe ... 149
4.3.1 Die bedingte Strafe in den Entwürfen von Stooss ... 150
4.3.2 Die bedingte Strafe im Strafgesetzbuch von 1942 und 1971 ... 152
4.3.3 Die bedingte Strafe im Vorentwurf von Schultz und in den folgenden Gesetzgebungsarbeiten ... 154
4.3.4 Die Einführung der teilbedingten Strafe ... 157
4.3.5 Die Nachbesserungen von 2006 ... 158
4.3.6 Die Nachbesserungen von 2018 ... 159
4.3.7 Zusammenfassende Würdigung ... 162

V. Zusammenfassung und Gesamtfazit ... 164

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

Dritter Teil: Individualrechtliche Grundprobleme der freiheitsentziehenden Massnahmen 169

I. Gedankengang vor dem Hintergrund der vorangehenden Untersuchung 169

II. Zweispurigkeiten und Rechtfertigungsprogramm 173
1. Zweispurigkeit aus individualrechtlicher Perspektive 173
2. Die Antwort des EGMR: Die Engel-Doktrin 174
2.1 Anti-Subversion-Doctrine 174
2.2 M. vs. Germany und Folgeentscheide 178
2.3 Medizinisch-therapeutische Unterbringung zwecks Gefahrenabwehr 181
2.4 Weshalb die Engel-Doktrin zu kurz greift 190
3. Zweispurigkeit innerhalb der Zweispurigkeit 194
3.1 Problemstellung 194
3.2 Behandlung oder Sicherung? 195
3.3 Die Rechtfertigungsfigur des «wohlverstandenen Interesses» 199
3.4 Behandlung und Eingriffsschwere 202
3.5 Stationäre Massnahme als Freiheitsentzug 205
3.5.1 Freiheitsentzug mit Behandlung 205
3.5.2 Offene Vollzugsformen der stationären Massnahme als Freiheitsentzug nach Art. 5 EMRK? 207
3.6 Folgen für die Rechtfertigung der stationären Massnahme 209
3.7 Folgen für die Voraussetzungen der Anordnung von stationärer Massnahme und Verwahrung 213
4. Zusammenfassung und Fazit 216

III. Die schwere psychische Störung als Eingangsvoraussetzung 223
1. Psychische Störung als Rechtsbegriff 224
2. Die Suche nach dem rechtlichen Gehalt der schweren psychischen Störung 225
3. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts 231
4. FOTRES als Fundament der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung 236
5. Die Kritik der Strafrechtslehre 241
5.1 Problematische Gesetzesauslegung des Bundesgerichts 242
5.2 Das ausufernde Konzept des behandelbaren Risikozustandes 242
5.3 Folgeprobleme und Friktionen mit anderen Instituten 244
6. Die Kritik aus Kreisen der forensischen Psychiatrie 246
6.1 Richtungsstreit: Diagnose statt Gefährlichkeit 246
6.2 «Therapierbarkeit, ein irrelevanter Faktor» 249
7. Würdigung und Fazit 251
7.1 Fehlende individualrechtliche Perspektive in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung 251
7.2 Unzureichende Kritik von Seiten der forensischen Psychiater 254
7.3 Hemmung eines konsequenten Präventionsprinzips durch systemfremde Elemente? 257

IV. Die Kriminalprognose 261
1. Erkenntnisinteresse und Gedankengang 261
2. Grundprobleme der kriminalprognostischen Methodologie 262
2.1 Wunsch und Wirklichkeit 262

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

2.2 Forschungsstand und Diskussion betreffend die Grenzen der Prognostizierbarkeit ... 264
2.2.1 Von der Kriminalprognose zum Risikomanagement? ... 264
2.2.2 Prognoseinstrumente zur Einschätzung der Rückfallwahrscheinlichkeit ... 268
2.2.3 «Im Einzelfall unzulänglich, aber unverzichtbar» ... 269
2.2.4 Methodologische Probleme und Qualitätsprobleme der Kriminalprognostik ... 277
2.2.5 Das Problem der false positives ... 286
2.3 Kognitive Verzerrungen ... 296
2.3.1 Kahnemans Modell der zwei Denksysteme ... 297
2.3.2 Das Bedürfnis nach einer einfachen, kohärenten Geschichte ... 299
2.3.3 Repräsentationsheuristik und logischer Fehler ... 301
2.3.4 Ankerung und Bestätigungsfehler ... 309
2.3.5 Rückschaufehler und Ergebnisfehler ... 311
2.3.6 Kompetenzillusion und fehlende Falsifikationsmöglichkeit ... 314
2.4 Zwischenfazit ... 316
3. Zur Kriminalprognose nach Art. 59 und Art. 64 StGB ... 318
3.1 Übersicht über die gesetzlich vorgegebenen Elemente der Kriminalprognose ... 318
3.2 Zum schwierigen Zusammenhang zwischen psychischer Störung und Delinquenz ... 320
3.3 Der Fall des Herrn Z. ... 323
3.4 Bundesgerichtliche Vorgaben zur Kriminalprognose ... 331
3.4.1 Ausbildung des Sachverständigen ... 331
3.4.2 Methodenfreiheit, standardisierte Prognoseverfahren und clinical override ... 333
3.4.3 Begründungen statt Punktewerte ... 337
3.5 Rückfallrisiko und Wahrscheinlichkeitsformeln ... 339
3.6 Zwischenfazit ... 343
4. Fallstudie zu Herrn G. ... 345
4.1 Prozessgeschichte ... 345
4.2 Deutungshoheit der forensischen Psychologie und Psychiatrie ... 349
4.3 Psychiatrisches Narrativ ohne gerichtliche Kontrolle ... 354
4.3.1 Begründungslücken bei der schweren psychischen Störung ... 354
4.3.2 Unkritischer Umgang der Juristen mit dem forensisch-psychiatrischen Narrativ ... 361
4.3.3 Sprachliche Ungereimtheiten mit rechtlichen Folgen ... 364
4.4 «Der Therapeut an deiner Seite» ... 366
4.5 Risikoeinschätzung anhand standardisierter Prognoseinstrumente ... 370
4.5.1 Der PCL-R-Test des Herrn G. ... 374
4.5.2 Diskussion der forensisch-psychiatrischen Punktevergabe und ihre Begründung ... 380
4.6 Wahrscheinlichkeiten und Risikokommunikation ... 389
4.7 Zwischenfazit ... 391
5. Zusammenfassung und Gesamtfazit ... 393

V. Das unbestimmte Ende der Sanktion ... 397
1. Durchlässigkeit und Wechselhaftigkeit ... 397
2. Umwandlung versus nachträgliche Anordnung ... 405

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

3. Entscheid über die Dauer der Massnahme 410
3.1 Hohe Hürden der Entlassung aus der Verwahrung und der stationären Massnahme 410
3.2 Die Zahnlosigkeit des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit im Massnahmenkontext 416
3.3 Das Problem der Therapieverweigerung 421
4. Die nachträgliche Anordnung von Massnahmen gemäss Art. 65 StGB 425
4.1 Die nachträgliche Anordnung der Verwahrung 426
4.1.1 Gesetzliche Ausgangslage 426
4.1.2 Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes 428
4.1.2.1 Restriktiv, aber Ausnahmen möglich 430
4.1.2.2 Verwahrung war kein Thema im Ausgangsverfahren 432
4.1.2.3 Neue Analysemethoden als neue Beweismittel 436
4.1.3 Die EGMR-Entscheidung W. A. vs. Switzerland 438
4.1.3.1 Fehlende Anknüpfung an das Schuldurteil 439
4.1.3.2 Verstoss gegen das Rückwirkungsverbot 443
4.2 Die nachträgliche Anordnung der stationären Massnahme 445
4.2.1 Gesetzliche Ausgangslage 445
4.2.2 Die EGMR-Entscheidung Kadusic vs. Switzerland 447
4.2.3 Die herrschende Meinung in der Strafrechtslehre 448
4.2.4 Die Haltung des Bundesgerichtes 449
4.3 Zusammenfassung und Würdigung 452
5. Zusammenfassung und Fazit 455

Vierter Teil: Freiheitsentziehende Massnahmen und grundlegende Beschuldigtenrechte 461

I. Erkenntnisinteresse und Gedankengang 461

II. Kriminalprognose im Konflikt mit grundlegenden strafprozessualen Garantien 461
1. Die vielfältige Verpflichtung zur Mitwirkung 461
2. Kriminalprognose und Unschuldsvermutung 467
2.1 Psychiatrischer Befund vor Feststellung der Tatbegehung 467
2.2 Die Zweiteilung der Hauptverhandlung 472
2.3 Kriminalprognosen und die In-dubio-Regel 476
2.3.1 Zweifelssatz und Rechtsfragen 477
2.3.2 Zweifelssatz und gutachterliches Tatsachenfundament 478

III. Der Sachverständigenbeweis und das Recht auf ein faires Verfahren 483
1. Die gesetzliche Ausgangslage 483
2. Die prozessdogmatische Konzeption des Sachverständigenbeweises 485
2.1 Freie Beweiswürdigung und das Paradox des Sachverständigenbeweises im inquisitorischen Verfahren 490
2.2 Beschuldigtenrechte und Sachverständigenbeweis im inquisitorischen Verfahren 494

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

2.3 Das Problem der zweifelhaften und falschen Prämissen 498
2.3.1 Die zweifelhafte Unparteilichkeit des Experten 499
2.3.1.1 Die Wahl und Mandatierung des Sachverständigen durch die Behörden 499
2.3.1.2 Die Gefahr der Beeinflussung durch vorangehende Gutachten 502
2.3.2 Fehlende Objektivität und Verlässlichkeit von Kriminalprognosen 504
2.3.2.1 Grundlegende wissenschaftstheoretische Überlegungen 504
2.3.2.2 Der Fall des Herrn D. 513
2.3.2.3 Die forensisch-psychiatrische Diagnose und Prognose als etwas Argumentatives 520
3. Die Notwendigkeit von *checks and balances* bei der forensisch-psychiatrischen Sachverständigenbegutachtung 523
3.1 Stärkung der Unparteilichkeit des amtlichen forensisch-psychiatrischen Sachverständigen 524
3.2 Adversatorische Elemente bei der forensisch-psychiatrischen Sachverständigenbegutachtung 525
3.2.1 Mitwirkungsrechte der Verteidigung 526
3.2.2 Recht auf Konfrontation mit dem amtlichen forensisch-psychiatrischen Sachverständigen 528
3.2.3 Modelle einer kontradiktorischen Sachverständigenbegutachtung 532
3.2.3.1 Doppelbegutachtung 534
3.2.3.2 Stärkung der Rolle des Privatgutachters 535
3.2.3.3 Kontradiktorische Parteigutachte nach Massgabe des adversatorischen Verfahrens 541
IV. Zusammenfassung und Fazit 544

Fünfter Teil: Freiheitsentziehende Massnahmen als Problem der Verteilungsgerechtigkeit – Schuldstrafe als Alternative 551
I. Erkenntnisinteresse und Gedankengang 551
II. Der individualrechtliche Gehalt der In-dubio-Regel 552
III. Utilitaristisches Nutzenkalkül und Gerechtigkeitsproblem 556
1. Das «Sicherheitsventil» 556
2. Die Vorstellung von fremden Rechten 560
IV. Überprüfung der freiheitsentziehenden Massnahmen nach Massgabe der Gerechtigkeit 563
1. Die Notwendigkeit des Perspektivenwechsels 563
2. Wesentliche Elemente der Methode 563
3. Konkretisierung der Methode mit Blick auf das Massnahmenrecht 567

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

4. Überlegungen hinter dem Schleier des Nichtwissens 569
4.1 Anordnungsvoraussetzungen mit Blick auf die Schwere der freiheitsentziehenden Massnahme 569
4.2 Die Suche nach Alternativen: Primat der Schuldstrafe 574
4.3 Freiheitsentziehende Massnahmen nur für schuldunfähige Straftäter ... 575
4.4 Präventiv orientierter Sanktionenvollzug 581

V. Vergeltende Schuldstrafe als Alternative zum Massnahmenregime 585
1. Die Verdrängung der Idee der gerechten Strafe 585
2. Nachhaltige Diffamierung des Vergeltungsgedankens 589
3. Bedeutung und Wert der vergeltenden Strafe 592
3.1 Gerechtigkeitsintuitionen und Vergeltung 592
3.2 Die limitierende Wirkung von Vergeltung auf die Sanktionierung 595
3.3 Vergeltung als friedensstiftender Ausgleich 599
4. Die Notwendigkeit einer Debatte über die gerechte Strafe 605

VI. Zusammenfassung und Fazit 613

Schlussbetrachtung 619

I. Kontextualisierung der Legitimitätsfrage 620

II. Vier fundamentale individualrechtliche Probleme 622

III. Recht auf ein faires Verfahren und Sachverständigenbeweis 2.0. 632

IV. Die Legitimitätsfrage und eine mögliche Alternative 634

Abkürzungsverzeichnis 639

Literaturverzeichnis 643

Materialienverzeichnis 679

Unveröffentlichte Akten 683

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

Einleitung

I. Das Strafparadigma der Gegenwart

Strafrechtliche Eingriffe werden heute damit gerechtfertigt und politisch vermittelt, dass sie Verbrechensprävention leisten.[1] Dem Strafrecht kommt die Aufgabe zu, die Verletzung und die Gefährdung von Rechtsgütern zu verhindern.[2] Dieses Zweckdenken im Strafrecht wird üblicherweise als Präventionsdenken bezeichnet.[3] Prävention ist heute eine der wichtigsten Strategien staatlichen und privaten Handelns. Sie lässt sich allgemeiner definieren als das Bestreben, die Eintrittswahrscheinlichkeit von unerwünschten Ereignissen zu verringern.[4]

Während der Präventionsgedanke als mittelbare strafrechtliche Zielbestimmung bzw. als Hoffnung der Strafjustiz unbestritten ist, ist Prävention keine taugliche Antwort auf die unmittelbare Legitimation der Strafe.[5] Einerseits steht eine präventiv begründete Strafe vor der offensichtlichen Schwierigkeit, dass mit einem Mittel Verbrechensprävention geleistet werden soll, das aus konzeptionellen Gründen nur sehr begrenzt dazu geeignet ist. Eine Bestrafung setzt voraus, dass die Rechtsgutsverletzung bereits eingetreten ist; sie kommt also zur unmittelbaren Verhinderung der konkreten Straftat zwingend zu spät und kann deshalb die versprochene Kriminalitätsbekämpfung höchstens mittelbar leisten.[6] Dies kommt im «Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechtes» von ARNO PLACK zum Ausdruck, der sich dazu wie folgt äusserte: «Es ist ein falscher Perfektionismus, der die Gefährlichkeit eines Mitmenschen nur und erst so sicher feststellen möchte, wie sie aus einer Untat hervorspringt.»[7] Andererseits ist jedoch auch der Referenzpunkt der Schuld zur Bemessung der Art und des Umfangs der Strafe nicht geeignet, um wirksame Verbrechensbekämpfung zu betreiben; die präventive Bestrafungsnotwendigkeit kann in ei-

1 Vgl. HASSEMER 2006a, S. 269: «Das Paradigma der Prävention hat sich in Strafrecht und Kriminalpolitik nahezu vollständig etabliert und konkurrierende Modelle der Kennzeichnung und Rechtfertigung des Strafrechts in Theorie und Praxis aus dem Feld geschlagen.»

2 Vgl. BRUNHÖBER 2014, S. 3 ff.; STRATENWERTH 2011, § 3 Rn. 6; DONATSCH/TAG 2013, § 1 Ziff. 3; vgl. auch Bericht Experten VE 1993, S. 33.

3 Vgl. VORMBAUM 2019, S. 736.

4 Vgl. SINGELNSTEIN 2014, S. 41 ff.; CHALKIADAKI 2015, S. 16 ff.; LEGNARO 2014, S. 19 ff.

5 Vgl. HASSEMER 2006a, S. 272.

6 Vgl. WOHLERS 2000, S. 215; vgl. auch FRISCH 1982, S. 584 f.

7 PLACK 1974, S. 389.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

nem Fall weit über das Mass der Schuld hinausgehen, im anderen Fall kann sie dagegen dahinter zurückfallen. So kann es unter präventiven Gesichtspunkten notwendig sein, einen Straftäter[8] wesentlich länger wegzusperren, als dies eine schuldangemessene Bestrafung erlauben würde. Oder es zeigt sich umgekehrt, dass ein Straftäter überhaupt nicht bestraft werden muss, weil er weder gebessert, abgeschreckt noch gesichert werden muss.

Die Entwicklung des strafrechtlichen Sanktionenrechts, des materiellen Strafrechts und des Strafprozessrechts kann vor allem ab Ende des 19. Jahrhunderts bis in die Gegenwart in diesem Spannungsverhältnis der Zweckerreichung – Verbrechensprävention – mit einem nur begrenzt tauglichen Mittel – Strafrecht und Strafe – begriffen werden. Weil erst bestraft wird, wenn es zu spät ist, das Strafziel der Verbrechensprävention also nie direkt erreicht werden kann, der Präventionsgedanke im Strafrecht aber dennoch übermächtig geworden ist, drängt er das Sanktionenrecht, das materielle Strafrecht und schliesslich auch das Strafprozessrecht immer mehr an seine Ränder. Dies hat zur Folge, dass immer früher bzw. umfassender sanktionierend interveniert wird. Und weil die präventive Zielbestimmung der Verhinderung von Kriminalität auf künftige Ereignisse ausgerichtet ist, deren Eintritt von Natur aus spekulativ ist, ist es – anders als in einem retrospektiven Strafrecht – sehr viel schwieriger, normative Schranken zu bestimmen. Die einzige in sich stimmige Schranke wird durch den präventiven Erfolg einer sanktionierenden Intervention gesetzt; man geht mit präventiven Bemühungen grundsätzlich so weit, bis sie wirken.

Auch im schweizerischen Strafrecht kann ein deutlicher Siegeszug des Präventionsdogmas beobachtet werden. Besonders eindrücklich zeigt sich die beinahe uneingeschränkte Dominanz des Präventionsdenkens im Sanktionenrecht. Mit Inkrafttreten des ersten eidgenössischen Strafgesetzbuches im Jahr 1942 wurde mit dem zweispurigen Sanktionensystem die Grundlage geschaffen, um auch jenseits des Repertoires der zeitlich befristeten Schuldstrafe Menschen zu sichern und zu therapieren.[9] In dieses präventive «Überlaufbecken» mit äusserst vielfältigen Massnahmen wurden all diejenigen Straftäter umgelenkt, die sonst das gesamthaft auf Effizienz getrimmte Kriminaljustizsystem überlastet hätten.[10] Der Gesetzgeber hat mit Inkrafttreten des ersten eidgenössischen Straf-

8 Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in dieser Untersuchung bei Personenbezeichnungen und personenbezogenen Hauptwörtern nur die männliche Form verwendet. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der Gleichbehandlung grundsätzlich für alle Geschlechter. Die verkürzte Sprachform hat nur redaktionelle Gründe und beinhaltet keine Wertung.

9 Vgl. U. GERMANN 2006, S. 200 ff.; CONINX 2016a, S. 170 f.

10 P.-A. ALBRECHT 1986, S. 70.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

gesetzbuches allerdings nicht nur die Möglichkeit geschaffen, mittels strafrechtlicher Massnahmen weit über die schuldangemessene Bestrafung hinauszugehen und drakonische Sanktionen zu verhängen. Ebenso hat er mit der bedingten Strafe ein Instrument vorgesehen, um bei der Mehrheit der Straftäter mit Blick auf das tatsächlich auferlegte Übel systematisch unter dem Mass der schuldangemessenen Bestrafung bleiben zu können. Die bedingte Strafe fügt sich ideologisch perfekt in das dem Massnahmenrecht zugrunde liegende Konzept der Spezialprävention ein. Sanktioniert werden soll nach Massgabe dessen, was nötig ist, um einen konkreten Straftäter von weiterer Delinquenz abzuhalten.

Das spezialpräventiv ausgerichtete Sanktionenrecht wurde nach Inkrafttreten des ersten eidgenössischen Strafgesetzbuches konsequent ausgebaut. Im Jahr 1971 wurde die Grenze des bedingten Vollzugs von Freiheitsstrafen von 12 auf 18 Monate erhöht; mit der Revision von 2007 wurde der Bereich sodann nochmals ausgedehnt und auf 24 Monate angehoben. Parallel dazu wurde das Massnahmenrecht verschiedentlich revidiert und den sich wandelnden Vorstellungen von Straftat und Straftäter angepasst. Dies schlug sich in neuen Begrifflichkeiten und Institutionen nieder: Aus der «Trinkeranstalt» wurde die «Suchtbehandlung», aus dem «Arbeitshaus» die «Massnahme für junge Erwachsene», aus der «Verwahrung für geistig Abnorme» die «stationäre Massnahme». An der grundsätzlichen Idee von strafrechtlichen Massnahmen jenseits der Schuldstrafe, bei denen aus spezialpräventiven Gründen der Sicherung oder Besserung grundlegende rechtsstaatliche Prinzipien des Schuldstrafrechts umgangen werden,[11] änderte sich aber nichts. Mit der Revision von 2007 verschärfte das Parlament das Massnahmenrecht schliesslich an verschiedenen zentralen Stellen ein weiteres Mal.

Während lange Zeit fast ausschliesslich über die Eingangsvoraussetzungen der Massnahmen debattiert wurde, beschäftigte man sich nun zunehmend auch mit dem Ende der Massnahme, und damit, wer – wenn überhaupt – wieder aus einer Massnahme entlassen werden sollte.[12] Entlassungen aus der Verwahrung und der stationären Massnahme sind heute sehr viel restriktiver als noch im ausgehenden 20. Jahrhundert, was sich nicht zuletzt im stetig zunehmenden Bestand im Massnahmenvollzug zeigt.[13] Derzeit ist ein weiteres «Massnahmenpaket» im Gesetzgebungsprozess, das eine (vorbehaltene) Verwahrung und stationäre Massnahme für ehemals jugendliche Straftäter vorsieht.[14] In jüngerer Zeit wurden zudem die Massnahmen der strafrechtlichen Landesverweisung nach einer

11 Vgl. STOOSS 1905, S. 2.
12 Vgl. U. GERMANN 2018, S. 12.
13 Vgl. nur WEBER 2020b.
14 Vgl. Bericht Massnahmenpaket Sanktionenvollzug 2020.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

kurzzeitigen Abschaffung wiedereingeführt. Auch gab es deutliche Verschärfungen im Bereich von Tätigkeits- und Kontaktverboten.[15] Und schliesslich gewannen Massnahmen im Nebenstrafrecht erheblich an Gewicht, beispielhaft genannt sei der Führerausweisentzug.[16]

Auch im materiellen Strafrecht wird insbesondere seit den 1990er Jahren der strafrechtliche Wirkungskreis bis an die äussersten Ränder des Zulässigen – und manchmal auch darüber hinaus – ausgedehnt, um Delikte frühzeitig und umfassend zu verhindern, indem Vorverlagerungstatbestände, Gefährdungsdelikte und Organisationstatbestände geschaffen wurden.[17] Am deutlichsten zeigt sich dies gegenwärtig im Bereich der Terrorismusbekämpfung: Die Strafbarkeit wird zunehmend ins Vorfeld des eigentlichen terroristischen Anschlages verlagert, um möglichst wirksam bereits vor jeglicher Rechtsgutsverletzung sanktionierend eingreifen zu können. Während frühere Übereinkommen zum Ziel hatten, den terroristischen Akt als solchen zu verhindern, soll es heute darum gehen, Verhaltensweisen unter Strafe zu stellen, «die zwar keine Terrorakte darstellen, die jedoch über das Potential verfügen, terroristische Haupttaten herbeizuführen oder zu erleichtern».[18] So kann unter Umständen bereits das (versuchte) Antreten eines Fluges mit der Absicht, weiter in Regionen des «Islamischen Staats» zu reisen, als strafbare Handlung nach Art. 260^{sexies} Abs. 1 lit. c StGB (vormals Art. 2 Al-Qaïda/IS-Gesetz[19]) angesehen werden.[20]

Diese Vorverlagerung im materiellen Strafrecht geht Hand in Hand mit erweiterten Zugriffsmöglichkeiten im Strafprozessrecht: So verliert die Anknüpfung an die Tat in Form des dringenden Tatverdachts in einem Präventionsstrafrecht, das eine sehr weitreichende und frühzeitige Zurechnung ermöglicht, an einschränkender Kraft.[21] Ebenso hat auch die Idee, mittels Strafprozessrecht Kriminalitätsbekämpfung betreiben zu können, an selbständiger Bedeutung gewonnen.[22] Strafprozessuale Zwangsmassnahmen werden nicht mehr nur eingesetzt, um begangene Straftaten in einem möglichst fairen und effizienten Verfahren aufzuklären, sondern auch, um unmittelbar Verbrechen zu bekämpfen, etwa durch die

15 Vgl. Botschaft StGB, BBl 2016, S. 6127; vgl. die Diskussion im Ständerat am 18. September 2017, Amtliches Bulletin SR 2017, S. 629.

16 Vgl. CONINX 2014b, S. 183 ff.

17 Grundlegend WOHLERS 2000; vgl. auch BRUNHÖBER 2014; EICKER 2010, S. 25 ff., 37 ff., 47.

18 Botschaft Terrorismus Strafrecht, BBl 2018, S. 6434 f.; vgl. dazu CONINX 2021, S. 190.

19 Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen vom 12. Dezember 2014, SR 122 (in Kraft bis am 31. Dezember 2022).

20 Vgl. BGer 6B_948/2016 vom 22. Februar 2017; vgl. dazu EICKER 2017, S. 351 ff.

21 Vgl. ACKERMANN 2007, S. 324 f.

22 Vgl. CONINX/MONA 2017, S. 1; P. ALBRECHT 2018, S. 62.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

stetige Ausdehnung der strafprozessualen Haftmöglichkeiten im Rahmen der Wiederholungs- und Ausführungsgefahr gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 StPO. Auch die Zwangsmassnahme der DNA-Analyse dient längst nicht mehr nur dazu, Beweise im Hinblick auf die Aufklärung eines bestehenden Tatverdachts zu sammeln. Vielmehr soll damit auch eine raschere und wirksamere Strafverfolgung im Hinblick auf künftige Delikte ermöglicht werden.[23] Auch zeigen sich aus Effizienzgründen im Strafprozessrecht ebenso wie im materiellen Strafrecht Teilungstaktiken: Der klassische strafrechtliche Zugriff mittels Anklage, Hauptverhandlung, Urteil und Sanktion wurde auf wenige schwere Straftaten bzw. gefährliche Straftäter beschränkt. Demgegenüber ergeht die grosse Masse der Strafurteile heute im Strafbefehlsverfahren, wo der kommunikative Akt zwischen Strafverfolgungsbehörde und der beschuldigten Person auf ein Minimum reduziert wurde; zwischen 2014 und 2020 waren es durchschnittlich 92 Prozent aller Verurteilungen für ein Verbrechen oder Vergehen,[24] die in weniger als 2 Prozent der Fälle der beschuldigten Person persönlich ausgehändigt wurden.[25]

Allerdings stossen auch das präventiv ausgerichtete Strafrecht und das Strafprozessrecht an Grenzen. Die Strafe ist an sich kaum geeignet, Gefahren zu bekämpfen. Oftmals wird bei Vorfeldtatbeständen nämlich nur ein vergleichsweise geringfügiges Unrecht verwirklicht, und die Strafe fällt entsprechend relativ geringfügig aus.[26] Auch ist das Strafprozessrecht nur begrenzt geeignet, Kriminalitätsbekämpfung zu leisten, insofern ein Strafverfahren überhaupt nur bei einem Anfangsverdacht eröffnet werden darf.[27] Ein solcher Anfangsverdacht hat zwar in einem präventiv ausgerichteten Strafprozessrecht an Bedeutung verloren,[28] bildet aber immerhin noch eine gewisse Schranke vor blosser Verdachtsausforschung. Eingriffsintensive Zwangsmassnahmen wie beispielsweise Haft oder ihre Ersatzmassnahmen sind überdies an das Vorliegen eines dringenden Tatverdachts geknüpft.[29] Ebenso setzt das Beweisrecht gewisse Schranken, insofern gerade bei den neuen Terrorismustatbeständen des Art. 260^{sexies} StGB

---

23 Vgl. BGE 145 IV 263, E. 3.3.; vgl. BGer Urteile 1B_381/2020, 1B_13/2019 und 1B_14/2019 je vom 12. März 2019 jeweils E. 2.1.; BGer 1B_274/2017 vom 6. März 2018, E. 2.1.; BGer 1B_244/2017 vom 7. August 2017, E. 2.1.

24 Vgl. MATTMANN ET AL. 2021, S. 253 m. w. H.

25 Vgl. MATTMANN ET AL. 2021, S. 253.

26 Vgl. für das Beispiel der Terrorismusbekämpfung CONINX 2021, S. 188.

27 Vgl. ACKERMANN 2007, S. 324.

28 Vgl. P. ALBRECHT 2018, S. 63 ff.

29 Vgl. ZIMMERLIN, ZH StPO-Komm., Art. 197 Rn. 11; WEBER, BSK StPO-II, Art. 197 Rn. 8; SCHMID/JOSITSCH, PK-StPO, Art. 197 Rn. 4; VIREDAZ/JOHNER, CR CPP, Art. 197 Rn. 5; EICKER ET AL. 2020, S. 142; eine Ausnahme hiervon stellt die Haft wegen Ausführungsgefahr i. S. v. Art. 221 Abs. 2 StPO dar; vgl. dazu CONINX 2016c, S. 385; P. ALBRECHT 2018, S. 68.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

Verhaltensweisen wie beispielsweise eine sog. «Jihadreise» kriminalisiert werden, deren Strafwürdigkeit sich erst durch eine bestimmte Intention ergibt, die gemäss den strafrechtlichen Beweisregeln nachgewiesen werden muss.[30]

Angesichts des Gesagten wie auch der Tatsache, dass politisch ein Bedürfnis nach präventiven Überwachungs- und Sicherungsmöglichkeiten sowohl wahrgenommen als auch geschaffen und reproduziert wird, wurde begonnen, parallel zum Straf- und Strafprozessrecht Instrumente zu entwickeln, die nicht an strafbares Verhalten anknüpfen, mit denen aber dennoch sehr empfindlich in die Rechte der betroffenen Person eingegriffen werden kann.[31] Beispiele hierfür sind polizeirechtliche Rayon- und Platzverbote zur Bekämpfung des Hooliganismus,[32] ausgebaute Möglichkeiten der präventiv-polizeilichen Ermittlung im Vorfeld einer Straftat wie in § 15a und § 15b des Gesetzes über die Luzerner Polizei vorgesehen,[33] ein mehrmonatiger, polizeirechtlicher Hausarrest nach dem neu geschaffenen Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus gemäss Art. 23o PMT[34] oder auch kantonales Bedrohungsmanagement, das «Gefährderlisten» vorsieht, die wesentlich darauf abzielen, Daten von potentiell gefährlichen Personen zu sammeln.[35] Diese Sicherheitsarchitektur, die zwar weiterhin auch auf Säulen des Strafrechts fusst, wird also ausgebaut und vervollständigt, indem in verschiedenen Bereichen zwecks Kriminalitätsbekämpfung sehr eingriffsintensive präventive Massnahmen errichtet werden, die losgelöst von einer Anlasstat ergriffen werden können. Dieses neuartige Sicherheitsrecht erscheint dabei wie ein *magic trick*, der es ermöglicht, sich den vielfältigen rechtsstaatlichen Beschränkungen, die im Strafrecht und im Strafprozessrecht zum Schutz der betroffenen Person vor übermässigen Eingriffen des sanktionierenden Staates entwickelt wurden, zu entziehen.[36]

30 Vgl. CONINX 2021, S. 193.
31 Vgl. bereits FOREL 1889, S. 15: «Rationellerweise sollte man demnach den Menschen mit verbrecherischer Anlage in die Kur nehmen, bevor er durch Verbrechen die Gesellschaft geschädigt hat.»; vgl. kritisch P. ALBRECHT 2018, S. 74.
32 Vgl. HENSLER 2011, S. 41 f.; B. MEIER 2014, S. 668 ff.; WERDER 2012, S. 249 ff.; J. MÜLLER 2013, S. 109 ff.
33 Vgl. dazu EICKER ET AL. 2020, S. 184 ff.
34 Vgl. dazu CONINX 2021, S. 192 ff.
35 Vgl. SIMMLER ET AL. 2020, S. 30 f.
36 Vgl. CONINX 2021, S. 194.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

II. Der Untersuchungsgegenstand vor dem Hintergrund des gegenwärtigen Strafparadigmas

1. Die freiheitsentziehenden Massnahmen nach Art. 59 ff. und Art. 64 StGB

Die vorangehende Skizze des gegenwärtigen Strafparadigmas lässt erahnen, wie umfassend und systematisch der Präventionsgedanke mittlerweile das Strafrecht und das Strafprozessrecht beherrscht. Aufgrund ihrer Vielzahl und Breite ist es nicht möglich, die präventiven Massnahmen der Verbrechensbekämpfung allesamt darzustellen. Thema der vorliegenden Arbeit sind vielmehr die eingriffsintensivsten Massnahmen überhaupt: die freiheitsentziehenden Massnahmen nach Art. 59 ff. und Art. 64 StGB, die Straftätern über die für ihre Tat angemessene Strafe hinaus auferlegt werden, weil sie als gefährlich angesehen werden. Nicht behandelt werden demgegenüber die übrigen strafrechtlichen Massnahmen: die Friedensbürgschaft (Art. 66 StGB), die Landesverweisung (Art. 66a–66d StGB), das Tätigkeits-, Kontakt- und Rayonverbot (Art. 67–67d StGB), das Fahrverbot (Art. 67e StGB), die Veröffentlichung eines Urteils (Art. 68 StGB) sowie die Einziehung (Art. 69–73 StGB). Nur am Rande behandelt wird die ambulante Massnahme (Art. 63 StGB), die eine Behandlung einer psychischen Störung oder eine Suchtmittelbehandlung darstellt, ohne dass dem Straftäter die Freiheit entzogen würde.

Freiheitsentziehende strafrechtliche Massnahmen sind nach geltendem Recht einerseits die stationären Massnahmen nach Art. 59 ff. StGB sowie die beiden Formen der Verwahrung – die ordentliche (Art. 64 StGB) und die lebenslängliche (Art. 64 Abs. 1^{bis} StGB). Bei den stationären Massnahmen unterscheidet das Strafgesetz drei Typen: die stationäre Massnahme zur Behandlung von psychischen Störungen (Art. 59 StGB), die Suchtbehandlung (Art. 60 StGB) sowie die Massnahme für junge Erwachsene (Art. 61 StGB). Obwohl diese drei stationären Massnahmen in unterschiedlichen Tatbeständen umschrieben werden, ist die Grundstruktur der jeweiligen Eingangsvoraussetzungen dieselbe: Es bedarf erstens einer Anlasstat sowie zweitens eines besonderen Zustandes des Täters, der drittens in einem kausalen Zusammenhang zur Anlasstat steht. Aufgrund des besonderen Zustandes muss viertens eine erhöhte Rückfälligkeit angenommen werden, die fünftens einer besonderen Behandlung bedarf.[37] Der besondere Zustand des Täters besteht nach der gesetzlichen Formulierung bei

[37] Zum Verhältnis von Art. 59 und Art. 60 StGB vgl. TRECHSEL/PAUEN BORER, PK-StGB, Art. 60 Rn. 1; HEER/HABERMEYER, BSK StGB-I, Art. 60 Rn. 17; zum Verhältnis von Art. 59 und Art. 61 StGB vgl. STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 9 Rn. 1.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

der stationären Massnahme in einer schweren psychischen Störung (Art. 59 Abs. 1 StGB), bei der Suchtbehandlung in einer Suchtmittelabhängigkeit (Art. 60 Abs. 1 StGB) und bei der Massnahme für junge Erwachsene in der Voraussetzung, dass der Straftäter «in seiner Persönlichkeitsstörung erheblich gestört» ist (Art. 61 Abs. 1 StGB). In der Praxis fallen diese Sonderzustände freilich regelmässig zusammen, jedenfalls dann, wenn sie eine stationäre Behandlung erfordern: Die Suchtmittelabhängigkeit gemäss Art. 60 Abs. 1 StGB dürfte oftmals als schwere psychische Störung interpretiert werden oder zu einer solchen führen.[38] Dasselbe gilt für die Massnahme für junge Erwachsene: Eine Abgrenzung der erheblichen Störung des altersspezifischen psychosozialen Reifungsprozesses nach Art. 61 Abs. 1 StGB von der schweren psychischen Störung nach Art. 59 Abs. 1 StGB dürfte regelmässig schwierig bzw. kaum möglich sein.[39]

Unterschiede hinsichtlich der drei gesetzlich vorgesehenen Formen der stationären Massnahme bestehen bezüglich der individualrechtlich entscheidenden Frage der Beendigung der Massnahmen und der jeweils gesetzlich vorgesehenen Höchstfrist. Bei der Massnahme für junge Erwachsene ist nach Art. 61 Abs. 4 StGB grundsätzliche eine Dauer von vier Jahren und eine Beendigung spätestens mit dem 30. Altersjahr vorgesehen. Eine Suchtbehandlung soll gemäss Art. 60 Abs. 4 StGB «in der Regel höchstens drei Jahre» und maximal sechs Jahre dauern. Die gesetzlich vorgesehenen, absoluten Höchstfristen werden allerdings aufgrund des Durchlässigkeitsprinzips, welches das Massnahmenrecht beherrscht, erheblich relativiert: So ist vorgesehen, dass eine im Zeitpunkt der Urteilsfällung ausgesprochene Massnahme später relativ einfach auf Grundlage von Art. 62a Abs. 1 lit. b StGB sowie Art. 62c Abs. 3, Abs. 4 und Abs. 6 StGB in eine andere Massnahme umgewandelt werden kann. Sowohl die Suchtbehandlung als auch die Massnahme für junge Erwachsene können also spätestens bei Ablauf der Höchstfrist in eine stationäre Massnahme nach Art. 59 StGB[40] oder – bei Vorliegen einer Katalogstraftat – sogar in eine Verwahrung nach Art. 64 StGB umgewandelt werden.[41] Werden die Suchtbehandlung und die Massnahme für junge Erwachsene also im Hinblick auf ihre Aufhebung in diesem grösseren Kontext des Rechts der freiheitsentziehenden Massnahmen verstanden, vermag die gesetzlich in Art. 60 Abs. 4 StGB bzw.

---

38 Vgl. exemplarisch BGer 6B_280/2021, 6B_419/2021 vom 27. Mai 2021; HEER/HABERMEYER, BSK StGB-I, Art. 60 Rn. 56; vgl. auch STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 9 Rn. 18.

39 Vgl. HEER/HABERMEYER, BSK StGB-I, Art. 61 Rn. 27; STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 10 Rn. 10.

40 Vgl. bespielhaft BGer 6B_828/2019 vom 5. November 2019.

41 Vgl. TRECHSEL/PAUEN BORER, PK-StGB, Art. 62c Rn. 9; vgl. beispielhaft BGer 6B_280/2021 vom 27. Mai 2021.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

Art. 61 Abs. 4 StGB vorgesehene Höchstdauer zwar eine Richtlinie für die Vollzugsbehörden und Gerichte zu geben, jedoch keine absoluten Grenzen zu setzen. Dies wiederum bedeutet, dass die Überlegungen, die im Zusammenhang mit dem unbestimmten Massnahmenende betreffend Art. 59 StGB und Art. 64 StGB angestellt werden, vor dem Hintergrund der vielfältigen Umwandlungsmöglichkeiten auch für die Massnahmen der Suchtbehandlung und die Massnahme für junge Erwachsene Bedeutung haben. Was schliesslich die Massnahme der Verwahrung angeht, so wird in der vorliegenden Arbeit auf die ordentliche Verwahrung i. S. v. Art. 64 Abs. 1 StGB fokussiert. Nicht zuletzt aufgrund der praktisch kaum vorhandenen Bedeutung der lebenslänglichen Verwahrung wird diese nur am Rande thematisiert.

2. Problemaufriss, Forschungsstand und Fragestellung

2.1 Problemaufriss

Während die materiellen Voraussetzungen der Strafbarkeit grösstenteils intensiv und einzelne Tatbestandsmerkmale gar in ausuferndem Detailreichtum erforscht sind, sind Fragen der strafrechtlichen Sanktionierung weitaus weniger geklärt.[42] Dies gilt insbesondere für das Massnahmenrecht. Dies ist umso prekärer, weil sich die Legitimation der Massnahme – im Unterschied zur Strafe – gerade nicht aufgrund der begangenen Straftat ergibt.[43] Entsprechend nehmen die Voraussetzungen für eine Anordnung der freiheitsentziehenden Massnahmen nach Art. 59 ff. und Art. 64 StGB lediglich im Sinne eines Anknüpfungspunktes – in Form des Anlassdelikts – Bezug auf die begangene Straftat. In der Sache werden freiheitsentziehende Massnahmen allerdings gestützt auf eine vermutete künftige Rückfälligkeit auferlegt, nicht aufgrund der Begehung einer vergangenen Straftat. Während die Legitimation der Strafe seit Jahrhunderten eines der wichtigsten Themen im Strafrecht überhaupt ist, und ausgiebig darüber theoretisiert worden ist, ist die Frage nach der Legitimation einer freiheitsentziehenden Massnahme jenseits der Schuldstrafe deutlich weniger erforscht und beantwortet.[44] Dies mag daran liegen, «dass es als unbestritten angesehen wird, dass eine Gesellschaft das Recht haben muss, sich gegen Täter zu schützen, die sowohl hochgefährlich wie

42 Vgl. OBERHOLZER 2016, S. 33.
43 Grundlegend P. ALBRECHT 2007.
44 Vgl. dazu statt vieler STRATENWERTH 2017c, S. 531 ff.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

nicht behandelbar sind».[45] Der Staat der Neuzeit wird denn auch zuweilen in seiner grundlegendsten Form weitgehend damit gerechtfertigt, dass mittels staatlicher Strukturen Sicherheit hergestellt werden soll.[46]

Während die staatliche Schutzpflicht auf einer prinzipiellen Ebene unbestritten sein mag, erweist sich ihre Konkretisierung in Form von spezifischen Massnahmen als äusserst schwierig und umstritten.[47] Dass sich die Gesellschaft gegen gefährliche Straftaten schützen können muss, bezweifelt niemand, fraglich ist aber, mit welchen Mitteln und in welchen rechtsstaatlichen Grenzen dieses Ziel verfolgt werden darf. Das Gesetz sagt in Art. 56 Abs. 1 lit. a StGB dazu nur, dass eine freiheitsentziehende Massnahme anzuordnen sei, wenn eine Strafe alleine nicht geeignet ist, der Gefahr weiterer Straftaten des Täters zu begegnen, ein Behandlungsbedürfnis des Täters besteht oder wenn die öffentliche Sicherheit dies erfordert. Zudem müssen gemäss Art. 56 Abs. 1 lit. c StGB die Voraussetzungen einer konkret anzuordnenden Massnahme erfüllt sein. Die «primäre Legitimationsgrundlage» für eine freiheitsentziehende Massnahme wird in einer wie auch immer gearteten «Sozialgefährlichkeit» des Täters erblickt.[48]

Wichtigster Anknüpfungspunkt für freiheitsentziehende Massnahmen nach Art. 59 ff. und Art. 64 StGB ist also die Gefährlichkeit. «Gefährlichkeit» als Rechtsbegriff ist wie auch die «Schuld» ein soziales und normatives Konstrukt.[49] Die Gefährlichkeit ist allerdings verglichen mit der Schuld erkenntnistheoretisch wesentlich komplexer. Dies allein schon deshalb, weil sich die Gefährlichkeit eines Menschen nicht wie die Schuld auf ein abgeschlossenes, in der Vergangenheit liegendes Verhalten bezieht, sondern auf ein künftiges Geschehen, das notgedrungen spekulativ ist. Überdies gilt es bei der Gefährlichkeit nicht, ein naturwissenschaftlich erkennbares Phänomen zu beurteilen, sondern zukünftiges menschliches Verhalten. Dies setzt entsprechend eine vielfach komplexere Prognosefähigkeit voraus, zumal menschliche Prozesse naturgemäss nicht abgeschlossen und unter Umständen von Faktoren abhängig sind, die nicht vorhersehbar sind.[50]

Aufgrund ihrer Zukunftsgerichtetheit sind Urteile über die Gefährlichkeit einer Person im Gegensatz zu Schuldurteilen auch deutlich weniger individualisiert. Selbst wenn eine statistisch erstellte Rückfallwahrscheinlichkeit mit Blick auf

---

45 STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 11 Rn. 1; PLACK 1974, S. 88: «(…) der manifest Gefährliche muss von der Gesellschaft abgesondert werden, zu deren Schutz und zum Zwecke psychiatrischer oder psychotherapeutischer Behandlung.»

46 Vgl. ISENSEE 1983, S. 4.

47 Vgl. ASHWORTH ET AL. 2013, S. 7.

48 Vgl. HEER/HABERMEYER, BSK StGB-I, Art. 56 Rn. 18.

49 Vgl. BÖHM 2011, S. 16 ff.

50 Vgl. nur EHER ET AL. 2016, S. 105.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

einen konkreten Täter bestimmt wird, ist auch diese Prognose stets nur eine Wahrscheinlichkeitsaussage darüber, wie sich Menschen mit bestimmten Eigenschaften im Allgemeinen erfahrungsgemäss verhalten.[51] Dies unterscheidet die Prognose betreffend die Gefährlichkeit einer Person grundlegend vom Schuldurteil. Man stelle sich vor, ein Schuldurteil würde im Stil einer Kriminalprognose verfasst und lautete: «Straftäter T, der die Faktoren a, b und c erfüllt, wird erfahrungsgemäss jenseits eines vernünftigen Zweifels bzw. mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein schweres Sexualdelikt begangen haben, weshalb er schuldig gesprochen und ihm eine fünfjährige Freiheitsstrafe auferlegt wird.» Ein solchermassen begründeter Schuldspruch wäre eine Verdachtsstrafe und damit der Inbegriff staatlich zugefügten Unrechts: Es wäre eine Strafe für eine Tat, die nicht hinreichend bewiesen ist, für ein Unrecht, das womöglich gar nicht begangen wurde.

Ganz anders verhält sich die Situation im Bereich der freiheitsentziehenden Massnahmen nach Art. 59 ff. und Art. 64 StGB. Hier wird exakt in dieser Matrix gedacht und bewertet. Die Auferlegung einer stationären Massnahme nach Art. 59 StGB mit der Begründung, «die Rückfallwahrscheinlichkeit von Straftäter T, der die Faktoren a, b und c erfüllt, ist bei Straftätern im Allgemeinen hoch, und die persönliche Lebensgeschichte und Diagnose lässt mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit (ohne entsprechende Therapierung) kein davon abweichendes Verhalten erwarten; deshalb wird T für fünf Jahre (mit Verlängerungsmöglichkeit) stationär weggesperrt», ist das, was Gerichte tun, wenn sie Massnahmen auferlegen. Zwar betonte das Bundesgericht, dass sich eine Aussage über die Gefährlichkeit einer Person nicht nur auf Punktewerte von standardisierten Prognoseinstrumenten stützen darf, sondern zusätzlich individualisiert werden müsse.[52] Allerdings handelt es sich auch dabei letztlich wiederum um nichts anderes als einen klinischen Erfahrungssatz. Ansonsten würde die Individualisierung der Kriminalprognose auf der extrem fragwürdigen Prämisse beruhen, dass der forensische Psychiater zwar aus dem Einzelfall nichts Verallgemeinerbares herauslesen, aber trotzdem Aussagen für das zukünftige Verhalten machen kann.[53] Weil es also schlicht nicht möglich ist, eine individuelle Kriminalprognose vorzunehmen, akzeptieren wir statistisch oder klinisch begründete Erfahrungssätze als minderen Ersatz. Und weil es unmöglich ist, jenseits eines vernünftigen Zweifels künftige Tatsachen oder Ereignisse vorauszusagen, nehmen wir hin, dass der Grundsatz *in dubio pro reo* keine Anwendung findet. Stattdessen geben wir uns

---

51 Vgl. SCHÖCH 2007, S. 362; ROCKHILL ET AL. 2000, S. 178: «The words ‹cause› and ‹prevent› as they pertain to probabilistic risk factor logic, are concepts most clearly applied to aggregates of individuals, not a specific individual.»

52 Vgl. BGer 6B_424/2015 vom 4. Dezember 2015, E. 3.3.; BGer 6B_772/2007 vom 9. April 2008, E. 4.; BGer 6B_582/2017 vom 19. Juni 2018, E. 2.2.4.

53 Vgl. H.-J. ALBRECHT 2013, S. 1075.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

mit Wahrscheinlichkeitsaussagen zufrieden, die aus Tabellen zu statistischen Prognoseinstrumenten zitiert werden und die, vermischt mit der klinischen Erfahrung des Sachverständigen für die rechtlichen Instanzen, die über die Gefährlichkeit einer Person entscheiden müssen, kaum überprüfbar sind.

Aber nicht nur hinsichtlich der Anordnung der freiheitsentziehenden Massnahmen, auch in Bezug auf ihre Dauer und Beendigung zeigen sich grundlegende Unterschiede zur Schuldstrafe. Wird über die Schuld des Täters entschieden und erwächst das Strafurteil in Rechtskraft, ist der strafrechtliche Vorwurf – unter Vorbehalt der Revision – ein für alle Mal geklärt. Diese absolute Grenze der sanktionierenden Einwirkung auf der Grundlage der Schuldstrafe ergibt sich daraus, dass die Strafe – als angemessene Reaktion auf eine bestimmte Tat – zeitlich beschränkt ist. Da das schweizerische Strafrecht – mit Ausnahme der lebenslänglichen Freiheitsstrafe – nur die Zeitstrafe kennt, endet jede Strafe spätestens mit Ablauf der Vollverbüssung.[54] Fundamental anders gestaltet sich die Situation im Massnahmenrecht. Dies liegt daran, dass der Bezugspunkt für die Bemessung der Massnahme nicht die vergangenheitsbezogene Schuld ist, sondern die dynamische Grösse der Gefährlichkeit als Möglichkeit künftiger Delinquenz. Das Urteil über die Gefährlichkeit ist daher stets nur ein vorläufiges Urteil, auch wenn es als Teil der strafrechtlichen Rechtsfolgenentscheidung in Rechtskraft erwächst. Die sanktionsrechtliche Konsequenz davon ist die zeitlich offene Sanktionierung sowohl für die stationäre Massnahme nach Art. 59 als auch für die Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB. Beide Massnahmen kennen keine gesetzlichen Maximalfristen. Die freiheitsentziehende Massnahme nach Art. 59 bzw. Art. 64 Abs. 1 StGB dauert schlicht so lange, bis die betroffene Person als nicht mehr gefährlich angesehen wird, so dass sich ein weiterer Freiheitsentzug erübrigt. Im präventiven Massnahmensystem ist der Zeitpunkt der strafrechtlichen Verurteilung folglich nicht eine Zäsur wie beim Schuldurteil; vielmehr ist dieser ein Einfallstor hin in eine wechselhafte und bedrückende Welt verschiedener Sanktionsmöglichkeiten. Entsprechend betonte das Bundesgericht diesbezüglich, dass das Rechtsschutzbedürfnis des Betroffenen hinsichtlich eines Entlassungs-, Aufhebungs- bzw. Verlängerungsentscheids einer Massnahme «ähnlich intensiv» sei wie bei der Anordnung;[55] eine «weitgehende Annäherung des Rechtsschutzstandards» sei deshalb «bedeutsam».[56]

Freiheitsentziehende Massnahmen, die ohne Maximalfrist für Jahre und Jahrzehnte auferlegt werden können, sind daher typischerweise weitaus eingriffsintensiver als eine Freiheitsstrafe im Rahmen einer Schuldstrafe. Nahezu jedes Element ist bei einer freiheitsentziehenden Massnahme im Vergleich zur

54 Vgl. URWYLER ET AL. 2020, S. 9.
55 BGE 147 IV 433, E. 2.4.; vgl. auch HEER, BSK StGB-I, Art. 64a Rn. 14.
56 BGE 147 IV 433, E. 2.4.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

Schuldstrafe für die betroffene Person belastender, leidvoller und bedrängender: Der in jedem Fall unbedingte Vollzug, die Dauer, die Unbestimmtheit der Dauer, die Wechselhaftigkeit der verschiedenen Massnahmen, die damit einhergehende Ungewissheit, wie es weitergeht, der oftmals bestehende Zwang zu einer Therapierung, die Stigmatisierung aufgrund der Zugehörigkeit zur Klasse der psychisch kranken, gefährlichen Straftäter oder zu Kategorien der schlimmsten Verbrecher, die verwahrt werden müssen. Vor diesem Hintergrund muss die Frage, ob diese freiheitsentziehenden Massnahmen überhaupt legitim sind, deshalb besonders sorgfältig untersucht werden.

2.2 Fragestellung vor dem Hintergrund des Forschungsstandes

In der Strafrechtslehre wird seit geraumer Zeit zumindest festgehalten, dass die Problematik im Bereich der freiheitsentziehenden Massnahmen hauptsächlich darin liege, dass Gefährlichkeits- und Behandlungsprognosen kaum zuverlässig seien.[57] In diesem Sinn konstatierte PETER ALBRECHT in seiner Monographie zum schweizerischen Massnahmenrecht bereits 1981, die «Prognoseproblematik» stelle den für das Massnahmenrecht «neuralgischen Punkt» dar, und man müsse sich «ernsthaft überlegen», ob ein «stark spezialpräventiv ausgerichtetes Massnahmenrecht überhaupt sinnvoll normierbar» sei.[58] Auch im Lehrbuch von BOMMER und STRATENWERTH wird festgehalten, dass «wohl auch weiterhin [die] nicht überwindbare Schwierigkeit» der freiheitsentziehenden Massnahmen darin bestehe, «mit genügender Sicherheit herauszufinden», wer als sozialgefährlich angesehen werden müsse.[59] So wie die Dinge lägen, sei jedenfalls nicht zu bezweifeln, dass die freiheitsentziehenden Massnahmen eine sehr erhebliche Zahl von Menschen träfe, die in Wirklichkeit nicht gefährlich seien.[60] BOMMER spricht im Zusammenhang mit der grossen Strafrechtsrevision von 2007 gar von einer «Selbstauslieferung» des Gesetzgebers an den Sachverstand des forensischen Psychiaters, ohne dass dieser überhaupt wisse, ob es diesen gebe, geschweige denn diesen überprüfen könne.[61] Auch SIMMLER hält fest, dass «Schwierigkeiten und Fehlprognosen» längst nicht mehr bestritten würden.[62]

---

57 Vgl. P. ALBRECHT 1981, S. 23 f.; STRATENWERTH 2017c, S. 539 ff.; HEER 2002, S. 190 ff.; BOMMER 2007a, S. 14; SIMMLER 2016.

58 P. ALBRECHT 1981, S. 23 f.

59 STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 11 Rn. 1.

60 STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 11 Rn. 1.

61 BOMMER 2007a, S. 14.

62 SIMMLER 2016, S. 91.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

PETER ALBRECHT konstatierte im Jahr 1981, dass die herrschende Strafrechtslehre die Prognoseproblematik dahingehend lösen wolle, dass der Richter «voll überzeugt» sein müsse von der Gefährlichkeit des Straftäters; er warnte aber zugleich davor, dass dies praktisch kaum je vorkomme.[63] Im Jahr 2009, also rund dreissig Jahre später, hielt der ehemalige Strafrichter PETER ALBRECHT sodann fest, die Justiz würde «mit der Aufgabe konfrontiert, die sie – nüchtern betrachtet – kaum seriös zu bewältigen vermag (…). Damit verbindet sich eine letztlich unzumutbare Überforderung, deren Tragweite jedoch – so scheint es mir – vom Bundesgericht und den kantonalen Instanzen zuweilen gar nicht richtig wahrgenommen wird.»[64] Tatsächlich gewinnt man bei der Lektüre von Urteilen den Eindruck, dass die Strafrechtspraxis trotz des enormen Forschungsschubs in der forensischen Psychiatrie und Psychologie heute kaum weiter ist als vor über hundert Jahren, als CARL STOOSS zur Identifizierung von gefährlichen Straftätern bloss an die Erfahrung der Richter appellierte:

> «Denn wenn es auch noch nicht gelungen ist, diese Verbrecher wissenschaftlich zu definieren, so ist es doch für den erfahrenen Richter und Strafvollzugsbeamten sehr wohl möglich, zu entscheiden, ob ein Verbrecher so weit gekommen ist, dass ihn die ordentliche Strafe von weiteren Verbrechen nicht abzuhalten vermag und dass er nach Entstehung dieser Strafe unzweifelhaft wieder rückfällig werden wird.»[65]

STRATENWERTH, der bereits früh auf die rechtsstaatlichen Problematiken des Massnahmenrechts hingewiesen hat,[66] gab zu Bedenken, am Massnahmenrecht festzuhalten, wissend, dass viele Ungefährliche inhaftiert werden, sei «im Grunde [ein] unerträglich hoher Preis (…) und nicht wir zahlen ihn, sondern diejenigen, die der Massnahme unterworfen werden».[67] Zugleich betonte er, die «rechtsethische Frage» sei nicht nur, «was wir den Betroffenen, sondern auch, was wir der Allgemeinheit, sprich, den möglichen Opfern schulden».[68] Ein Teil der Strafrechtslehre scheint sich sodann in den letzten Jahren weitestgehend mit dem «Prognoseproblem» abgefunden zu haben; dies mit dem Hinweis, die Massnahmen seien zwar wenig zielsicher und zuweilen willkürlich, sie würden aber als «Sicherheitsventil» dienen, aus dem überschiessende Sicherheits- und Straferwartungen austreten könnten, so dass damit das Strafniveau für die grosse Masse tief gehalten werde könne.[69] Damit wird an eine lange Tradition angeknüpft, in der solche utilitaristischen Dogmen wichtige

63 P. ALBRECHT 1981, S. 23 f.
64 P. ALBRECHT 2009, S. 1119.
65 STOOSS 1893, S. 48 f.
66 Vgl. insb. STRATENWERTH 1973.
67 STRATENWERTH 2017c, S. 540.
68 STRATENWERTH 2017c, S. 540.
69 H.-J. ALBRECHT 2017, S. 192 f.; vgl. auch FRISCH 2013, S. 973; KUNZ 2004, S. 249.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

Triebfedern für die Grundkonzeption des Sanktionenrechts waren. Im Übrigen wird darauf verwiesen, dass es wohl keine Lösung gebe, die «ohne Rest» aufginge; und es wird gesagt, das Problem der *false positives* müsse wenigstens bei der Auslegung der Tatbestände berücksichtigt werden.[70]

Abgesehen von der Monographie von PETER ALBRECHT aus dem Jahr 1981, fehlt eine vertiefte Untersuchung zur Frage, ob die eingriffsintensivsten Massnahmen des schweizerischen Rechts vor dem Hintergrund rechtsstaatlicher Prinzipien überhaupt legitim, das heisst annehmbar seien. Zwar hat sich STRATENWERTH in verschiedenen Beiträgen eingehend mit den Grundsatzfragen der Rechtfertigung von freiheitsentziehenden Massnahmen und Problemen der Rechtsstaatlichkeit im Hinblick auf ihre konkrete Ausgestaltung auseinandergesetzt.[71] Ausführungen finden sich auch in seinem Lehrbuch, das in der neuesten Auflage von FELIX BOMMER weitergeführt wurde.[72] Auch hat sich insbesondere MARIANNE HEER in ihrer eingehenden Kommentierung des Massnahmenrechts im Basler Kommentar mit Grundsatzfragen im Zusammenhang mit den Instituten nach Art. 59 ff. und Art. 64 StGB und benachbarten Bestimmungen beschäftigt.[73] Einige grundsätzliche Überlegungen zur Rechtfertigung der freiheitsentziehenden Massnahmen finden sich sodann in den Schriften von CHRIS LEHNER[74] und GUNHILD GODENZI[75].

Für die vorliegende Untersuchung kann auch auf Monographien und eine Reihe von Aufsätzen zum schweizerischen Massnahmenrecht zurückgegriffen werden, die jeweils Teilaspekten von Art. 59 und Art. 64 StGB gewidmet sind. Aufmerksamkeit erfahren haben in jüngerer Zeit insbesondere Fragen rund um die forensisch-psychiatrische und psychologische Begutachtung.[76] Ebenso sind Fragen der Beendigung von Massnahmen zunehmend ein Thema, insbe-

70 STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 11 Rn. 1.

71 Insbesondere STRATENWERTH 1973; STRATENWERTH 1999; STRATENWERTH 2017c; STRATENWERTH 2017e.

72 STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 7 Rn. 4 ff.

73 HEER, BSK StGB-I, Vor Art. 56 Rn. 1 ff.

74 LEHNER 2015, S. 7 ff.; LEHNER 2017.

75 GODENZI 2019, S. 17 ff.

76 Vgl. die Monographien von T. NOLL 2006; BABIC 2019; für kürzere Beiträge vgl. insb. BERNARD/BINDER 2011; BERNARD 2012; BERNARD/STUDER 2015; BERNARD/STUDER 2016; A. BRUNNER 2005; A. BRUNNER 2010; HEER 2010; HEER 2011; HEER 2017b; OBERHOLZER 2017; WOLF 2018; vgl. aus interdisziplinärer Perspektive die ausführliche Kommentierung von HEER/HABERMEYER, BSK StGB-I, Art. 64 Rn. 60 ff. sowie BRÄGGER/GRAF 2015; für eine forensisch-psychiatrische bzw. psychologische Perspektive HABERMEYER 2017; MOKROS 2017; LAU 2018 sowie umfassend NEDOPIL ET AL. 2021.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

sondere die gesetzliche Regelung der nachträglichen Anordnung einer stationären Massnahme oder Verwahrung auf Grundlage von Art. 65 StGB.[77] Überdies wurden auch vielfältige prozessuale Fragen im Zusammenhang mit dem Nachverfahren in der Literatur aufgegriffen.[78] Und in jüngster Zeit wurde schliesslich – vor dem Hintergrund der neusten bundesgerichtlichen Rechtsprechung – auch die Eingangsvoraussetzung der schweren psychischen Störung i. S. v. Art. 59 und Art. 63 StGB kontrovers diskutiert.[79] Seit den frühen 2000er Jahren beteiligten sich vermehrt auch forensische Psychiater und Psychologen an der wissenschaftlichen und rechtspolitischen Auseinandersetzung mit dem Massnahmenrecht.[80] Besonders FRANK URBANIOK meldete sich mit seinem eigens entwickelten Prognoseinstrument FOTRES zu Wort.[81] Auch hat ELMAR HABERMEYER mit der Kommentierung der einschlägigen Bestimmungen im Basler Kommentar in Co-Autorenschaft mit MARIANNE HEER sowie in zahlreichen anderen Publikationen wesentlich zur Entwicklung des Massnahmenrechts in der Schweiz beigetragen.[82] Ein wichtiges interdisziplinär ausgerichtetes Forschungsprojekt zum schweizerischen Massnahmenrecht wurde in jüngerer Zeit von MARIANNE HEER, ELMAR HABERMEYER und STEPHAN BERNARD mit dem «Forum Justiz & Psychiatrie» ins Leben gerufen.[83] Eine quantitative Studie zu den Vollzugsbedingungen und den Voraussetzungen für eine Anordnung der stationären Massnahme nach Art. 59 StGB wurde von JONAS WEBER ET AL. vorgelegt.[84] Schliesslich lieferte URS GERMANN mit verschiedenen reichhaltigen Schriften zum Massnahmenrecht einen äusserst wertvollen Beitrag zu seiner historischer Einbettung.[85] Bisher kaum Berücksichtigung im schweizerischen Schrifttum fand allerdings die englische und amerikanische Diskussion zum Problemkomplex des «predictive sentencing», das heisst der Sanktionierung im Hinblick auf künftige Straftaten. Dabei ist insgesamt eine deutlich kritischere Haltung bezüglich der standardisierten

77 Vgl. die ausführliche Monographie von LEHNER 2015; für kürzere Beiträge BOMMER 2007b; GODENZI 2021.

78 Vgl. BERNARD/STUDER 2018; BIRO 2020; HEER 2017a; HEER 2018b; JOSET 2016; R. STUDER 2021.

79 Vgl. BOMMER 2020b; LEHNER 2020; HEER 2021; HABERMEYER ET AL. 2019a; HABERMEYER ET AL. 2020a; HABERMEYER 2021; T. NOLL ET AL. 2021; vgl. auch BORCHARD/GERTH 2019; GODENZI 2019; HEER 2019; LEHNER 2019.

80 Vgl. insb. DITTMANN 2000; GMÜR 2004; URBANIOK 2003, 2012; URBANIOK ET AL. 2006; HABERMEYER 2012b.

81 Vgl. URBANIOK 2016a, 2016b.

82 Vgl. insb. HABERMEYER 2012b; HABERMEYER/SACHS 2015; HABERMEYER ET AL. 2019b; HABERMEYER 2021.

83 Vgl. https://www.forum-justiz-psychiatrie.ch.

84 WEBER ET. AL. 2015.

85 Vgl. U. GERMANN 2005, 2006, 2007a, 2007b, 2009a, 2015, 2018.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

Prognoseinstrumente, die gegenwärtig im Gerichtsalltag eingesetzt werden, auszumachen als im deutschen Sprachraum.[86] Besonders hervorzuheben sind die Studien und Arbeiten des englischen forensischen Psychiaters SEENA FAZEL, der an der Universität Oxford forscht und lehrt.[87]

Eine eingehende Studie in Form einer Monographie, die sich vertieft mit der rechtsdogmatischen Konzeption des geltenden Rechts der freiheitsentziehenden Massnahmen auseinandersetzt, die verzweigte Forschung zusammenführt und die grundsätzliche Frage der Legitimation der freiheitsentziehenden Massnahmen umfassend in einen grösseren rechtstheoretischen, rechtshistorischen und rechtsphilosophischen Zusammenhang stellt, ist bisher allerdings ausgeblieben. Dies beabsichtigt die vorliegende Habilitationsschrift zu leisten.

3. Methodische Aspekte

Vor dem Hintergrund, dass die freiheitsentziehenden Massnahmen in der Regel damit legitimiert werden, dass «gefährliche Individuen» gesichert und wenn möglich therapiert werden müssen, ist es von fundamentaler Bedeutung den entsprechenden Prozess der Identifizierung von «gefährlichen Personen» zu erforschen. Zwar wurden die Probleme im Kontext der forensisch-psychiatrischen Begutachtung in der Literatur verschiedentlich beschrieben; zuweilen sind sie auch Gegenstand von Gerichtsentscheiden. Aufgrund seiner Vertraulichkeit allerdings ist der theoretisch und praktisch überaus bedeutsame Prozess der forensisch-psychiatrischen Begutachtung rechtswissenschaftlich jedoch kaum erfasst. Entsprechend konnte die Frage der Legitimität des Massnahmenrechts bisher nur ungenügend praxisbezogen erforscht werden.

Angesichts dieses Forschungsbedarfs wird methodisch mit der vorliegenden Untersuchung insofern Neuland betreten, als – neben einer eingehenden Darstellung und kritischen Analyse von Literatur, Gesetzesmaterialien und Rechtsprechung zum Massnahmenrecht – intensiv mit ausgewählten forensisch-psychiatrischen Gutachten gearbeitet wird. Die umfangreichen Akten wurden seitens gegenwärtiger und ehemaliger Massnahmeninsassen bzw. ihrer Anwälte mit Zustimmung der jeweiligen Massnahmeninsassen zur Verfügung gestellt. Anhand der Auseinandersetzung mit einer Reihe von prognostischen, forensisch-psychiatrischen Gutachten und weiteren Stellungnahmen von Psychiatern und Psychologen – zuhanden von Vollzugsbehörden, Staatsanwaltschaften und Gerichten – soll ein

86 Vgl. Statt vieler FAZEL 2019, S. 197; FAZEL 2022, S. 1; TONRY 2019, S. 269, YANG ET AL. 2010, S. 761.

87 Vgl. insb. FAZEL 2012, S. 1; FAZEL/WOLF 2018, S. 41; FAZEL 2019, S. 197; FAZEL 2022, S. 1.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

neuer und bedeutsamer Eindruck über das Ausmass und die Vielschichtigkeit der Probleme, die sich im Zusammenhang mit der Kriminalprognose stellen, gewonnen werden. Dabei gilt es zu betonen, dass es sich bei dieser Auseinandersetzung nicht um eine quantitative Studie handelt. Vielmehr geht es darum, die vielschichtigen Probleme der forensisch-psychiatrischen Diagnosen und Kriminalprognosen, die in der Literatur und zum Teil auch in der Rechtsprechung abstrakt beschrieben werden, anhand von konkreten Beispielen und Formulierungen darzustellen. Ziel der Auseinandersetzung mit forensisch-psychiatrischen Gutachten und Stellungnahmen ist es, die Grundprobleme der kriminalprognostischen Methodologie, die sich aus einer rechtlichen Perspektive stellen, besser verständlich zu machen. Anhand einer vergleichenden Analyse von PCL-R-Tests in ein und demselben Fall soll ferner aufgezeigt werden, wie eine Risikoeinschätzung, basierend auf einem standardisierten Prognoseinstrument, formuliert wird. Weiter soll untersucht werden, wie Gerichte mit Ergebnissen aus standardisierten Prognoseverfahren umgehen und inwiefern statistische Aussagen zur Rückfallwahrscheinlichkeit einer Person im Hinblick auf den Einzelfall individualisiert werden und auch, wie die Begründungen hierfür ausfallen.

Ein besonderes Augenmerk wird sodann auf die Frage gelegt, inwiefern vielfältige kognitive Verzerrungen, denen nicht zuletzt auch Experten unterliegen, wenn sie Prognosen tätigen, in forensisch-psychiatrischen Gutachten zum Ausdruck kommen. Diesbezüglich soll insbesondere untersucht werden, was der forensische Psychiater REINHARD EHER und der forensische Psychologe MARTIN RETTENBERGER meinten, als sie sagten, bei der Kriminalprognose werde das Bedürfnis nach einer einfachen, kohärenten Geschichte perfektioniert, weil noch so seltene Ereignisse dann für wahrscheinlicher angesehen würden.[88] Die forensisch-psychiatrischen Gutachten schliesslich sollen Anschauungsmaterial liefern, das es erlaubt zu überprüfen, ob und inwiefern die bundesgerichtlichen Vorgaben zur Kriminalprognose eingehalten werden; auch soll anhand der Gutachten erforscht werden, wie die Risikokommunikation zwischen Gutachtern und Gerichten funktioniert und wo die Probleme derselben liegen. Ausserdem soll der Frage nachgegangen werden, wie die forensische Psychiatrie jenseits der oberflächlichen Zuteilung in die Kategorie der medizinischen Wissenschaften wissenschaftstheoretisch zu verorten ist. Diese Erkenntnis hat letztlich insbesondere Auswirkungen auf die Ausgestaltung des Sachverständigenbeweises und die zu untersuchende Frage, wie das Recht auf ein faires Verfahren bei Massnahmenentscheiden verwirklicht werden kann.

88 RETTENBERGER/EHER 2016, S. 51.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

III. Der Gang der Untersuchung

Die Antwort auf die Frage nach der Legitimität der freiheitsentziehenden Massnahmen bedingt eine rechtsphilosophische Auseinandersetzung mit Grundproblemen der präventiven Freiheitsentzüge zwecks Verbrechensbekämpfung. Konkret soll gefragt werden, ob und inwiefern das Massnahmenrecht nur dann legitim sein kann, wenn es auch aus einer individualrechtlichen Perspektive annehmbar ist. Letztere Perspektive meint den Blickwinkel derjenigen Person, die von einer freiheitsentziehenden Massnahme der Verbrechensbekämpfung betroffen ist. Grund für diese Überlegung ist, dass eingriffsintensive Massnahmen letztlich auch denjenigen gegenüber gerechtfertigt werden müssen, die davon betroffen sind.[89] Weil die Legitimität der freiheitsentziehenden Massnahmen sehr stark mit der menschlichen Fähigkeit, Rückfälle zu prognostizieren, zusammenhängt, ist es dementsprechend fundamental, die Methoden und Techniken der Kriminalprognosen aus einer rechtlichen Perspektive kritisch zu würdigen. Darauf aufbauend sollen anschliessend einerseits mögliche Verbesserungen des bestehenden Massnahmensystems aufgezeigt und andererseits entsprechend eine mögliche Alternative begründet werden.

Der Gang der Untersuchung gliedert sich in fünf Teile und gestaltet sich wie folgt:

Im **ersten Teil** geht es darum, ein vertieftes, ideengeschichtliches Verständnis der freiheitsentziehenden Massnahmen nach Art. 59 ff. und Art. 64 StGB zu gewinnen. Im Fokus steht die Geburtsstunde des strafrechtlichen Massnahmenrechts; diese war eingebettet in eine grössere, international geführte Reformdebatte des Strafrechts Ende des 19. Jahrhunderts. Diese ideengeschichtlichen Ausführungen sollen als Grundlage dienen, um in den folgenden Kapiteln die individualrechtliche Problematik der freiheitsentziehenden Massnahmen präzise benennen und in ihrem Ausmass korrekt erfassen zu können. Die ideengeschichtliche Verortung der Thematik ist insofern zentral, als sie dazu beiträgt zu verstehen, weshalb die Spezialprävention trotz ihrer klaren rechtsstaatlichen Defizite zur dominierenden Straftheorie wurde. Schliesslich ist ein vertieftes Verständnis der Wurzeln des Massnahmenrechts entsprechend elementar, um über mögliche Alternativen nachzudenken. Untersucht wird vor dem Hintergrund dieser Fragestellungen zunächst, wie die Vision einer rationalen und effizienten Bekämpfung von Verbrechen Ende des 19. Jahrhundert wissenschaftlich vorangetrieben wurde und sich politisch immer stärker verfestigte. Eine wichtige Quelle hierfür ist der Vorentwurf des ersten eidgenössischen Strafgesetzbuches, den der Berner Strafrechtsprofessor CARL STOOSS im Jahr 1893 im

[89] Vgl. KINZIG 1996, S. 32 ff.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

Auftrag des Bundesrates verfasste und der im Rahmen von mehreren Expertenkommissionen weiterentwickelt wurde. Mit besonderer Berücksichtigung der Forschungsarbeiten von URS GERMANN sollen sodann die theoretischen Grundlagen der gesetzlichen Konzeption freigelegt werden, die bis heute dem schweizerischen Sanktionenrecht mit seiner zweispurigen Grundstruktur seine massgebende Gestalt geben. Dabei soll insbesondere auch das theoretische Fundament der Strafrechtsreform beleuchtet werden. Zu diesem Zweck wird unter anderem auch auf die einflussreichen Schriften des Strafrechtsdenkers und Kriminalpolitikers FRANZ VON LISZT eingegangen.

Im **zweiten Teil** werden die bestehenden Institute der stationären Massnahme nach Art. 59 ff. StGB und der Verwahrung nach Art. 64 StGB rechtshistorisch und rechtstheoretisch verortet und wesentliche Entwicklungsschritte aufgezeigt. Während es also im ersten Teil darum geht, die ideengeschichtlichen Wurzeln des Massnahmenrechts und die theoretischen Grundlagen des zweispurigen Sanktionensystems aufzuzeigen, sollen in diesem Teil die konkreten rechtsdogmatischen Elemente des bestehenden Rechts und seine historischen Vorläufer dargestellt werden. Um dem Ziel der vorliegenden Forschungsarbeit näherzukommen, ist ein Blick auf die gesetzlichen Vorläufer fundamental. Auf diese Weise können die individualrechtlichen Probleme, die heute hinsichtlich Art. 59 ff. und Art. 64 StGB bestehen, umfassender analysiert und diesbezüglich wichtige Zusammenhänge aufgezeigt werden. Inhaltlich wird an den ersten Teil der Arbeit angeknüpft und dargestellt, wie die spezialpräventiven Teilungstaktiken der strafrechtlichen Sanktionierung mit verschiedenen kleinen und grossen Sanktionsrechtsreformen im Laufe der Zeit verfeinert wurden. Zu diesem Zweck wird zunächst die rechtsdogmatische Grundkonzeption des geltenden Rechts aufgezeigt sowie die Bedeutung von stationären Massnahmen und Verwahrung dargestellt. Mit diesem Wissen soll auf die erste eidgenössische gesetzliche Normierung der freiheitsentziehenden Massnahmen im Strafgesetzbuch von 1942 eingegangen werden. Dabei soll erforscht werden, inwiefern Institute aus dem damaligen kantonalen Verwaltungsrecht und Einrichtungen der «prophylaktischen Zwangsfürsorge»[90] in das neu geschaffene eidgenössische Strafrecht übergeführt und in den Dienst der strafrechtlichen Verbrechensbekämpfung gestellt wurden. Sodann werden die wesentlichen Etappen der Weiterentwicklung der freiheitsentziehenden Massnahmen dargestellt, wobei zunächst auf die Teilrevision von 1971 fokussiert wird, bei der für die heutige stationäre Massnahme i. S. v. Art. 59 StGB zentrale Weichen gestellt wurden. Anschliessend folgt eine Darstellung der wichtigsten Schritte im langjährigen Gesetzgebungsprozess der Totalrevision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches; diese begann mit

90 U. GERMANN 2018, S. 4.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

dem Vorentwurf von Hans Schultz im Jahr 1987 und dauerte bis zu ihrem Inkrafttreten im Jahr 2007 zwanzig Jahre. Diesbezüglich soll einerseits die grundlegende Neuformulierung der Verwahrung thematisiert werden, die sich von einem vergleichsweise populären Instrument der Verbrechensbekämpfung hin zu einer Massnahme entwickelte, die nur noch Gewaltstraftätern auferlegt wird, die als besonders gefährlich angesehen werden.[91] Weiter sollen die wesentlichen Entwicklungsschritte der heutigen stationären Massnahme i. S. v. Art. 59 StGB nachgezeichnet werden. Schliesslich ist es für ein vertiefteres Verständnis des heutigen Systems der freiheitsentziehenden Massnahmen bedeutsam, diese im Zusammenspiel mit der diesbezüglich parallel stattfindenden Entwicklung der Schuldstrafe zu begreifen. Deshalb wird in einem letzten Teilkapitel aufgezeigt, wie sich die Schuldstrafe im Laufe des 20. Jahrhunderts verändert hat. Dabei wird schwergewichtig auf die bedingte Strafe fokussiert; diese ist charakteristisch für das spezialpräventive Sanktionenrecht, das verschiedene Teilungstaktiken entwickelt hat, um die Mehrheit der Straftäter relativ milde zu bestrafen, dafür aber eine Minderheit von Straftätern mit sehr drastischen Massnahmen zu belasten.

Im **dritten Teil** der Untersuchung sollen – vor dem Hintergrund der Überlegungen der vorangehenden Teile – vier ausgewählte individualrechtliche Problembereiche der freiheitsentziehenden Massnahmen kritisch analysiert werden. Es wird aufgezeigt, wie diese in einer kontingenten historischen Entwicklung verankert sind. Gestützt darauf kann im vierten und fünften Teil der Arbeit über Verbesserungen des geltenden Rechts sowie grundlegende Alternativen nachgedacht werden.

Im **ersten Kapitel des dritten Teils** werden die Erkenntnisse der ersten beiden Teile im Hinblick auf die weitere Untersuchung resümiert.

Die fundamentalste Frage, die sich mit Blick auf die individualrechtliche Problematik der freiheitsentziehenden Massnahmen nach Art. 59 ff. und Art. 64 StGB stellt, ist die Frage nach der Legitimität des zweispurigen Sanktionensystems. Denn die Unterscheidung von Strafen und Massnahmen bewirkt, dass grundlegende rechtsstaatliche Prinzipien für das Massnahmenrecht ausser Kraft gesetzt werden. Doch wie wird diese Kategorienbildung begründet, und ist sie individualrechtlich betrachtet legitim? Diese Untersuchung wird im **zweiten Kapitel des dritten Teils** geleistet. Dabei wird zunächst die vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) entwickelte Engel-Doktrin erläutert, und es wird analysiert, ob diese eine angemessene Reaktion auf die Grundproblematik des rechtsstaatlichen Doppelstandards des dualistischen Sanktionensystems darstellt. Im Kern geht es dabei um die Frage, aufgrund

[91] Vgl. STRATENWERTH 1966, S. 346; U. GERMANN 2018, S. 11 f.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

welcher Kriterien individualrechtlich entscheidende Kategorisierungen vorgenommen werden. Ein weiteres, grundlegendes Kategorienproblem stellt sich bei der für das schweizerische Massnahmenrecht bedeutsamen Unterscheidung von therapeutisch sichernden Massnahmen nach Art. 59 ff. StGB und rein sichernder Verwahrung nach Art. 64 StGB. Die stationäre Massnahme wird, vereinfacht ausgedrückt, nach herrschender Lehre als weniger eingriffsintensiv angesehen, weil sie neben dem Sicherungszweck auch einen Behandlungszweck verfolgt. Untersucht werden soll, ob die gängige Unterscheidung «therapeutisch sichernd» versus «rein sichernd» aus einer individualrechtlichen Perspektive überzeugt.

Hinsichtlich der rechtsdogmatischen Konzeption der Artikel 59 ff. und 64 StGB ist aus Sicht des Betroffenen einerseits von hoher Bedeutung, wie die Eingangsvoraussetzungen der freiheitsentziehenden Massnahmen definiert werden. Andererseits, und in der Literatur weitaus weniger diskutiert, aber individualrechtlich nicht minder entscheidend ist, unter welchen Voraussetzungen eine Massnahme nach Art. 59 ff. und Art. 64 StGB endet.

Vor diesem Hintergrund erfolgt **im dritten Kapitel des dritten Teils** zunächst eine vertiefte Auseinandersetzung mit der zentralen Eingangsvoraussetzung der schweren psychischen Störung und der negativen Kriminalprognose. Die schwere psychische Störung beschreibt den praktisch wichtigsten Sonderzustand, der eng mit der Sozialgefährlichkeit des Straftäters gekoppelt wird. Insofern ist diese Eingangsvoraussetzung für die Legitimation der freiheitsentziehenden Massnahmen von grosser Wichtigkeit. In Lehre und Rechtsprechung besteht zwar Einigkeit darüber, dass die schwere psychische Störung ein Rechtsbegriff ist und nicht mit dem medizinischen Krankheitsbegriff gleichzusetzen ist. Die nähere Konkretisierung dieses Rechtsbegriffs allerdings ist höchst umstritten. Die Strafrechtslehre hat das Problem lange Zeit eher vernachlässigt, und das Bundesgericht hat sich wesentlich darauf beschränkt, die Textbausteine, die es in seiner früheren Rechtsprechung zur Verwahrung von «geistig Abnormen» (Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 aStGB) entwickelt hatte, in eine moderne Sprache zu übersetzen. Erst in jüngerer Zeit ist eine heftige Kontroverse um die Anordnungsvoraussetzung der schweren psychischen Störung ausgebrochen. Auslöser dafür war ein Leitentscheid des Bundesgerichts im Oktober 2019.[92] Um diese Kontroverse richtig einordnen zu können, soll zunächst aufgezeigt werden, wie sich die Rechtsprechung zu dieser Eingangsvoraussetzung seit Inkrafttreten des neuen Massnahmenrechts im Jahr 2007 entwickelt hat. Diesbezüglich soll in einem weiteren Schritt analysiert werden, auf

[92] BGE 146 IV 1; vgl. auch BGer 6B_828/2019 vom 5. November 2019; BGer 6B_229/2020 vom 29. April 2020.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

welchen theoretischen Annahmen die bundesgerichtliche Praxis fusst. Vor diesem Hintergrund wird die Argumentation des Bundesgerichts in einen grösseren kriminalpolitischen Kontext eingeordnet, der sich um die Frage dreht, ob sich die forensische Psychiatrie und Psychologie an der Gefährlichkeit einer Person bzw. ihren Risikoeigenschaften orientieren soll oder ob man sich an allgemeinpsychiatrische Klassifikationen halten soll. Anschliessend wird die kontroverse Debatte in der Strafrechtslehre und der forensischen Psychiatrie und Psychologie, die sich im Nachgang an das höchstrichterliche Urteil entsponnen hat, analysiert. Diese Untersuchung schliesst mit einer kritischen Einordnung und Würdigung der Thematik.

Das **vierte Kapitel des dritten Teils** widmet sich einer vertieften Analyse der Kriminalprognose. Diese ist eine weitere wichtige Eingangsvoraussetzung und zugleich ein zentrales Element zur Legitimation von freiheitsentziehenden Massnahmen der Verbrechensprävention. Straftäter werden gestützt auf die Kriminalprognose regelmässig weit über die schuldangemessene Bestrafung eingesperrt, weil weitere Delinquenz vorhergesagt wird. Wie bei der Darstellung des Forschungsstandes ersichtlich wurde, ist die Kriminalprognose mit derart vielen Zweifeln behaftet, dass aus ihr ein tiefgreifendes Legitimationsproblem der freiheitsentziehenden Massnahmen entspringt. Die diesbezügliche Untersuchung beginnt mit einer Darstellung der Unzulänglichkeiten der kriminalprognostischen Methode; dabei wird insbesondere auf die Forschung zu den standardisierten Prognoseinstrumenten eingegangen, die in der schweizerischen Praxis typischerweise den Ausgangspunkt der Kriminalprognose darstellen. Im Anschluss folgen Überlegungen zu den sog. *false positives* und dem Problem, dass eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass ein Straftäter zu Unrecht als prospektiv gefährlich bezeichnet wird. Am Ende dieser beiden Unterkapitel drängt sich die Frage auf, inwiefern die Unzulänglichkeiten der Kriminalprognosen auf die Art und Weise zurückzuführen sind, wie Menschen wahrnehmen, denken und urteilen. Inwiefern sind diese unzulänglichen Prognosen eine unveränderbare Folge unserer kognitiven Unfähigkeit? Entsprechend werden ausgehend von Forschungsarbeiten des Psychologen und Ökonomen DANIEL KAHNEMANN vielfältige kognitive Verzerrungen erläutert, denen nicht nur Laien, sondern vor allem auch Experten unterliegen, wenn sie Kriminalprognosen tätigen. Anhand der vertieften Analyse eines forensischen Gutachtens wird gezeigt, in welch vielfältiger Form sich diese kognitiven Verzerrungen in der Praxis der Begutachtung nachweisen lassen. Aufbauend auf diesen Erkenntnissen, werden in einem weiteren Schritt die Elemente der Kriminalprognose nach Art. 59 StGB und Art. 64 StGB erläutert sowie die ihnen zugrunde liegenden Prämissen kritisch hinterfragt. Dabei wird insbesondere ausführlich auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung eingegangen. In einem fünften Unterkapitel werden diese Erkenntnisse anhand einer weiteren eingehenden Fallstudie verdeutlicht und vertieft.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

Im **fünften Kapitel des dritten Teils** folgt eine Untersuchung zur Beendigung von freiheitsentziehenden Massnahmen. Das offene Ende gehört bei den freiheitsentziehenden Massnahmen nach Art. 59 ff. und Art. 64 StGB – die in der Sache nichts anderes als reine «Zweckstrafen» für eine bestimmte Gruppe von Tätern sind – zum wesentlichen Kern. Gleichzeitig bewirkt das offene Ende, dass die freiheitsentziehenden Massnahmen verglichen mit den zeitlich limitierten Schuldstrafen individualrechtlich betrachtet besonders eingriffsintensive Sanktionen sind. Als begrenzendes Prinzip für die Dauer freiheitsentziehender Massnahmen wirkt einzig der Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Untersucht werden soll anhand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ob dieser Verfassungsgrundsatz im Kontext der prospektiven Verbrechensbekämpfung hinreichende rechtsstaatliche Schranken zu setzen vermag. Eine besondere Problematik des Massnahmenendes stellen sodann die vielfältigen Umwandlungsmöglichkeiten von Massnahmen dar. Nach der Praxis des Bundesgerichts soll denn grundsätzlich jede Massnahme nach Art. 59 ff. StGB später in eine andere Massnahme umgewandelt werden können, sofern die entsprechenden Voraussetzungen für eine Anordnung gegeben sind.[93] Grundlage hierfür bilden die Konzepte der «Durchlässigkeit» oder «Flexibilität» des Massnahmenrechts, die kritisch hinterfragt werden. An diese Analyse schliesst eine Auseinandersetzung mit dem besonderen Problem der Therapieverweigerung an. Dieses Problem führt in der Praxis oftmals dazu, dass Massnahmenhäftlinge, die nicht gewillt sind, sich therapieren zu lassen, nicht selten lebenslänglich inhaftiert bleiben. Ausdruck der «Flexibilität» des Massnahmenrechts ist unter anderem die Möglichkeit, gemäss Art. 65 StGB eine stationäre Massnahme oder eine Verwahrung nachträglich anzuordnen; eine solche Anordnung ist auch möglich in Fällen, in denen ursprünglich nur eine Freiheitsstrafe und keine Massnahme ausgesprochen wurde. Die Institute der nachträglichen Anordnung einer stationären Massnahme oder Verwahrung sind seit ihrer Einführung insbesondere hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit der EMRK äusserst umstritten. Diesbezüglich und vor dem Hintergrund dieser Bedenken untersucht werden soll die Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in den letzten Jahren. Eine grundlegende Änderung der Praxis könnte sich aufgrund eines im November 2021 ergangenen Entscheids des EGMR ergeben; darin wurde die bisherige bundesgerichtliche Praxis zur Revision zuungunsten des Betroffenen i. S. v. Art. 65 Abs. 2 StGB für gänzlich unrechtmässig erklärt.[94] Dieser wegweisende Entscheid wird eingehend dargestellt und gewürdigt.

Während im dritten Teil dieser Arbeit ausgewählte individualrechtliche Kernprobleme des Massnahmenrechts vertieft analysiert werden, geht es im **vierten**

93 BGE 123 IV 100; vgl. auch BGE 143 IV 1, E. 5.4.

94 *W. A. vs. Switzerland*, EGMR-Urteil vom 2. November 2021, Nr. 3858/16.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

und fünften Teil darum, über mögliche Verbesserungsvorschläge und Alternativen zu den freiheitsentziehenden Massnahmen nach Art. 59 ff. und Art. 64 StGB nachzudenken.

Anknüpfungspunkt hierfür bildet zunächst die strafprozessuale Durchsetzung des Massnahmenrechts. Die Auseinandersetzung mit dem Beweisrecht und grundlegenden Beschuldigtenrechten im **vierten Teil** der Arbeit ermöglicht es, Ansätze aufzuzeigen, um die vielfältigen individualrechtlichen Problematiken, die im dritten Teil benannt wurden, strafprozessual abzufedern. Der Schwerpunkt dieses Teils liegt deshalb auf der Frage, wie auf die beschriebenen Schwierigkeiten sowie die Fehleranfälligkeit bei der Kriminalprognose und dem Befund einer allfälligen schweren psychischen Störung prozessrechtlich am besten reagiert werden kann. Diesbezüglich wird einerseits an die grundlegenden Beschuldigtenrechte der Selbstbelastungsfreiheit und der Unschuldsvermutung angeknüpft, andererseits an den Sachverständigenbeweis. Dabei soll untersucht werden, ob die gesetzliche Konzeption des inquisitorischen Verfahrensmodells individualrechtlich betrachtet im Fall einer forensisch-psychiatrischen Begutachtung zu überzeugen vermag. Diskutiert wird zunächst das Problem der Parteilichkeit der sachverständigen Person. Sodann wird das Gebot der «Waffengleichheit» beim Sachverständigenbeweis näher untersucht und präzisiert. Anschliessend wird untersucht, inwiefern verstärkt adversatorische Elemente im inquisitorischen Verfahren nötig sind, um ein faires Verfahren im Hinblick auf die gerichtliche Einordnung der forensisch-psychiatrischen Kriminalprognosen zu ermöglichen. Dies bedingt auch eine wissenschaftstheoretische Verortung der forensischen Psychiatrie.

Im **fünften Teil** werden die verschiedenen Stränge, die in den vier Teilen entwickelt wurden, zusammengeführt. Dabei soll die Frage der Legitimität der freiheitsentziehenden Massnahmen vor dem Hintergrund der Erkenntnisse der ersten vier Teile grundlegender beantwortet werden. Zu diesem Zweck wird das Problem der hohen Fehleranfälligkeit von Kriminalprognosen im grösseren Kontext einer gerechten Verteilung von Risiken im Bereich der Verbrechensbekämpfung thematisiert. Bei den freiheitsentziehenden Massnahmen nach Art. 59 ff. und Art. 64 StGB geht es anders als bei der Schuldstrafe nicht darum, ob ein bestimmtes schädigendes Verhalten vorgeworfen werden kann und was die angemessene, also gerechte Reaktion darauf ist. Vielmehr stellt sich die Frage, wie die Freiheitseinbussen einer möglichen künftigen Rechtsgutsverletzung zwischen potentiellem Opfer und potentiellem Täter verteilt werden sollten. Dabei sollen insbesondere radikal-utilitaristische Argumente zur Legitimierung des heutigen Massnahmenregimes kritisch untersucht werden. Um das Grundproblem eines auf Effizienz und Nutzenmaximierung getrimmten Sanktionensystems zu adressieren, muss methodisch auf ein rechtsphilosophisches

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

Modell zurückgegriffen werden, das die Mehrheit-Minderheit-Dynamik durchbricht. Erforderlich ist, dass das Massnahmenrecht aus der Perspektive aller möglichen Adressaten beurteilt wird. Die Kernfrage lautet daher, ob wir bereit wären, einem Sanktionensystem zuzustimmen, das etliche falsch positive Kriminalprognosen produziert, um für die Mehrheit mehr Sicherheit zu generieren, wenn wir uns vorstellen, eines Tages selbst Adressat und Opfer einer dieser fehlerhaften Prognosen zu sein. Hinter diesem Gedankengang steckt eine Gerechtigkeitsüberlegung, die in ihrem Kern sowohl dem kategorischen Imperativ von IMMANUEL KANT als auch dem Schleier des Nichtwissens von JOHN RAWLS entspricht. Der Vorteil dieses kontraktualistischen Denkmodells ist nicht nur, dass die Frage der Legitimität des bestehenden Systems vor dem Hintergrund einer grundlegenden Gerechtigkeitsüberlegung gestellt wird. Vielmehr wird mit dieser Methode auch ein Rahmen geschaffen, der es erlaubt, über mögliche Alternativen zum bestehenden System nachzudenken.

Diese Arbeit endet mit einer **Schlussbetrachtung**, in der die wesentlichen Erkenntnisse nochmals aufgeführt werden und skizziert wird, wo künftiger Forschungsbedarf besteht.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

Erster Teil: Wurzeln des strafrechtlichen Massnahmenrechts

I. Prävention als Steuerungskonzept im Strafrecht

1. Prävention als konkurrenzlose Zielbestimmung des Strafrechts

Das Bundesgericht betont in ständiger Rechtsprechung, dass das Strafrecht primär Verbrechensverhütung im Rahmen des Verschuldens und nicht Vergeltung bezwecke.[95] Die Expertenkommission der grossen AT-Revision hielt in ihrem Bericht von 1993 einleitend fest, dass Ziel des neuen Sanktionenrechts sein müsse, dem Präventionszweck des Strafrechts optimal zum Durchbruch zu verhelfen; es sollte kein «milderes, sondern sinnvolleres Recht geschaffen werden».[96] HASSEMER fasste dieses bis heute dominierende Strafrechtsverständnis wie folgt zusammen:

> «Zeiten, da man die Aufgabe des Strafrechts im normativen Ausgleich von Verbrechen und Schuld sehen konnte, sind vorbei. Heute herrscht das präventive Paradigma. Die Verbesserung der Welt durch Strafrecht ist in unserer alltäglichen normativen Verständigung, unserem Strafrechtsdenken und unseren Vorstellungen vom Staat als Zielvorgabe tief eingeschrieben. Strafrecht ist ein Agent der bürgerlichen Sicherheit, und Sicherheit ist ein empirisches Konzept.»[97]

Die Idee der Verbrechensverhütung durch Strafrecht steht für ein Strafrechtsverständnis, das in einem grösseren Zusammenhang der Wirkungsorientierung im Recht vor allem ab der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts eine fast unaufhaltbare Dynamik entwickelt hat[98] und heute als ganz vorherrschend bezeichnet werden muss. Strafrecht und strafrechtliches Sanktionenrecht sind seither nicht mehr ein Mittel des Ausgleichs, der Wiederherstellung eines gerechten Zustands; viel-

---

95 Vgl. BGE 118 IV 337, 340, E. 2c; 134 IV 1, 12, E. 5.4.1; STRATENWERTH 2011, § 2 Rn. 32.

96 Bericht Experten VE 1993, S. 3.

97 HASSEMER 2006a, S. 131.

98 Vgl. z. B. STOOSS 1894, S. 6: «Der Schuldige wird bestraft, weil er ein Gut, das dem Staat und der Gesellschaft teuer ist, schuldhaft verletzt oder gefährdet hat; aber er soll nicht Strafe erleiden, damit, wie Kant sich ausdrückt, ‹jedermann das widerfahre, was seine Thaten wert sind›, sondern damit der Staat und die Gesellschaft also wir alle, uns möglichst des Genusses der menschlichen Güter in Sicherheit erfreuen können.»

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

mehr soll es – so die tief verankerte Überzeugung unseres modernen Strafrechtsdenkens – die Gesellschaft von Kriminalität möglichst befreien und entsprechend sicherer machen. Es soll Menschen von Straftaten abschrecken, gefährliche Menschen in Schach halten, besserungsfähige Menschen therapieren und Normvertrauen schaffen.

Erst seit etwa Ende der 1980er Jahren werden – nach den Debatten des «Schulenstreits» Ende des 19. Jahrhunderts – auch in der deutschsprachigen Literatur wieder kritische Gedanken zur Prävention als Ziel des Strafrechts und des strafrechtlichen Sanktionenrechts vorgebracht und auf dessen expansive und schrankenlose Grundtendenz aufmerksam gemacht.[99] Die Forderung nach «präventiver Rationalisierung des Strafrechts»[100] allerdings ist bis heute weitgehend unbestritten und versperrt zuweilen den Blick für die negative Entwicklung eines reinen Präventionsstrafrechts. Auch die jüngste, 2018 in Kraft getretene Revision des schweizerischen Sanktionenrechts war getragen von der Idee, dass das Sanktionensystem laufend optimiert werden sollte, um Kriminalität möglichst effektiv bekämpfen zu können.[101] Mit einem kaum hinterfragten Eifer werden im Auftrag der Regierung Wirksamkeitsstudien zu den unterschiedlichen Strafarten durchgeführt.[102] Ebenso wird das Volk in Studien regelmässig zu seinen Strafbedürfnissen befragt.[103]

Dieses zeitgenössische Strafrechtsverständnis ist Resultat eines langen und vielschichtigen Prozesses in der Strafrechtswissenschaft, der Strafrechtspolitik und -praxis sowie der Kriminologie. Anstelle eines roten Fadens finden sich viele unterschiedliche Stränge, die zusammengenommen Erklärungen liefern für das heutige Strafrechtsdenken und die geltende Kriminalpolitik. Vorliegend soll einigen dieser Stränge primär im deutschsprachigen Kontext und zumindest bis gegen Ende des 19. Jahrhunderts nachgegangen werden. Ein vertieftes Verständnis der Wurzeln des heute vorherrschenden spezialpräventiven Strafparadigmas ist essentiell, um die Legitimität der freiheitsentziehenden Massnahmen gemäss Art. 59 ff. StGB und Art. 64 StGB überprüfen zu können. Dabei soll insbesondere aufgezeigt werden, wie das kriminal- und wissenschaftspolitische Leitbild von STOOSS und seinen Mitstreitern – stark inspiriert von den Schriften VON LISZTS – den Weg bereitete für unser heutiges Sanktionensystem. Ein System, das rechtsstaatliche Doppelstandards eingeführt und

99 Vgl. insb. NAUCKE 1982; P.-A. ALBRECHT 1986; BERNARD 2017b, S. 130 f.; BERNHARD 2005, S. 41 f.; MAEDER 2019, S. 16; OBERHOLZER 2018, S. 97 ff.; VORMBAUM 2019.

100 P.-A. ALBRECHT 1986, S. 55.

101 Vgl. Botschaft StGB, BBl 2012, S. 4721; kritisch BOMMER 2016, S. 29 ff.; vgl. auch BOMMER 2007a, S. 3.

102 Vgl. Evaluationen AT StGB 2010-2012.

103 Vgl. insb. KUHN 2017, S. 47 ff.; vgl. auch BUGNON 2017, S. 67 ff.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

zentrale beschränkende Prinzipien des Schuldstrafrechts ausser Kraft gesetzt hat. Ein vertiefteres, ideengeschichtliches Verständnis ist essentiell, um die individualrechtliche Problematik der freiheitsentziehenden Massnahmen, die im dritten Kapitel dieser Arbeit herausgearbeitet wird, in ihrem Ausmass erfassen und kontextualisieren zu können. Ebenso um zu verstehen, weshalb die Spezialprävention trotz ihrer klaren rechtsstaatlichen Defizite zur dominierenden Straftheorie wurde.

2. Die «kopernikanische Wende der Rechtswissenschaft»

Ende des 19. Jahrhunderts setzte sich in verschiedenen Ländern Europas und in Amerika entscheidend die Vorstellung durch, dass der «Kampf gegen das Verbrechen»[104] eine der wichtigsten Aufgabe der Moderne sei.[105] Die im ausgehenden 19. Jahrhundert konzipierte Kriminalpolitik, die verstärkt auf Disziplinierung und Kontrolle setzte, fand ihren Niederschlag in der Schweiz im Vorentwurf des ersten eidgenössischen Strafgesetzbuches von 1893, das CARL STOOSS im Auftrag des Bundesrates erarbeitete. Spätere Entwürfe von 1908 sowie die Referendumsvorlage von 1918 bauen stark darauf auf. Neben STOOSS waren insbesondere der Zürcher Strafrechtsprofessor und Nationalrat EMIL ZÜRCHER sowie der Genfer Strafrechtsprofessor ALFRED GAUTHIER wichtige Stimmen der Schweizer «Kriminalisten».[106] Die mehr als fünfzig Jahre zwischen den ersten Gesetzgebungsentwürfen und dem Inkrafttreten des eidgenössischen Strafgesetzbuches 1942 können als Zeit des Ringens um ein neues und allumfassendes Strafrechtsverständnis begriffen werden. Mit einem kriminalpolitischen Leitbild, das auf die «Eindämmung des Verbrechertums» durch nötigenfalls «strenge Aussonderung der schlechten Elemente» setzte,[107] wurde sowohl auf theoretischer als auch auf praktischer Ebene der Grundstein gelegt für ein eingriffsintensives Sicherheitsrecht, bei dem die angemessene Schuldstrafe zwangsläufig an Bedeutung verlor. Das diesem Sicherheitsrecht zugrunde liegende Prinzip der Prävention ist dabei nicht nur Ausdruck einer bestimmten Kriminalpolitik. Vielmehr steht es für eine Transformation von einem liberalen und freiheitlichen Rechtsstaat hin zu einem kommunitaristisch inspirierten Interventionsstaat, der seinen Bürgern soziale Sicherheit verspricht

[104] So der Titel eines Vortrages von Carl Stooss, den er 1894 in Bern hielt.
[105] Vgl. U. GERMANN 2015, S. 96.
[106] Vgl. U. GERMANN 2015, S. 58.
[107] ZÜRCHER 1892b, S. 514

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

und sie vor einer Vielzahl von potentiellen Gefahren schützen will. Ausgangspunkt eines vom Präventionsgedanken durchdrungenen Straf- und Sanktionenrechts ist ein Zweckdenken, das seit Beginn des letzten Viertels des 19. Jahrhunderts die gesamte Rechtswissenschaft und das Strafrecht im Besonderen erfasste. Das dominante Eindringen dieses Zweckdenkens in das Recht, das treffend als «kopernikanische Wende der Rechtswissenschaft»[108] umschrieben wird, gilt es vor dem Hintergrund der damals stattfindenden gesellschaftlichen Veränderungen und der aufkommenden Sozialpolitik zu verstehen, in die die Kriminalpolitik zunehmend eingebettet war.

Das letzte Drittel des 19. Jahrhunderts war geprägt von der Industrialisierung, einem enormen Bevölkerungswachstum, zunehmender Mobilität, dem Aufkommen der Arbeiterschaft und der Verstädterung. Dieser politische und wirtschaftliche Strukturwandel brachte viel Forschungsglauben und Fortschritt, sorgte aber auch für Modernisierungskrisen und eine Gesellschaft, die durch neuartiges Kriminalitätsaufkommen verunsichert war. OTTO MITTELSTÄDT, deutscher Reichsgerichtsrat, dessen Schriften auch FRANZ VON LISZT inspirierten, formulierte dies wie folgt:

> «Seit wir in die Bahnen der industriellen Entwicklung eingelenkt, die mit grossstädtischer Zentralisation, mit fabrikativem Grossbetrieb verbundenen Menschenanhäufungen proletarischen Gepräges und die durch die Fabrikarbeit bedingte Auflösung des Familienlebens unter den lohnarbeitenden Klassen kennen gelernt haben, findet das Verbrecherthum vorzüglich in den letzteren feinen Nährboden. Gewissenlose Barone von oben und gewissenlose Demagogen von unten haben hier eine politische Verwilderung, gesellschaftliche Verhetzung, sittliche Verwahrlosung gross gezogen, welche die schlimmsten verbrecherischen Auswüchse zeitigen muss.»[109]

Dieser gesellschaftliche Strukturwandel forderte einen Umbau des Staates und seiner Institutionen. Damit sollten nicht nur Rahmenbedingungen für eine freie Wirtschaft geschaffen, sondern zunehmend das Wirtschaftsleben gesamthaft gelenkt werden; denn die Gesellschaft war leistungsfähiger, aber auch störungsanfälliger geworden. So entwickelte sich ein Interventionsstaat, der nicht nur reagiert, sondern zunehmend auch präventiv aktiv wird.[110] Der Staat trug fortan die «Globalverantwortung» für eine gesunde wirtschaftliche, soziale und kulturelle Entwicklung. Diese Verantwortung nahm in der kapitalistischen Gesellschaft stetig zu, weil die Wachstumslogik laufend neue «Krisenherde» generierte.[111] Dieser Funktionswandel des Staates schuf den Boden für eine präventive staatliche Tätigkeit, die mittels vorbeugender Massnahmen versuchte,

108 VORMBAUM 1995, S. 735.
109 MITTELSTÄDT 1892, S. 253.
110 Vgl. GRIMM 1986, S. 42 ff.
111 GRIMM 1986, S. 43.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

Krisen am Entstehen zu hindern. Kriminalpolitik wurde daher zunehmend grossflächig, also auch ausserhalb des Strafrechts, betrieben.[112] Prävention und Repression sollten sich «innig vereinigen» mit dem gemeinsamen Ziel, die «wirksame Bekämpfung des Verbrechertums» zu erreichen.[113] STOOSS wurde dafür gelobt, die «unheilvolle Trennung von Repression und Prävention, wie sie die schulmeisterliche Engherzigkeit unserer herrschenden Rechtswissenschaften durchzusetzen verstanden hat»,[114] durchbrochen zu haben.

Exemplarisch für dieses Verschmelzen von Verbrechensbekämpfung und Sozialpolitik ist etwa die staatliche Lenkung des Konsums von gebranntem Wasser mittels Monopol und Abgaben im Alkoholgesetz von 1886. Diese gehörte zu einer Reihe von sozialpolitischen Massnahmen wie etwa die Bekämpfung von Alkoholismus, Unterstützungsbeiträge für Anstalten von entlassenen Straftätern, für verwahrloste Kinder oder psychisch kranke Menschen.[115] Sodann wurden vor allem ab Ende des 19. Jahrhunderts staatliche Institutionen geschaffen, die auf den Abbau von Gesundheitsrisiken und die Verbesserung der Lebensbedingungen insgesamt zielten: 1890 wurde die verfassungsrechtliche Grundlage für eine Kranken- und Unfallversicherung gelegt; parallel zu den Entwicklungen auf Bundesebene wurden Anstrengungen auf kantonaler und kommunaler Ebene unternommen, die als Anfänge der «Leistungsverwaltung» umschrieben werden können.[116] Es wurde in die medizinische Versorgung, den Wohnungsbau, den öffentliche Verkehr und den Strassenbau investiert.

Die vorbeugende Einwirkung auf mögliche Krisenherde wurde insbesondere auch durch eine rasch fortschreitende Entwicklung von Naturwissenschaften und Technik ermöglicht. Die damit verbundene Weiterentwicklung der empirischen Forschung führte auch zu einem grundlegend anderen Verständnis von Recht und Strafrecht. Wissenschaftlicher Schlüsselbegriff wurde der Positivismus, der natur- und vernunftrechtliche Vorstellungen als ablehnte, und sich ganz auf empirische Gegebenheiten stützte.[117] Die Rechtswissenschaften wurden als «logisch-technische» Wissenschaft verstanden.[118] So hielt FRANZ VON LISZT fest: «Der Schuldspruch muss, unter Vereinfachung der gesetzlichen Verbrechensbegriffe, nach festen Rechtsregeln, auf Grund einer logisch-juristischen Schlussfolgerung, gefällt werden.»[119] VON LISZT war stark beeinflusst

112 Vgl. STOOSS 1894, S. 12.
113 STOOSS 1894, S. 19.
114 VON LISZT 1905d, S. 105.
115 Vgl. U. GERMANN 2015, S. 105 ff.
116 Vgl. U. GERMANN 2015, S. 121 m. w. H.
117 Vgl. VORMBAUM 2019, S. 115.
118 VON LISZT 1905c, S. 69.
119 VON LISZT 1905c, S. 71.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

von seinem Lehrer RUDOLF VON JHERING und dessen Lehre vom «Zweck im Recht».[120] JHERING prägte mit seiner Geisteshaltung – alles Recht ist darauf ausgerichtet, die Lebensbedingungen der Gesellschaft zu sichern – eine ganze Juristengeneration.[121]

Die Begründung der Strafe wurde in Relation zum empirischen Zweck der Verbrechensbekämpfung gesehen.[122] Die Aufgabe des Strafrechts sollte ausschliesslich zukunftsgerichteter Rechtsgüterschutz sein.[123] Das Problem der Legitimation der Strafe als ein nichtempirisches Gerechtigkeitsproblem wurde entsprechend neu formuliert. Der Begriff der «Gerechtigkeit» wurde empirisch überformt, was etwa in FRANZ VON LISZTS Aussage, die gerechte Strafe sei die «notwendige Strafe», um die «Rechtsgüterwelt» – mit anderen Worten die «Lebensbedingungen» – zu schützen, zum Ausdruck kommt.[124] Das strafrechtliche Sanktionenrecht – ja das Recht überhaupt – wurde zu einem Gefäss für gesellschaftliche Schutzinteressen, die politisch bestimmt wurden. Danach sollte die Strafe keinen rechtlichen Zustand vor der Straftat wiederherstellen oder eine Rechtsverletzung ausgleichen, sondern nur kriminalpolitische Zwecke verfolgen. Das Strafrecht wurde aber auch nicht zu einem Instrument, das nur die äussere Freiheitssphäre des Einzelnen gegen diejenige des anderen schützt, sondern reichte vielmehr weit in die Gesellschaft hinein; es sollte allgemeine und umfassende Sicherheit garantieren: Die sich daraus ergebende «Politisierung des Strafrechts» wurde «das Ziel der Zweckorientierung des Strafrechts».[125] So dominierte zunehmend eine Kriminalpolitik, die einen wohlfahrtsstaatlichen Anspruch erhob, die Gesellschaft dauerhaft vor Sicherheitsrisiken zu schützen.

Ebenso wurde die Vorstellung von einem autonomen Rechtssubjekt, das aufgrund von selbstbestimmtem Verhalten bestraft wird, zugunsten der Vorstellung aufgegeben, Straftäter seien weitgehend determiniert und würden sich in empirisch bestimmbare Kategorien einteilen lassen, die es zu sichern, abzuschrecken oder zu bessern galt. Der «Zweckgedanke im Strafrecht» verknüpfte den Inhalt des Strafrechts und des strafrechtlichen Sanktionenrechts mit der

120 Erschienen 1877.

121 Vgl. exemplarisch EXNER 1914, S. 1; SCHMIDT-RECLA/STEINBERG 2007, S. 199; zum Einfluss von Jhering auf von Liszt vgl. KREHER 2015, S. 30 ff.

122 Vgl. STRATENWERTH 2011, § 2 Rn. 15.

123 Vgl. FRISCH 2016, S. 6 f.

124 VON LISZT 1905b, S. 161: «Die richtige, d. h. die gerechte Strafe ist die notwendige Strafe. Gerechtigkeit im Strafrecht ist die Einhaltung des durch den Zweckgedanken erforderlichen Strafmasses.»; vgl. bereits Beccaria, zit. nach Vormbaum 2019, S. 30: «Um gerecht zu sein, darf eine Strafe nur jene Intensitätsgrade besitzen, die ausreichen, um Menschen von Verbrechen abzuhalten.»

125 NAUCKE 1982, S. 536.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

herrschenden politischen Kraft. FRANZ VON LISZT formulierte dieses neue Staatsverständnis so:

> «Aus dem Rechtsstaat, dem Nichts-als-Rechtsstaat, der sich damit begnügt hat oder wenigstens damit begnügen wollte, dem freien Spiel der Kräfte den ruhigen Ablauf zu sichern, aus diesem Rechtsstaat, der um die Kant'sche Formel anzuwenden lediglich dafür sorgen wollte, dass die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen bestehen könne, hat sich im Laufe der Jahrzehnte der moderne Verwaltungsstaat entwickelt, der durch bewusste Zwecksetzung eingreift in das freie Spiel der Kräfte, eingreift, um auf der einen Seite den Schwachen gegenüber dem Überstarken zu schützen, um auf der anderen Seite die Interessen der Gesamtheit gegenüber dem Übermut des einzelnen wahrzunehmen. Dieselbe grosse geistige Strömung, die uns die Sozialpolitik gebracht hat, hat uns auch den Begriff der Kriminalpolitik gebracht (…) Unsere moderne strafrechtliche Schule erscheint als Übertragung wirtschaftlicher und politischer Gedanken und Forderungen auf unser spezielles Arbeitsgebiet. Sie fordert, in voller Erkenntnis der Problemstellung, bewusste Zwecksetzung von Seiten des Staates, ein bewusstes Eingreifen in das freie Spiel der Kräfte, sie stellt an den Staat das Verlangen, den Einzelnen, solange es möglich ist, zu schützen, zu heben, wieder anzupassen an die im raschen Flusse sich ändernden gesellschaftlichen Verhältnisse, und die Gesamtheit zu schützen, wenn es nötig ist, gegen den Einzelnen, der anpassungsunfähig ist, indem man ihn aus der Gesellschaft ausscheidet.»[126]

Dieses neue Staatsverständnis wird in der Literatur als «Vorsorgestaat» oder «Interventionsstaat» beschrieben.[127] Die Bestrafung des Einzelnen wurde dadurch gerechtfertigt, dass Gutes bewirkt werde, nämlich die Verhinderung von künftigen Verbrechen; das Strafübel als belastender Eingriff produzierte also letztlich günstige Folgen, womit die Rechtfertigung einfach gelang und mitunter sogar im Interesse des Betroffenen lag. HASSEMER fasste dieses bis heute bestehende Strafrechtsverständnis und damit die vorherrschende Geisteshaltung der Strafrechtler des 20. Jahrhunderts wie folgt zusammen:

> «Wie, wenn nicht mit Blick auf die tatsächlichen Wirkungen hoheitlichen Handelns, soll die Rechtfertigung des strafrechtlichen Eingriffs in die Handlungsfreiheit des Bürgers, des Verdächtigen, des Verurteilten überhaupt gedacht, dogmatisch konstruiert und politisch vermittelt werden?»[128]

126 VON LISZT 1912, S. 377 ff.; dazu NAUCKE 1982, S. 537.
127 VORMBAUM 2019, S. 113; vgl. auch ZABEL 2016, S. 88; EICKER 2010, S. 47.
128 HASSEMER 2006a, S. 132.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

3. Die Dominanz des präventiven Denkens in der schweizerischen Strafrechtswissenschaft

Statt an einem liberalen Strafrechtsideal, das einzelne mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nachgewiesene Straftaten mit angemessenen und daher gerechten Strafen vergolten haben will und dessen vordringliches Ziel darin besteht, das Individuum vor schrankenloser und überschiessender staatlicher Unterdrückung zu schützen, wurde eifrig an einem empirisch-spekulativen Leitbild gearbeitet, wonach die Strafe primär den Schutz der Gesellschaft vor zukünftigem Verbrechen bezwecken sollte.[129] Eine auf Vergeltung gerichtete Strafpraxis wurde wegen zu vieler kurzer Freiheitsstrafen, die in ihrer «schablonenartigen Behandlung differenzierter Individualitäten»[130] ausgesprochen wurden, als unsachgerecht und unnütz kritisiert. Straftäter sollten nicht mehr aufgrund ihres Verschuldens bestraft werden, und es sollte nicht mehr ein Ausgleich für die begangene Tat erzielt werden. Vielmehr sollte auf die Zukunft bezogen «gebessert» bzw. «unschädlich» gemacht werden. CARL STOOSS forderte anstelle eines «blinde[n] Wüten[s] gegen Jeden»[131] eine verstärkte spezialpräventive Ausrichtung der Strafe, die die unterschiedlichen Persönlichkeiten von Straftätern zum Zwecke einer effektiven Verbrechensbekämpfung bei der Wahl und Begründung der Strafe einbezieht. Vielmehr noch als am «blinde[n] Wüten gegen Jeden» störte sich die neue Generation von Strafrechtlern, zu der in der Schweiz das «Dreigestirn» CARL STOOSS, EMIL ZÜRCHER und ALFRED GAUTIER gehörte,[132] an den Sicherheitslücken, welche die vergeltungstheoretisch begründete Strafe hinterlassen würde: Es sei «eine Sünde an der Menschheit (…), wenn ein Mensch, der in viehischem Trieb einen Anderen halb todtgeschlagen, nach wenigen Jahren ungebessert und unverändert wieder auf die Menschheit losgelassen wird, damit er einen Anderen ganz todtschlagen könne (…) und dies alles im Namen der Gerechtigkeit, die nur die That abwiegt».[133] Da es sich hierbei um «atavistische Elemente» handle, gäbe es laut ZÜRCHER nur die Lösung einer radikalen «Ausschliessung» aus der Gesellschaft,[134] einer «Ausscheidung der verbrecherischen Irren von Anderen».[135] Die führenden drei Strafrechtsdenker lehnten sich dabei auch an FRANZ VON LISZT an, der den Grund für die steigende Kriminalität des «Gewohnheitsverbrechertums» in

129 Vgl. VORMBAUM 2019, S. 118 ff.
130 KRAEPELIN 1880, S. 19.
131 ZÜRCHER 1892b, S. 514.
132 U. GERMANN 2015, S. 58 f.
133 ZÜRCHER 1892a, S. 13.
134 ZÜRCHER 1892a, S. 11, 13.
135 ZÜRCHER 1892a, S. 11.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

der Strafrechtswissenschaft sah, die Begrifflichkeit und Methode philosophisch hergeleitet und sich mit dogmatischen Fragen der Zurechnung beschäftigt hatte, anstatt sich um den Schutz der Gesellschaft vor unverbesserlichen Straftätern gekümmert zu haben.[136]

Um die Vergeltungsstrafe zu diffamieren, bedienten sich STOOSS und seine Mitstreiter aber auch des Gedankenguts und der Formulierungen von Psychiatern, die eine zunehmend wichtige Rolle in der Strafrechtspolitik einnahmen. Der wohl einflussreichste deutsche Psychiater jener Zeit, EMIL KRAEPELIN, zog die vergeltungstheoretisch legitimierte Freiheitsstrafe geradezu ins Lächerliche: «[D]ie paar Jahre Ruhe tun ihm ganz wohl; er hat nichts zu gewinnen, aber zu verlieren auf der Welt; am Ende seiner Strafzeit öffnen sich ihm die Thüren ja wieder, und das wilde lustige Leben in der Freiheit entschädigt ihn wohl für die erzwungenen Unterbrecher seiner Verbrecherlaufbahn.»[137] Gestützt auf den Vergeltungsgedanken würden Gewohnheitsverbrecher, die sich «ins Fäustchen lachen», nach Absitzen ihrer Strafe «wie ein Raubtier auf das Publikum los[ge]lassen».[138] Nach KRAEPELIN, der eine deutlich antiliberale Grundhaltung vertrat, ist der Mensch ohnehin aufgrund seiner empirischen und «animalischen» Natur vorbestimmt; die Willensfreiheit als die Fähigkeit, selbstbestimmt zu handeln, sei nichts anderes als «Selbsttäuschung des naiven Bewusstseins».[139] Entsprechend sollte die Tat auch nicht als solche, sondern als «Wahrzeichen, Symptom einer moralischen Verdorbenheit, der Gefährlichkeit des Verbrechers» angesehen werden; und «die Vertheidigungsmassregeln der Gesellschaft» sollten sich wiederum entsprechend «danach richten».[140] Diese Betrachtungsweise mündete in einen deutlichen Paradigmenwechsel im Strafrecht, in eine Wende weg vom repressiv-limitierenden hin zu einem präventivgestaltenden Modell.[141] Gemäss diesem Modell sollte nicht mehr auf schuldangemessene repressive Sanktionen zurückgegriffen werden, sondern auf eine umfassende Sozialpolitik, die auch sehr eingriffsintensive Massnahmen enthält, die «sanierende und präventive Wirkungen» entfalten sollen.[142] Dies führte insgesamt zu einer deutlichen Erweiterung des strafrechtlichen Steuerungsanspruchs einerseits[143] und einer deutlichen Zunahme der Sanktionsmög-

136 VON LISZT 1905b, S. 166 ff.
137 KRAEPELIN 1880, S. 21.
138 KRAEPELIN 1880, S. 21.
139 KRAEPELIN 1880, S. 9; vgl. SCHMIDT-RECLA/STEINBERG 2007, S. 205.
140 ZÜRCHER 1892a, S. 14.
141 Vgl. P.-A. ALBRECHT 1986, S. 58.
142 P.-A. ALBRECHT 1986, S. 58.
143 Vgl. P.-A. ALBRECHT 1986, S. 60.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

lichkeiten und der Sanktionshärte andererseits. Der straflimitierende Vergeltungsgedanke war bei dieser auf Effizienz ausgerichteten Verbrechensbekämpfung nur ein störendes Hindernis.

4. Die Erforschung der Kriminalitätsursachen

Die erwähnte neue Generation von Strafrechtlern wollte die Kriminalpolitik wissenschaftlich untermauert wissen und die Notwendigkeit der Besserung nicht bloss auf moralische Prinzipien der Gerechtigkeit stützen. Die auf maximale Verbrechensprävention ausgerichteten Strafrechtsreformer begannen sich daher für die Erkenntnisse der Kriminalitätsursachenforschung zu interessieren, die sich insbesondere im Zuge der enormen Entwicklung der Naturwissenschaften herausgebildet hatten. Der Mensch wurde primär aufgrund seiner empirischen Natur bestimmt. Entsprechend wurde die Willensfreiheit in Zweifel gezogen, da diese seinerzeit empirisch nicht nachweisbar war. Damit begann ein fundamentaler Grundpfeiler des liberalen Strafrechts zu erodieren, nämlich die Autonomie und Selbstverantwortung des Täters. Das freiheitliche Strafrechtsverständnis, wonach zur Bestimmung von Strafbarkeit und Sanktion insbesondere auf objektive Faktoren abzustellen sei, während subjektive Faktoren höchstens strafbarkeitseinschränkend wirkten, wurde zunehmend zurückgewiesen. Dagegen setzte sich vermehrt das Bild des willensunfrei ins Verbrechen getriebenen Straftäters durch.[144] Es erstaunt nicht, dass aufgrund dieser dominierenden Geisteshaltung FRANZ VON LISZTS auch die bis anhin fundamentalen Konzepte von «Schuld» und «Sühne» als «Schöpfungen» von «Dichtern», die «geläuterten wissenschaftlichen Erkenntnissen» nicht standzuhalten vermöchten, diskreditiert wurden.[145]

Diese deterministische Deutung von Kriminalität war durchaus vielschichtig: Neben der Vorstellung des verelendeten Menschen, der aufgrund der sozialen Misere willenlos in die Kriminalität getrieben wurde, setzte sich zunehmend auch die Vorstellung eines von Natur aus degenerierten und kranken Verbrechers durch.[146] Dazu trug in erster Linie das 1876 erschienene Werk «L'Uomo Delinquente» des Rassentheoretikers und Eugenikers CESARE LOMBROSO bei, das mit der Begründung der «positiven» biologisch-anthropologischen Schule einen neuen Diskurs über die Ursachen von Verbrechen auslöste.

Grundlage von LOMBROSOS Lehre ist ein anthropologisches Modell, wonach sich der Mensch in einem stammesevolutiven Prozess entwickelt hat. Zu jeder

144 Vgl. ZÜRCHER 1892a, S. 14.
145 VON LISZT 1905e, S. 229.
146 Vgl. SINGELNSTEIN/KUNZ 2021, § 4 Rn. 13 ff.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

menschlichen Entwicklungsstufe gehören spezifische physische und kognitive Merkmale. Der Verbrecher fällt in eine bestimmte Entwicklungsstufe und kann entsprechend der für diese Entwicklungsstufe typischen Merkmale identifiziert werden. Die Vorstellung, dass Menschen aufgrund der ererbten, unveränderlichen Anlage ins Verbrechen getrieben würden, bestand zwar schon vor LOMBROSO.[147] LOMBROSO allerdings perfektionierte dieses Verständnis einer biologisch-genetischen Prädeterminierung von bestimmten Menschen zum Bösen. Zu diesem Zweck entwickelte er ein wissenschaftliches System, in dem Menschen vermessen und klassifiziert wurden. Anhand von erkennbaren ererbten körperlichen Anomalien sollten sie schliesslich identifiziert werden. Auf der untersten Stufe stand der anthropologische Typus des «geborenen Verbrechers», der als der «moralische Irrsinnige»[148] beschrieben wurde. Nach der Vorstellung von LOMBROSO befindet sich dieser Typus Mensch auf einer Entwicklungsstufe, die «normale» Menschen bereits überwunden haben.[149] EMIL ZÜRCHER griff diese Lehre auf und kommentierte die Idee des «geborenen Verbrechers» wie folgt: «Er lebt ganz in einer anderen Welt als der normale Mensch, er beginnt als Thierquäler, er endet als Mörder.»[150] Diese Vorstellung, dass sich bestimmte Menschen weiterhin in einem entwicklungsgeschichtlich überholten atavistischen Zustand befänden, in dem sie zum Verbrechen prädeterminiert sind, gründete nach LOMBROSO in der Annahme, dass bestimmte verbrecherische Anlagen über Generationen innerhalb des anthropologischen Typus des «geborenen Verbrechers» weitergegeben würden. Da es sich dabei um biologisch-naturwissenschaftliche Phänomene handelte, sollten nach LOMBROSO auch in erster Linie Mediziner oder Psychiater für die strafrechtliche Sanktionierung der Verbrecher zuständig sein und nicht die Juristen.[151]

Ähnliche Ansichten vertraten auch prominente Schweizer Psychiater wie AUGUSTE FOREL, Direktor des zürcherischen Irrenhauses Burghölzli (1879–1898), oder sein Nachfolger, EUGEN BLEULER (1898–1927). Sie übernahmen Teile der Lehre LOMBROSOS und traten dezidiert für die Umwandlung des Strafrechts in ein medizinisch-psychiatrisches Schutzrecht ein.[152] Allerdings

147 Vgl. SINGELNSTEIN/KUNZ 2021, § 4 Rn. 14.
148 ZÜRCHER 1892a, S. 11.
149 Vgl. LOMBROSO 1876; dazu SINGELNSTEIN/KUNZ 2021, § 4 Rn. 20 ff.
150 ZÜRCHER 1892a, S. 11.
151 Vgl. BROSSARD/PITTET 2004, S. 45 f.; STRASSER 2005, S. 162 f.
152 Vgl. FOREL 1889, S. 17 f., 33: «Einzig der Nachtragsbeschluss des Schwurgerichts, der auf einen wichtigen Punkt, nämlich die ‹Unheilbarkeit Kaufmanns› eingeht, entspricht einem wirklichen Bedürfnis, nämlich dem einer angemessenen Versorgung, d. h. Unschädlichmachung des Angeklagten.»; BLEULER 1892, insb. S. 52.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

fand LOMBROSOS Theorie aufgrund seiner extremen Ansichten unter Strafrechtswissenschaftern zunächst relativ wenig Gefolgschaft.[153]

Dennoch bildete LOMBROSOS Werk einen wichtigen Auftakt zu einer Reformära. Dies nicht zuletzt, weil es ihm gelang, den Blick der Strafrechtler weg vom Verbrechen auf den Verbrecher zu lenken. Dies führte beispielsweise bei FRANZ VON LISZT zu grossen Bemühungen, den Typ «Verbrecher» wissenschaftlich zu erfassen.[154] Daraus entstand eine eigentliche «humanwissenschaftliche […] Expertenkultur»,[155] die sich auf Erkenntnisse von ausserhalb des Rechtlichen liegenden Bezugswissenschaften – der Soziologie und der Psychiatrie – stützte.[156]

Darauf aufbauend wurde Kriminalität vermehrt verstanden als Lebenswandel einer bestimmten Person, nicht als einzelne Handlung. Ende des 19. Jahrhunderts war der Verbrecher für viele Kriminalisten ein «anti-soziales und daher gefährliches Subjekt».[157] Damit wurde die rechtliche Analyse und Bewertung der kriminellen Handlung zugunsten einer empirischen Analyse zurückgedrängt.[158] Nicht nur sollten die Wirkungen der Strafe empirisch überprüft werden, sondern auch die Ursachen von Kriminalität. Man interessierte sich nunmehr für den Täter, seine Biographie, sein Umfeld, seine Erziehung, wobei diese Variablen als mögliche Kriminalitätsursachen wahrgenommen wurden. Entsprechend wurde der Anspruch erhoben, ein Milieu, eine Familie, einen Lebenswandel als kriminogen erfassen und kategorisieren zu können.[159] Im Gegensatz zu einem primär vergeltenden Strafrecht, das den Eintritt der Rechtsgutsverletzung abwartet, um dann angemessen darauf reagieren zu können, führte die präventive Orientierung im Strafrecht zur Überzeugung, dass Ursachen von Kriminalität und konkrete Gefahrenquellen nicht nur möglichst frühzeitig aufgedeckt, sondern bei Bedarf auch hemmungslos ausgemerzt werden müssten. Weil die Wurzeln dieser «Gefahrenquellen» unter Umständen tief in die Persönlichkeitsstruktur des Täters reichen könnten, musste eine möglichst wirksame Kriminalprävention nach dem damaligen Verständnis entsprechend auch ein Eindringen in die Bereiche der Gesinnung, des Lebenswandels und der sozialen Kontakte des jeweiligen Straftäters ermöglichen.

Diese einseitige Ausrichtung auf ein präventives Modell, das auch vor intensiven Eingriffen in die Privatsphäre nicht zurückschreckt, zeigte sich auch ein

153 Wohlwollend etwa ZÜRCHER 1892a, S. 7 ff.
154 Vgl. U. GERMANN 2015, S. 74.
155 U. GERMANN 2015, S. 16.
156 Vgl. U. GERMANN 2015, S. 74.
157 ZÜRCHER 1892a, S. 11 ff.
158 Vgl. exemplarisch STOOSS 1894, S. 15 ff.
159 Vgl. STOOSS 1894, S. 13 f.; P.-A. ALBRECHT 1986, S. 68.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

Jahrhundert später bei den Alternativentwürfen deutscher und schweizerischer Lehrer zur Strafprozessordnung. Als eines der dringendsten Reformanliegen wurde die Institutionalisierung einer «Gerichtshilfe» angesehen, die beauftragt werden sollte, die persönlichen und sozialen Verhältnisse des Beschuldigten im Hinblick auf die zweckmässige Sanktion zu durchforsten.[160] Auch wenn sich diese Institution im schweizerischen Prozessrecht nicht etablieren konnte, spielen persönliche Tätergesichtspunkte auch heute bei der Strafzumessung eine wichtige Rolle. Der Gesetzgeber schreibt in Art. 47 StGB vor, dass neben der Tatkomponente – dem Verschulden – auch Täterkomponenten zu berücksichtigen seien: das «Vorleben», die «persönlichen Verhältnisse» und die «Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters».[161]

Die Wissenschaftsgläubigkeit betreffend die Person des Verbrechers zog seit Ende des 19. Jahrhunderts immer weitere Kreise. So wurden etwa Gefängnisdirektoren zur statistischen Erfassung der Gründe für die Straffälligkeit ihrer Insassen angehalten.[162] In ihren männlichen Insassen erblickten sie typischerweise eine «Klasse zutiefst verkommener, lasterhafter Menschen», die hauptsächlich wegen «Trunksucht», «Ausschweifung», «moralischer Verkommenheit», «Habgier» und «Genusssucht» straffällig geworden waren. Bei den Frauen galt hingegen Prostitution als wichtiger Grund für ihre Straffälligkeit.[163] Ähnlich sah auch STOOSS in den 1890er Jahren die Ursachen von Kriminalität im Bereich des Sozial-Moralischen wie der mangelhaften Erziehung und sittlichen Verwahrlosung von Kindern und Jugendlichen: «In der That wäre die Verbrecherfrage ihrer Lösung nahe, wenn es keine durch mangelhafte Erziehung gefährdete und verwahrloste Kinder mehr gäbe.»[164] Dahingehend äusserte sich auch VON LISZT, der biologische und soziologische Erklärungen des Verbrechens vereinte: «Das Verbrechen ist das Produkt aus der Eigenart des Verbrechers einerseits und den ihn im Augenblick der Tat umgebenden gesellschaftlichen Verhältnissen andererseits; also das Produkt des einen individuellen Faktors und der ungezählten gesellschaftlichen Faktoren.»[165] STOOSS wiederum war besonders darum bemüht, die rechtliche Theorie der Spezialprävention und das ihr zugrunde liegende «Täterbehandlungskonzept»[166] mit den nötigen wissenschaftlichen Erkenntnissen der psychiatrischen Forschung empirisch zu untermauern. Im Einklang mit den Ansichten FRANZ VON LISZTS

160 AE-StPO 1985, § 150, § 160 Abs. 3–5, § 214a, § 243b Abs. 4, 5.
161 Vgl. WIPRÄCHTIGER/KELLER, BSK StGB-I, Art. 47 Rn. 86, 120 ff.; WOHLERS, HK-StGB, Art. 47 Rn. 6, 13 ff.
162 Vgl. STOOSS 1894, S. 15, 17.
163 STOOSS 1894, S. 17; dazu U. GERMANN 2015, S. 105.
164 STOOSS 1894, S. 13 ff.
165 VON LISZT 1905a, S. 234.
166 KREHER 2015, S. 142.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

sollten die Erfahrungswissenschaften und das Strafrecht nicht als getrennte Disziplinen verstanden werden, sondern als einander ergänzend; dies, um eine möglichst effiziente Verbrechensbekämpfung leisten zu können.[167] Die Integration der unterschiedlichen Kriminaldisziplinen, die VON LISZT hartnäckig gefordert hatte und die programmatisch in der Namensgebung der von ihm gegründeten «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft» zum Ausdruck kommt, propagierte auch STOOSS. Er vermittelte in verschiedener Hinsicht zwischen Psychiatern und Juristen, indem er beispielsweise den Psychiatern FOREL und BLEULER ermöglichte, in der «Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht» (seinerzeit «Zeitschrift für Schweizerisches Strafrecht») zu publizieren. Ebenso nahm er Begriffsdefinitionen der Psychiatrie zur «Zurechnungsfähigkeit» und zu «weitergehenden Versorgungsmassnahmen» in seine Vorentwürfe auf.[168]

Diese Verknüpfung der Strafrechtspflege mit den Natur- oder Erfahrungswissenschaften verlief indessen nicht gradlinig. Vielmehr dominierten individualisierende, psychiatrisch-biologische Deutungsansätze die wissenschaftliche Grundlagendiskussion, während sozialwissenschaftliche Bemühungen um eine statistische Erfassung von Kriminalität und ihre Ursachen bis Mitte des 20. Jahrhunderts weitestgehend scheiterten.[169] So lag bis zur Verabschiedung des ersten eidgenössischen Strafgesetzbuches 1942 keine umfassende gesamtschweizerische Urteilsstatistik vor.[170] Die sozialwissenschaftliche Perspektive von EMIL ZÜRCHER etwa beschränkte sich auf Kriminalstatistiken aus Frankreich; dennoch hielt ZÜRCHER es für erwiesen, dass auch in der Schweiz erstens die Kriminalität zugenommen habe und dass dieser Umstand zweitens auf Rückfalltäter zurückzuführen sei. Daher forderte er «als oberstes kriminalpolitisches Postulat die energische Repression des Berufs- und Gewohnheitsverbrechertums».[171] Auch STOOSS sagte dem Verbrechen den Kampf an und versprach, mit dem neuen Sanktionenrecht «die Zahl der Verbrechen und der Verbrecher wenige Jahre nach Inkrafttreten des Strafgesetzbuches sehr bedeutend [zu] vermindern».[172] Weder die Aussagen von ZÜRCHER betreffend die Schweiz noch das Versprechen von STOOSS stützten sich auf eine empirische Grundlage zur Kriminalitätsbelastung. Was indessen vorlag, waren Zahlen zu

167 Vgl. FROMMEL 1984, S. 42 ff.
168 Vgl. U. GERMANN 2015, S. 75.
169 Vgl. U. GERMANN 2015, S. 75 f.
170 Vgl. bereits STOOSS 1894, S. 7: «Eine vollständige und zuverlässige Kriminalstatistik besitzen wir für die Schweiz einstweilen nicht. Wir wissen nicht, wie viele Personen jährlich in der Schweiz Verbrechen begehen und zu welcher Strafe sie verurteilt werden.»; vgl. sodann die «Momentaufnahme» zu den Jahren 1909–1911 bei U. GERMANN 2015, S. 81.
171 ZÜRCHER 1892b, S. 514, 517.
172 STOOSS 1893, S. 88; vgl. auch HAFTER 1904, S. 227.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

Gefangenenpopulationen in den Jahren 1890 bis 1892, die einen markanten Anstieg zeigten. Dabei war laut STOOSS naheliegend, dass viele der Gefangenen schlicht mehrfach registriert worden waren.[173] Denn der grösste Teil – rund drei Viertel – der Gefangenen waren keine zu Freiheitsstrafen verurteilte Straftäter. Vielmehr handelte es sich um Täter, die gestützt auf das Polizeirecht nur für kurze Zeit, allerdings wohl oft mehrfach, inhaftiert waren: unter anderem Untersuchungsgefangene, jedoch primär «Bettler» und «Vaganten» oder «andere Polizeiarrestanten» sowie sog. «Transportgefangene». «Transportgefangene», in moderner Sprache Ausschaffungshäftlinge, waren Personen, die an dem Ort, an dem sie sich aufhielten, nicht geduldet wurden und daher an die Schweizer Grenze oder an eine Kantonsgrenze geführt wurden.[174]

Insgesamt zeigte sich, dass sich STOOSS und seine Mitstreiter bei ihren Versprechen trotz Betonung von Empirie und Wissenschaft wohl eher auf die allgemeinen und diffusen Verunsicherungen der damaligen Gesellschaft stützten. Eine Gesellschaft, die am Ende des 19. Jahrhunderts zwar vom Forschungsglauben bestimmt, angesichts der Modernisierungskrisen aber auch für Bedrohungsszenarien anfällig war.[175] Damit zeichnete sich bereits ab, was sich im Verlauf des 20. Jahrhunderts zunehmend durchsetzte: «Nicht die Wissenschaftler, sondern die parlamentarische Mehrheit und ihre Organisationsformen bestimmen, welches der Inhalt des Zweckgedankens im Strafrecht ist.»[176]

II. Die List des Marburger Programms

1. Ein einflussreiches kriminal- und wissenschaftspolitisches Leitbild

Im Rahmen von Gefängnisreformen wurde der Gesellschaftsschutz bereits ab den 1870er Jahren deutlich propagiert; Präventionslogiken im Strafvollzug und anderen Disziplinareinrichtungen wie beispielsweise Arbeitshäusern oder Trinkeranstalten waren in der Schweiz und im übrigen Europa teilweise schon vorhanden.[177] Diese Forderungen wurden durch FRANZ VON LISZT und seinen Anhängern theoretisch fundiert und radikalisiert.[178] VON LISZT lieferte in seinem

173 Vgl. STOOSS 1894, S. 9.
174 STOOSS 1894, S. 8 f.
175 Vgl. VORMBAUM 2019, S. 113 ff. m. w. H.; U. GERMANN 2015, S. 111.
176 NAUCKE 1982, S. 563.
177 Vgl. U. GERMANN 2015, S. 97; SCHMIDT-RECLA/STEINBERG 2007, S. 209.
178 Vgl. U. GERMANN 2015, S. 66.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

«Marburger Programm»[179] die straftheoretische Grundlage für umfassenden Gesellschaftsschutz durch Strafrecht. Als Mitbegründer der internationalen kriminalistischen Vereinigung im Jahr 1889, die Strafrechtsexperten unterschiedlicher Staaten zusammenbrachte, war VON LISZT unter anderem auch kriminalpolitisch sehr einflussreich.[180]

Seine Schriften zeigen ihn als geschickten Taktierer, der scheinbar auf halbem Weg stehenblieb und systematische und argumentative Kohärenz zugunsten von kriminalpolitischen Zugeständnissen zu seinem Vorteil in Kauf nahm. Dabei wird eine Dynamik ersichtlich, die für die spätere Entwicklung des schweizerischen Sanktionenrechts zentral ist: Ein an gesellschaftlicher Nützlichkeit ausgerichtetes, und daher grundsätzlich eingriffsintensives, spezialpräventives Sanktionenrecht wurde an symbolisch entscheidenden Stellen zurückgebunden. Der kontinuierliche Abbau von vergeltenden und daher straflimitierenden Prinzipien im Zuge der Ausrichtung auf spezialpräventive Zwecke wurde für den gewöhnlichen Bürger dadurch attraktiv gemacht, dass die spezialpräventiv begründete Sanktion selektive Milde für die grosse Masse erlaubte, während sie eingriffsintensive Sanktionen für eine Minderheit von Straftätern vorsah. Eine Strategie, die später unter dem Titel von «Feindbekämpfung und Risikomanagement» in Diskursen einer «criminology of the self» und einer «criminology of the alien other» von verschiedenen Autoren aufgegriffen wurde.[181] Dies wird besonders bei EMIL ZÜRCHER deutlich, der für die «atavistischen Elemente, die als Tierquäler beginnen und als Mörder enden» Unschädlichmachung und Ausscheiden aus der Gesellschaft propagierte, dies politisch geschickt aber als «kein grosses Problem» bezeichnete, da diese ja «gar nicht zahlreich» seien.[182] Der gewöhnliche Bürger sollte nicht ernsthaft befürchten müssen, eines Tages auch als ein solches Wesen bezeichnet zu werden, wodurch er möglicherweise gegen ein solches Regime der drastischen Unschädlichmachung gewesen wäre.

Mit seinem «Marburger Programm», einem 1882 an der Universität Marburg gehaltenen Vortrag mit dem Titel «Das Zweckdenken im Strafrecht»,[183] mit dem er den sog. «Schulenstreit» zwischen der klassischen Schule und der modernen Schule ausgelöst haben soll,[184] lieferte FRANZ VON LISZT eine einflussreiche Blaupause für die Schweizer Strafrechtsreformer. In diesem Programm

[179] VON LISZT 1905b, S. 126 ff., insb. 166.
[180] Vgl. STRUCK-BERGHÄUSER 2020, S. 71 ff.
[181] Vgl. die Darstellung bei BÖHM 2011, S. 29 ff.
[182] ZÜRCHER 1892a, S. 11.
[183] VON LISZT 1905b, S. 126 ff.
[184] Vgl. VORMBAUM 2019, S. 118 f.; STRUCK-BERGHÄUSER 2020, S. 124; umfassend KREHER 2015.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

kritisierte VON LISZT die herrschende Strafrechtslehre. Mit ihren aus Vergeltungsüberlegungen zeitlich limitierten Strafen würde sie ungenügend Verbrechensprävention leisten. Sein Hauptziel war nicht etwa ein besserer Schutz des Beschuldigten und des Straftäters vor einem übermächtigen Staat und vor drastischen Strafen, sondern der Schutz der Gesellschaft vor dem Verbrecher.[185] Die Vergeltungsstrafe sollte durch die sog. Zweckstrafe ersetzt werden. Nach Ansicht VON LISZTS war nämlich ausschliesslich diese imstande, rationale und wirksame Verbrechensbekämpfung zu leisten. So sollte keine Rolle mehr spielen, welche Strafe der Täter verdient hätte, welche Strafe für seine Tat gerecht und angemessen wäre, sondern welche Strafe dem Schutz der Gesellschaft vor zukünftiger Kriminalität am besten dienlich würde. Grundlage dafür war unter anderem die Überzeugung, nicht nur die Ursachen des jeweiligen kriminellen Verhaltens erforschen, sondern auch den Verbrecher selbst durch sachverständige Intervention verändern zu können.[186] Rationale Verbrechensbekämpfung mittels Strafrecht bestand nach VON LISZT darin, möglichst effektiv spezialpräventiv auf den Straftäter einzuwirken, damit dieser künftig keine Straftaten mehr begehen würde.[187] Welche Strafe im Einzelfall zweckmässig und dienlich sei, sei vom einzelnen Straftäter abhängig und sollte entweder darauf abzielen, den Täter abzuschrecken, ihn zu bessern oder mittels potentiell lebenslänglicher Sicherung gänzlich unschädlich zu machen.[188]

Obschon das «Marburger Programm» und die weiteren Schriften von FRANZ VON LISZT nicht allein ursächlich waren für die ab dem ausgehenden 19. Jahrhundert zunehmend spezialpräventive Ausrichtung des Strafvollzugs,[189] kann die Bedeutung VON LISZTS kaum überschätzt werden. Nicht nur bot er eine konkrete Fundierung der neuen Strafpraxis, die dem positivistischen Denken des neuen Zeitgeists entsprach.[190] Auch verhalf er der straftheoretischen Vorstellung zum Durchbruch, die Strafe müsse empirisch-rational ausgerichtet sein und gestützt auf natur- und sozialwissenschaftliche Erkenntnisse «zielbewussten Rechtsgüterschutz»[191] leisten.[192] Das «Marburger Programm» war überdies wichtige Inspirationsquelle für die Leitbilder der internationalen kriminalistischen Vereinigung, die bedeutenden Einfluss auf die Strafrechtsreformen in unterschiedlichen Ländern hatte. Unmittelbar vor dem Ersten Weltkrieg zählte die Vereinigung 1148 Mitglieder aus 27 Ländern. Darunter waren auch zahlreiche

185 Vgl. VORMBAUM 2019, S. 121 m. w. H.; STRUCK-BERGHÄUSER 2020, S. 133.
186 Vgl. STRUCK-BERGHÄUSER 2020, S. 133 ff.
187 Vgl. FRISCH 1982, S. 566; STRUCK-BERGHÄUSER 2020, S. 124, 133.
188 Vgl. VON LISZT 1905b, S. 165 ff.
189 Vgl. U. GERMANN 2015, S. 97; SCHMIDT-RECLA/STEINBERG 2007, S. 209.
190 Vgl. VON LISZT 1912, S. 377 ff.
191 VON LISZT 1905b, S. 132.
192 Vgl. FRISCH 2016, S. 7.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

Institutionen wie beispielsweise Anwaltsverbände, Staatsanwaltschaften oder Polizeibehörden.[193] In den 1890er Jahren allerdings stellte der schweizerische Ableger der internationalen kriminalistischen Vereinigung seine Tätigkeit zeitweise weitgehend ein. Dreh- und Angelpunkt der Debatten wurden fortan insbesondere der Schweizerische Juristenverein und die Expertenkommissionen. Dies lag daran, dass das nationale Projekt der Vereinheitlichung durch den Vorentwurf von 1893 wesentlich vorgespurt war und die Bereitschaft der Kriminalisten, sich am internationalen Austausch zu beteiligen, abnahm.[194]

Es war wohl weniger die Originalität der konkreten Forderungen, die das «Marburger Programm» auszeichnet, sondern vielmehr die Tatsache, dass VON LISZT äusserst geschickt zwischen unterschiedlichen Lagern vermittelte und ein Programm entwarf, das in seinen einzelnen Elementen – wenn auch nicht als in sich geschlossene Theorie – unterschiedliche Deutungsmuster zuliess und so für die unterschiedlichsten Seiten annehmbar erschien.[195] Dies galt zum einen für die unterschiedlich positionierten Präventionisten unter den Strafheoretikern Ende des 19. Jahrhunderts, die sich, obwohl sie dasselbe Ziel verfolgten – das Strafrecht in den Dienst einer rationalen Verbrechensbekämpfung zu stellen –, regelmässig gegenseitig bekämpften: Zwar war die Idee, Besserung und Abschreckung zu verbinden, bereits vor dem «Marburger Programm» skizziert worden;[196] doch schaffte es VON LISZT, die widerstreitenden Ansätze zu vereinen und geradezu verfeindete präventive Lager zu versöhnen. Zum anderen grenzte er sich eindeutig von einer der Hauptforderungen der «Modernen» ab, nämlich das Strafmass abzuschaffen und in jedem Fall unbestimmte Strafurteile einzuführen.[197] Damit signalisierte VON LISZT den klassischen Vergeltungstheoretikern eine gewisse Kompromissbereitschaft. Auch hielt er an den Grundsätzen des Tatstrafrechts fest und wollte den Richter nicht durch einen Psychiater ersetzen, wie dies von Seiten namhafter Psychiater gefordert worden war. Die Reaktion auf Verbrechen blieb damit bei VON LISZT eine rechtliche Angelegenheit; damit brachte er zwar die politisch weniger einflussreichen Psychiater gegen sich auf, gewann aber die Stimmen der politisch mächtigeren Juristen. Schliesslich zeigte sich VON LISZT insbesondere in seinen im Anschluss ans «Marburger Programm» veröffentlichten Schriften offen, seine ra-

193 Vgl. dazu KOCH 2016, S. 34 ff.
194 Vgl. U. GERMANN 2015, S. 100 f.
195 Vgl. auch NAUCKE 1982, S. 533: «Von Liszts Grösse besteht darin, dass er der politischen Zeit in hervorragender Form angeboten hat, was diese Zeit, im Unterschied zur Zeit davor, im Unterschied zur Zeit des Vergeltungsstrafrechts, erwartete und brauchte.»
196 Vgl. die Hinweise bei SCHMIDT-RECLA/STEINBERG 2007, S. 207.
197 Vgl. KOCH 2016, S. 50 f.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

dikal spezialpräventiven Forderungen auf strafverhütende Massnahmen auszulagern. Dies machte seine Forderungen auf Unschädlichmachung schliesslich sogar für Anhänger der klassischen Schule annehmbar.[198]

Diese Zugeständnisse dürften mitunter der Grund gewesen sein für die weitreichende und vielfältige Rezeption seines Gedankenguts. So ist auch der Vorentwurf des eidgenössischen Strafgesetzbuches von CARL STOOSS deutlich geprägt durch das «kriminal- und wissenschaftspolitische Leitbild» FRANZ VON LISZTS.[199] Ähnlich wie dieses Leitbild griff auch STOOSS faktisch sowohl Forderungen der klassischen Schule als auch der modernen Schule auf, was sein Sanktionskonzept für viele Strömungen annehmbar machte.[200] Während er für die Ausgestaltung der Strafe am Kriterium der «Zurechnungsfähigkeit» festhielt und eine reine Zweckstrafe ablehnte, schuf er parallel dazu ein System von primär sichernden Massnahmen. Dies, um dem Ruf nach unbefristeten Strafen gerecht zu werden und den Sicherungsbedürfnissen Rechnung tragen zu können, ohne gleichzeitig das gesamte strafrechtliche Fundament aufgeben zu müssen. Ziel war eine weitreichende Diversifizierung und Flexibilisierung der Interventionsmöglichkeiten. Wenig beachtet bzw. gleichsam übersehen wurde dabei – und das gilt es im Folgenden insbesondere herauszuarbeiten – dass sich im Ergebnis das spezialpräventive Gedankengut nahezu vollständig durchsetzen konnte.

2. Der Streit der Präventionisten

Besonders eindrücklich erkennbar ist die Rolle von FRANZ VON LISZT als Vermittler und Kompilator vor allem bei der Zusammenführung der Schriften des Reichsgerichtsrats OTTO MITTELSTÄDT und des Psychiaters EMIL KRAEPELIN, die sich gegenseitig scharf kritisierten, beide aber wesentliche Grundlagen für das Modell von FRANZ VON LISZTS Schriften lieferten.[201] KRAEPELIN und MITTELSTÄDT waren beide überzeugte Präventionisten, die insbesondere eine dezidierte Ablehnung der Vergeltungsstrafe verband.[202] Ihre Vorstellungen aber, wie Kriminalprävention erreicht werden sollte, divergierten stark. Beide standen stellvertretend für zwei Denkweisen, die den Exponenten selbst als un-

198 Vgl. KOCH 2016, S. 53; vgl. auch STRUCK-BERGHÄUSER 2020, S. 307 ff., 526 f.

199 U. GERMANN 2009b, S. 86.

200 Vgl. STOOSS 1905, S. 5. Stooss wehrte sich indessen gegen die Interpretation seines Sanktionskonzepts als Kompromiss, der eine Vergeltungsstrafe und eine Zweckstrafe vereinigte.

201 Vgl. SCHMIDT-RECLA/STEINBERG 2007, S. 196 m. w. H.

202 Vgl. MITTELSTÄDT 1882, S. 423; dazu STRUCK-BERGHÄUSER 2020, S. 130.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

versöhnlich erschienen, aber aufgrund des gemeinsamen Ziels der Verbrechensbekämpfung von FRANZ VON LISZT verknüpft wurden. Diese Verbindung verlieh dem neuen Präventionsgedanken eine bisher kaum da gewesene Durchschlagskraft und eine Dynamik hin zu einer Alleinherrschaft.

EMIL KRAEPELIN wollte Straftäter bessern, jedoch nicht unter dem Titel des Strafrechts, sondern gestützt auf ein eigenes Interventionsrecht. Um dies zu erreichen, propagierte er, dass die «Begriffe des Verbrechens und der Strafe» ganz verschwinden sollten[203] und strafrechtliche Zurechnungsregeln, etwa die Unterscheidung von Zurechnungsfähigen und Unzurechnungsfähigen, aufgegeben werden müssten.[204] Statt gesetzlich gefasster tatbestandlich umschriebener Delikte propagierte er einen Einheitstatbestand der «Gemeingefährlichkeit», der seiner Ansicht nach nur von Psychiatern festgestellt werden konnte und daher ganz in ihrer Zuständigkeit liegen sollte.[205] «Die Abschaffung des Strafmasses» – so der Titel seines einflussreichen Werkes – ist nur die Spitze des Eisbergs: Überhaupt sollte das Strafrecht ganz beseitigt werden und sich stattdessen «die Besserungsbestrebungen frei entfalten können».[206] KRAEPELIN forderte in seiner entsprechenden «Schutztheorie»[207], dass es bei der Bestrafung darum gehen müsse, die gefährlichen Täter zu identifizieren (Diagnose) und die besserungsfähigen Täter einer psychiatrischen Behandlung zu unterziehen, bis Besserung eingetreten sei (Therapie). Die als gefährlich qualifizierten Straftäter sollten lebenslang deportiert oder in Arbeitshäusern untergebracht werden.[208] Ähnlich propagierte der italienische Kriminologe und sozialistische, später faschistische Politiker ENRICO FERRI ein «System der socialen Repression».[209] Dieses System sollte ganz ohne Schuld auskommen und die klassische Trennung zwischen Straf- und Zivilrecht aufgelöst sein. Dabei standen polizeirechtliche, zivilrechtliche und strafrechtliche Massnahmen nebeneinander. Differenziert werden sollte der Eingriff, angelehnt an die Ansichten seines Lehrers CESARE LOMBROSO, nach Art der Täterpersönlichkeit. In seinem «Vorentwurf zu einem italienischen Strafgesetzbuch über Verbrechen» von 1921 benannte FERRI eine Reihe von Kriterien – wie die Persönlichkeit des Täters, Motive, Art und Schwere der Tat –, gestützt auf welche die Gefährlichkeit einer Person zu eruieren sei.[210]

---

203 KRAEPELIN 1880, S. 31.
204 Vgl. KRAEPELIN 1880, S. 35.
205 Vgl. KRAEPELIN 1880, S. 39; dazu SCHMIDT-RECLA/STEINBERG 2007, S. 204.
206 KRAEPELIN 1880, S. 55.
207 So die Namensgebung von KRAEPELIN 1880, S. 29.
208 KRAEPELIN 1880, S. 69 ff.; dazu SCHMIDT-RECLA/STEINBERG 2007, S. 204.
209 FERRI 1896.
210 Vgl. VORMBAUM 2014.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

Hingegen musste die Abschaffung des Strafmasses bzw. des Strafrechts den Juristen unter den Präventionisten als unerhört erschienen sein. Sie warfen den Psychiatern «Hyperhumanität» vor.[211] Für OTTO MITTELSTÄDT etwa war undenkbar, das strafrechtliche Sanktionenrecht am Gedanken der Besserung auszurichten.[212] Besserung gehörte für ihn zur «Menschenerziehung», die nicht mit der rechtlichen Natur der Freiheitsstrafe bzw. des Strafrechts verbunden werden dürfe. Im Gegenteil: Er erkannte in der Kombination von rechtlich angedrohten Freiheitsstrafen und Erziehung oder Besserung eine schädliche Kombination. Wenn schon Freiheitsstrafen verhängt werden müssten, was er aufgrund der Realitäten im Strafvollzug in Frage stellte, dann wenigstens unter Berücksichtigung ihrer rechtlichen Natur, die, wie jede Strafart «ihrem Wesen nach allein sein kann, ein Übel und ein Leid, Nichts mehr, Nichts weniger».[213] MITTELSTÄDT lehnte es entschieden ab, dass das Strafrecht eingesetzt werde, um weitergehende soziale Aufgaben zu erfüllen, die dem Strafrichter aufoktroyiert würden. An verschiedenen Stellen kritisierte er die Ansätze der «Menschenerzieher»[214], welche die Stühle der Richter einnehmen und den Verbrecher bessern wollten.[215]

MITTELSTÄDT verschloss sich nicht einer grossflächigen Verbrechensprävention, die der Staat gemeinsam mit der Familie, der Schule, der Kirche und der gemeinnützigen Armenpflege leisten sollte. Diese Sozialpolitik konnte seiner Ansicht nach aber nicht Aufgabe des Strafrechts sein: Der Strafrichter sollte einzig darauf bedacht sein, «das Schwert der Gerechtigkeit blank und scharf und von Allen gefürchtet zu halten» sowie «die Rechtsordnung zu wahren», und die Menschen «gegen Friedensbruch zu schützen».[216] Die Vorstellung, dem Richter sozialpolitische Aufgaben aufzuerlegen, lehnte er als «pervers und widersinnig» ab.[217] MITTELSTÄDT forderte, gestützt auf die Zwecktheorie von JHERING, die Abschreckungstheorie als alleinige Straftheorie. Dabei sollte die Strafandrohung danach ausgerichtet werden, die bestmögliche Prävention zu erreichen, wobei erstere durchaus peinvoll, schmerzlich und bitter sein sollte. Falls nötig sollten die Strafgefangenen Qualen ausgesetzt werden: etwa verprügelt werden und Hunger leiden, im Dunkeln sitzen oder im Bergwerk verknechtet werden. Dies mit dem Zweck, Täter von weiteren Taten und potentielle Täter von neuen Straftaten abzuschrecken.[218] Auch die Todesstrafe erachtete

211 KRAEPELIN 1880, S. 35.
212 Vgl. auch STRUCK-BERGHÄUSER 2020, S. 127.
213 MITTELSTÄDT 1879, S. 23.
214 MITTELSTÄDT 1892, S. 254.
215 Vgl. MITTELSTÄDT 1892, S. 258.
216 MITTELSTÄDT 1892, S. 254.
217 MITTELSTÄDT 1892, S. 258.
218 Vgl. MITTELSTÄDT 1879, S. 37 f.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

MITTELSTÄDT unter dem Gesichtspunkt der Abschreckung im Sinne einer furchteinflössenden Drohung als sinnvoll.[219]

Mit der Schrift «Die Abschaffung des Strafmasses» reagierte KRAEPELIN auf MITTELSTÄDTS Abschreckungstheorie. Offensichtlich war KRAEPELIN als Psychiater jedoch nicht mit der rechtlichen Grundlagenliteratur vertraut. So vermischte er konstant die Begriffe «Rache» und «Vergeltung». Überdies setzte er zu Beginn seiner Schrift die Abschreckungslehre von MITTELSTÄDT mit der Vergeltungstheorie gleich und führte beide auf ein deontologisches Prinzip zurück.[220] An späterer Stelle behauptete KRAEPELIN dagegen, die Abschreckung stellte einen «mehr oder weniger unbewussten Kompromiss der Vergeltungstheorie mit der Besserungstheorie» dar.[221] Insofern sei die Idee der «Verminderung der verbrecherischen Energie durch die Strafe» auch der Vergeltungstheorie inhärent.[222] KRAEPELIN zeigte sich zwar offen für Abschreckung als «pädagogisches Hilfsmittel», verwarf diese aber als «selbständigen Strafzweck». Dies, weil Abschreckung dann zum «Schutzmantel bestialischer Grausamkeit und erbarmungsloser Willkür» werde.[223]

Dass KRAEPELIN und MITTELSTÄDT letztlich nicht erkannten, dass der Strafzweck der Besserung und jener der Abschreckung auf demselben Gedanken – nämlich der Prävention – gründen und somit beide Strafzwecke Gegenstücke zur Vergeltung bilden, mag daran liegen, dass sie sehr unterschiedliche Vorstellungen zum Charakter der Strafe hatten: Auf der einen Seite die Position des Psychiaters KRAEPELIN, wonach die «Strafe» eine «Zwangserziehung» sein musste, die unter dem Credo *pro humanitate*[224] stand. Auf der anderen Seite die Position des Juristen MITTELSTÄDT, der den Charakter der Strafe als Übel betonte, mit dem die nötigen präventiven Wirkungen erzielt werden konnten.[225]

3. Die vermittelnde Position von Franz Von Liszt

VON LISZT bemerkte scharfzüngig, dass auch MITTELSTÄDT letztlich eine «Zweckstrafe» verfolge: «Der Scharlachmantel und die übrigen vornehmen Embleme der henkenden Gerechtigkeit ändern nichts daran.» [226] Er wies

[219] Vgl. MITTELSTÄDT 1879, S. 76 f.
[220] Vgl. KRAEPELIN 1880, S. 3, 17.
[221] KRAEPELIN 1880, S. 41.
[222] KRAEPELIN 1880, S. 5, 41.
[223] KRAEPELIN 1880, S. 23, vgl. auch S. 40.
[224] So der Untertitel seines Werkes.
[225] Vgl. MITTELSTÄDT 1879, S. 37.
[226] VON LISZT 1905c, S. 53.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

MITTELSTÄDT darauf hin, dass sie doch eigentlich zu derselben Familie der Präventionisten gehörten:

> «Fühlt Mittelstädt, der Anwalt des Staates und der Rechtsordnung denn nicht den gesinnungsverwandten Geist, der die Schriften der Lombrosianer durchweht? ‹Rücksichtsloser Schutz der Rechtsordnung, schonungsloser Kampf gegen die Verbrecher› – ist dieses Losungswort der Italiener nicht auch das seine? Ob ihrs Zuchthaus nennt oder Irrenhaus, ob ihr im Namen des Materialismus die Leute lebendig begraben oder als Vorkämpfer ‹idealistischer› Weltanschauung ihnen vorher die Köpfe abschlagen wollt – das sind Querele der Familie, die den Aussenstehenden wenig angehen.»[227]

VON LISZT setzte sich das Ziel, mit seinen Schriften die theoretische Grundlage zu schaffen, damit dieser Streit um die richtigen präventiven Mittel zum unbestrittenen Zweck – nämlich der strafrechtlichen Verbrechensbekämpfung – beigelegt werden und mit vereinten Kräften für die präventive Ausrichtung des strafrechtlichen Sanktionenrechts gekämpft werden konnte.[228] Er schlug damit eine Brücke zwischen zwei scheinbar getrennten Disziplinen – den Erfahrungswissenschaften, vor allem und insbesondere der psychiatrischen Forschung, und den Rechtswissenschaften. Gleichsam verdrängte er die wichtigsten Schriften seiner Ideengeber.[229] VON LISZT selbst hatte die «Modelle» von MITTELSTÄDT und KRAEPELIN als Gegensatzpaar in seinem «Marburger Programm» eingeführt.[230] Er war der Überzeugung, dass sich beide Modelle ergänzen sollten, um eine möglichst effiziente Verbrechensbekämpfung leisten zu können.[231] In der Tat gelang es ihm, die vermeintlich widerstreitenden Ansätze geschickt zu vereinen, wobei er wesentliche Forderungen und Elemente der einzelnen Modelle aufgriff, ohne das gesamte Programm zu übernehmen. Diese Vorgehensweise war deshalb erfolgreich, weil VON LISZT einerseits eine deutliche Übereinstimmung seiner Ansicht mit dem Modell von KRAEPELIN aufzeigte.[232] Andererseits machte er aber auch klar, dass «an den Fundamentalsätzen des in den Kulturländern geltenden Strafrechts» nicht gerüttelt werden müsse und «weder die Abschaffung des Strafmasses noch die Beseitigung der richterlichen Strafzumessung» das Ziel seiner Vorschläge sei.[233]

VON LISZT definierte daher die Strafe wie MITTELSTÄDT als eine «zweckgerichtete Übelszufügung»: Sie sollte Rechtsgüter schützen, indem Rechtsgüter

---

227 VON LISZT 1905c, S. 61.
228 Vgl. FRISCH 2016, S. 17 Fn. 86 m. w. H.
229 Vgl. SCHMIDT-RECLA/STEINBERG 2007, S. 196.
230 VON LISZT 1905b, S. 131.
231 Vgl. KREHER 2015, S. 55 ff.
232 Vgl. SCHMIDT-RECLA/STEINBERG 2007, S. 196.
233 VON LISZT 1905b, S. 173.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

verletzt würden.[234] Gleichzeitig stützte er sich wesentlich auf KRAEPELIN und wollte die Verbrechensbekämpfung nicht bei der Abschreckung bewenden lassen. Stattdessen verband er die Gedanken der Besserung, Abschreckung und Unschädlichmachung unter den allgemeinen Gedanken des Schutzes der Rechtsordnung.[235] Werde die Strafe gestützt auf Zweckmässigkeitsüberlegungen bestimmt, sollte sie – je nach Straftäter – eine der drei folgenden Wirkungen entfalten:

> «(…) durch Besserung, das heisst die Einpflanzung altruistischer, sozialer Motive; durch Abschreckung, das heisst Einpflanzung und Kräftigung egoistischer, aber in der Wirkung mit den altruistischen zusammenfallenden Motiven und (…) [durch] ‹Unschädlichmachung›, das heisst Sequestrierung des Verbrechers; vorübergehende oder dauernde Unschädlichmachung, Ausstossung aus der Gesellschaft oder Internierung in derselben. Sie erscheint als künstliche Selektion des sozial untauglichen Individuums.»[236]

Diesen drei möglichen Wirkungen der Strafe ordnete VON LISZT drei Kategorien von Verbrechern zu: erstens Besserung der besserungsfähigen und besserungsbedürftigen Verbrecher, zweitens Abschreckung der nicht besserungsbedürftigen Verbrecher und drittens Unschädlichmachung der nicht besserungsfähigen Verbrecher.[237] Vordringlichstes Ziel war für ihn jedenfalls die Idee der Besserung und Sicherung: «Unschädlichmachung der Unverbesserlichen und Besserung der Besserungsfähigen» erachtete er als wichtigste Forderungen bei der Umgestaltung der Strafzumessung; alles andere würde sich von selbst ergeben.[238] Für die aus individualrechtlicher Perspektive entscheidende Frage des Ausmasses der Besserungs-, Abschreckungs- und Sicherungsstrafe plädierte VON LISZT für eine flexible Regelung: In Bezug auf die unverbesserlichen Straftäter verlangte er absolut unbestimmte Strafen, in Bezug auf die Besserungsfähigen hingegen eine relativ unbestimmte Strafe.[239] Er differenzierte dabei geschickt zwischen der Besserungsstrategie und Abschreckungsstrategie für den «Normalverbrecher» und der Sicherungsstrategie, d. h. der absoluten Unschädlichmachung, für eine Minderheit von als gefährlich und nicht besserungsfähig befundenen Straftätern.

Was die Unverbesserlichen anging, hielt sich VON LISZT an das Konzept von KRAEPELIN, das schonungslose Härte verlangte, nämlich lebenslanges Deportieren oder Unterbringung in einem Arbeitshaus.[240] FRANZ VON LISZT formulierte

234 Vgl. VON LISZT 1905b, S. 161.
235 Vgl. SCHMIDT-RECLA/STEINBERG 2007, S. 207.
236 VON LISZT 1905b, S. 163 f.
237 VON LISZT 1905b, S. 166.
238 VON LISZT 1905b, S. 173.
239 Vgl. FRISCH 1982, S. 580 f.
240 Vgl. KRAEPELIN 1880, S. 69 ff.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

diese aus seiner Sicht notwendige Härte noch drastischer: «Da wir köpfen und hängen nicht wollen und deportieren nicht können, bleibt nur die Einsperrung auf Lebzeiten.»[241] Und weiter: «Arbeitshaus mit militärischer Strenge ohne Federlesen und so billig wie möglich, wenn auch die Kerle zugrundgehen.»[242]

Unterschiede zeigten sich dagegen in Bezug auf die Besserungsfähigen. KRAEPELIN argumentierte, nur bei einem zeitlich unbestimmten Freiheitsentzug könne überhaupt sinnvoll auf die Besserungsbedürftigen eingewirkt werden.[243] Demgegenüber forderte VON LISZT, dass bei diesen Straftätern eine Mindest- und eine Höchststrafe ausgesprochen werden sollte, die den Rahmen vorgäben, in dem die Vollzugsämter in der Folge die Entlassungszeit festsetzten; dieses Konstrukt nannte VON LISZT eine «relativ unbestimmte Strafe».[244] Damit baute er in einem der umstrittensten Punkte – der Frage der Bemessung und Dauer der Sanktion – eine absolute zeitliche Schranke ein. Anders als KRAEPELIN, der dafür plädierte, dass der Psychiater die Zuteilung der Straftäter in die verschiedenen Kategorien vornehmen sollte, ging VON LISZT sodann davon aus, dass der Strafrichter diese Aufgabe weiterhin wahrnehmen konnte und musste.[245] Dies galt nicht nur für die Besserungsfähigen, sondern ebenso für die Unverbesserlichen: Auch sie sollten vom Richter identifiziert werden. Damit stellte VON LISZT die Weichen für das Festhalten am Konzept des Richters in Triagefunktion. Dieses Konzept ist – wie noch zu zeigen sein wird – auch für die Ausgestaltung des schweizerischen Sanktionenrechts bei CARL STOOSS entscheidend.

4. Strafrecht und spezialpräventive Verbrechensbekämpfung

In der vermittelnden Position von FRANZ VON LISZTS steckt sehr wohl eine gewisse Ungereimtheit. Eine kohärente und konsequente spezialpräventive Straftheorie führt nämlich zwangsläufig zur Abschaffung des Strafmasses, wie

241 VON LISZT 1905b, S. 169.
242 VON LISZT 1905b, S. 169.
243 Vgl. KRAEPELIN 1880, S. 22: «Es ist unmöglich, auf Charaktere der hier bezeichneten Gattung einzuwirken, wenn der Termin der Entlassung fixiert ist; wer mit Sicherheit weiss, dass er auf alle Fälle an einem bestimmten Tage aus seiner Zwangslage befreit werden muss, wird den ihm unangenehmen erziehenden Einflüssen gegenüber sich indolent zeigen und dieselben als unvermeidliches Übel ohne innerliches Interesse über sich ergehen lassen.»
244 Vgl. die Hinweise bei KOCH 2016, S. 51; vgl. auch STRUCK-BERGHÄUSER 2020, S. 498, 500 f.
245 Vgl. SCHMIDT-RECLA/STEINBERG 2007, S. 209.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

es KRAEPELIN gefordert hatte, und zwar in zweierlei Hinsicht: Erstens, dass Straftäter erst wieder freikommen, wenn sie keine Gefahr mehr für die Öffentlichkeit darstellen. Und zweitens, dass Straftäter, von denen keine Gefahr eines Rückfalls ausgeht, gar nicht erst bestraft werden.

Sodann ist VON LISZTS Strategie, spezialpräventive Zwecke mit dem Mittel der Strafe anzustreben – und nicht etwa mit den potentiell milderen Mitteln des Polizeirechts oder der Armenfürsorge –, in einer theoretischen Perspektive unsauber. So kritisierten denn auch seine Zeitgenossen BINDING, VON BURI oder VON BIRKMEYER, dass in einer «reinen» Theorie der Spezialprävention die Anknüpfung an eine Straftat ein Fremdkörper sei.[246] Werde die Strafe nämlich zwecks effizienten Rechtsgüterschutzes legitimiert, gebe es keinen Grund, ein für gefährlich befundenes Individuum nicht auch zu bestrafen, selbst wenn noch gar keine Straftat vorliege.[247] In den Worten BINDINGS:

> «Obgleich nun alle Strafgesetze der Welt in seltener Eintönigkeit verkünden, der Verbrecher werde gestraft, weil er so und so delinquiert habe, ist nach der relativen Theorie das Delikt doch nicht Grund, sondern nur notwendige Voraussetzung der Strafe. Aber warum dies? Warum wird nur gestraft, nachdem verbrochen worden ist?»[248]

VON LISZT griff diesen Einwand BINDINGS auf. Er gestand ein, insofern der Einwand richtig sei und nach einer präventiven Straftheorie alleine aufgrund von Gefährlichkeit – also bevor überhaupt eine Straftat begangen werde – eingeschritten würde, dann käme dies einer Abschaffung des Strafrechts gleich:

> «Müssten wir die Berechtigung jener Schlussfolgerung zugeben, dann wäre in der That für das *Strafrecht* die letzte Stunde gekommen (…). Die gesetzliche Anerkennung des an die Stelle des Strafgesetzbuchs tretenden einzigen Satzes ‹Jeder gemeingefährliche Mensch ist im Interesse der Gesamtheit unschädlich zu machen›, würde in der That die Strafrechtspflege durch die ‹soziale Hygiene› ersetzen wie *Mittelstädt* sagt.»[249]

Die Anknüpfung der Strafbarkeit an tatbestandlich umschriebene Straftaten ist die Voraussetzung, dass bei einer strafrechtlichen Sanktion überhaupt von Strafrecht gesprochen werden kann. Ein Sanktionenrecht im Sinne von KRAEPELIN, das «Gemeinschaftsschädlinge» unabhängig vom Vorliegen einer Straftat zwangserzieht, wäre, um an die zuweilen in der Literatur verwendete Dichotomie von Tatstrafrecht und Täterstrafrecht anzuknüpfen, auch kein Täterstrafrecht, sondern überhaupt kein Strafrecht mehr. Die Verbrechensbe-

246 Vgl. die Hinweise bei FRISCH 1982, S. 584 Fn. 88.
247 Vgl. BINDING 2011, S. 183 ff.
248 BINDING 2011, S. 183.
249 VON LISZT 1905c, S. 58 f. (hervorgehoben im Original).

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

kämpfung ausschliesslich in der sozialen Verwaltungstätigkeit des Staates gegenüber asozialen und potentiell gefährlichen Menschen, die noch keine Straftat begangen haben, aufgehen zu lassen, war für den Juristen VON LISZT – nicht zuletzt vor dem Hintergrund des aufkommenden Sozialismus, den er ablehnte[250] – keine Option. Nicht einmal im nationalsozialistischen Gesinnungsstrafrecht, das lediglich einen rudimentären Besonderen Teil enthielt und insbesondere das Analogieverbot aufgehoben hatte, konnte sich das Konzept von KRAEPELIN durchsetzen. Dies, weil selbst in diesem Strafrecht das Vorliegen einer Straftat noch Voraussetzung war.[251]

Sehr wohl ist die Anknüpfung spezialpräventiver Forderungen an das Strafrecht und an die Strafe nicht nur eine Frage der theoretischen Stringenz einer Strafzwecklehre. Vielmehr können daraus auch Schlüsse für individualrechtliche Positionen gezogen werden. Die Anbindung der Kriminalitätsbekämpfung an das Strafrecht wirkt insofern limitierend, als der staatliche, strafende Zugriff von vornherein auf diejenigen Personen beschränkt wird, die eine Straftat begangen haben. Entsprechend werden nur solche Verhaltensweisen erfasst, die in einem Straftatbestand kodifiziert sind und kodifiziert werden können. Diese Anbindung der Verbrechensbekämpfung an das strafrechtliche Sanktionenrecht – und nicht etwa an das Polizeirecht – wird als rechtsstaatlicher Gewinn interpretiert. So äusserte etwa WOLFGANG FRISCH:

> «Dass Franz Von Liszt die Akzentuierung spezialpräventiver Bemühungen von der Strafe her betrieb, muss (…) als ausgesprochen glücklich bezeichnet werden. Von Liszts Ansatz gerade bei der Strafe hat die Massregeln vor Gefahren bewahrt und sie mit Garantien verknüpft, die sonst möglicherweise nicht in den Blick gekommen oder nicht anerkannt worden wären.»[252]

Es versteht sich von selbst, dass dieser «rechtsstaatliche Gewinn» vor dem Hintergrund der zunehmend präventiven Ausrichtung auch des materiellen Strafrechts immer geringer werden würde. FRANZ VON LISZT jedenfalls hob diese potentiell sehr weitreichende rechtsstaatliche Bedeutung der Tatbezogenheit des Strafrechts hervor und stellte seine Überlegungen geschickt in die Tradition aufklärerischen Gedankenguts:[253]

> «*Strafrecht ist* (…) *die rechtlich begrenzte Strafgewalt des Staates.* Rechtlich begrenzt nach Voraussetzung und Inhalt; rechtlich begrenzt im Interesse der individuellen Freiheit. *Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Diese beiden Sätze sind das Bollwerk des Staatsbürgers gegenüber der staatlichen Allgewalt; sie schützen den Einzelnen gegen die rücksichtslose Macht der Mehrheit, gegen den

[250] Vgl. die verschiedenen Hinweise auf VON LISZT 1905c, S. 60 f.
[251] Vgl. SCHAFFSTEIN 1934, S. 619.
[252] FRISCH 1982, S. 583.
[253] Vgl. EICKER 2010, S. 23.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023

> Leviathan. So paradox es klingt: das Strafgesetzbuch ist die *magna charta* des Verbrechers. Es verbrieft ihm das Recht, nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen und nur innerhalb der gesetzlichen Grenzen bestraft zu werden.»[254]

Allerdings – und das ist zentral – sollte gemäss FRANZ VON LISZT das Strafrecht nur für den Normalverbrecher gelten. Entsprechend hielt er es für richtig, bestimmten Kategorien von Straftätern dieses Element aus der «magna charta des Verbrechers» nicht zu gewähren. Stattdessen sollte der spezialpräventiv begründete staatliche Eingriff vorverlegt und erweitert werden, nicht zuletzt im Kontext der Sozialpolitik.[255] Beim «Jugendlichen» etwa sollte «Zwangserziehung» bei «bloss sittlicher Verwahrlosung, also auch wenn eine an sich strafbare Handlung noch nicht begangen ist», möglich sein[256] und «Gewohnheitssäufer» – unabhängig von einer Straftat – in «Trinkerasylen» untergebracht werden dürfen.[257] Schliesslich wies VON LISZT darauf hin, dass bei «Geisteskranken» die blosse Gefährlichkeit für den Entzug der Bewegungsfreiheit ausreichen würde.[258] Strafrecht war nach diesem Verständnis also bloss *ein* Instrument der Verbrechensbekämpfung; das beschriebene «Bollwerk gegenüber staatlicher Allgewalt» sollte nur der Mehrheit der «Geistesgesunden» zugutekommen. Gegenüber einer Minderheit von Menschen jedoch, die typischerweise am Rande der Gesellschaft standen und am Ende des 19. Jahrhunderts als besondere Feinde der Gesellschaft angesehen wurden, sollten andere, auch sehr eingriffsintensive Massnahmen der Verbrechensverhütung zur Anwendung kommen. Schliesslich relativierte VON LISZT seine Aussage zur «magna charta des Verbrechers», indem er die Trennung von Irrenhaus und Zuchthaus und die Verschiedenheit von Wahnsinn und Verbrechen zurückwies:

> «Die Unterscheidung zwischen der Sicherungsstrafe gegen unverbesserliche Verbrecher und der Verwahrung gemeingefährlicher Geisteskranker ist nicht nur praktisch im Wesentlichen undurchführbar, sie ist auch grundsätzlich zu verwerfen.»[259]

Trotz dieser klaren Worte empfahl VON LISZT dem Gesetzgeber, die erwähnte Unterscheidung formell nicht aufzugeben. Dies, weil die «rechtlich-sittlichen Anschauungen des Volkes» die Scheidung von Verbrechen und Wahnsinn befürworten würden und das Strafrecht sich entsprechend danach zu richten hätte.[260] Auch hier sprach VON LISZT in seiner bekannten Eigenschaft als schlau taktierender Kriminalpolitiker, dessen wichtigstes Credo offensichtlich war, seine Forderungen bestmöglich politisch durchsetzbar zu machen. Er

254 VON LISZT 1905c, S. 60 (hervorgehoben im Original).
255 Vgl. auch NAUCKE 1982, S. 543.
256 VON LISZT 1905c, S. 59.
257 VON LISZT 1905c, S. 59.
258 VON LISZT 1905c, S. 59.
259 VON LISZT 1905e, S. 227.
260 VON LISZT 1905e, S. 228.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Coninx, Anna: Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, 2023